

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

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

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.**

**Научно-практическое правовое издание**

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

**Scientific and practical Publication in law**

**Certificat de înregistrare nr.1013600031111 din 30.09.2013**

**eliberat de Camera Înregistrării de Stat**

**ISSN 2345-1130**

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

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

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

**Fondatori:**

**Instituția Privată de Învățămînt**

**Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată**

**Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

**Se editează din martie 2013**

**Nr. 2/1(12) 2015**

**Redactor-șef L. Arsene**

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

**Colegiul de redacție:**

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

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

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

**СОДЕРЖАНИЕ**

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА,  
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Олександр КУРАКІН. Визначення та ознаки  
оціночних понять як складової термінологічного  
апарату права України.....5

Андрій ЛУЦЬКИЙ. Екзистенціалістський  
підхід до правової ідеології.....11

КОНСТИТУЦИОННОЕ  
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Ольга ИВАНЕЦ. Законодательные новеллы  
о судоустройстве и их влияние  
на пределы судебной власти.....16

Ірина КУШНІР. Створення умов омбудсменом  
України для реалізації права особи  
на доступ до публічної інформації.....21

Марина СТЕФАНЧУК. Конституционное закрепление  
полномочий прокуратуры вне сферы уголовной  
юстиции: опыт зарубежных стран.....25

Вікторія ШТЕФАН. Адміністративно-територіальна  
одиниця як базовий рівень адміністративно-  
територіального устрою України: співвідношення  
понятійного апарату.....30

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ірина БРУС. Окремі проблеми врегулювання  
правового статусу суб'єктів виховної діяльності  
в органах прокуратури України.....34

Викторія МОШЕНСКАЯ. Задачи и функции  
подразделений милиции общественной безопасности  
особого назначения в Украине .....38

Сергій НАДОБКО. Фізичні особи як суб'єкти  
адміністративної відповідальності за порушення  
законодавства про банки та банківську діяльність....43

Ірина ПАТЕРИЛО. Процедурные требования  
к административным актам  
по законодательству Европейского Союза.....49

Галина ПУЗАНОВА. Адміністративно-правове  
регулювання допуску іноземних інвестицій  
в економіку України.....52

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Svitlana ВУЧКОВА, Ganna СHURPITA.  
Solicitor in civil process  
of Ukraine: look at the problem.....58

Дмитро КЛАПАТИЙ. Порядок укладення договору управління активами пайового інвестиційного фонду: порівняльний аналіз законодавства України та держав-членів Європейського Союзу.....64

Максим КОРЧАГІН. Добросовісне набуття нерухомого майна за правом України та досвід деяких іноземних держав .....70

Вікторія КРИВОРУЧКО. Особливості договорів енергопостачання та їх місце в системі договорів ....75

Марина МІНДАРЬОВА. Класифікація облігацій у цивільному праві України.....79

#### СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Діана ФОЛОШНЯ. Поняття сім'ї та членів сім'ї згідно із законодавством України .....85

#### ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ірина КРАВЕЦЬ. Суб'єкти організаційно-господарських повноважень у структурі господарських систем .....88

Валерія ПОЄДИНОК. Захист прав інвесторів у разі експропріації інвестицій .....94

#### ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕННЯ

Євгенія СИДОРЕНКО. Медичне страхування як додаткова умова трудового договору в Україні.....98

#### ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

Леся ДАНИЛЮК. Розуміння правовідносин використання мисливських природних ресурсів та їх суб'єкти.....102

#### УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Володимир БЄЛСЬКИЙ. Порівняльне правознавство як наука та метод дослідження .....106

Олексій ЄРМАК. Конфіскація у світлі рішень Європейського суду з прав людини.....111

Мар'яна КАРП'ЮК. Об'єктивні ознаки розбою за кримінальним правом Республіки Польща.....116

Юлія ТУРЛОВА. Проблеми пеналізації злочинів проти довілля в Україні .....120

#### УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Микола ДЕНИСЕНКО, Ян СТРЕЛЮК. Окремі аспекти організації контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій.....126

Андрій ЗАКЛЮКА. Теоретичні проблеми визначення доказів .....132

Василь КОЗІЙ. Виділення матеріалів досудового розслідування як захід забезпечення безпеки підозрюваного в кримінальному провадженні .....135

Сергій ПАСЛАВСЬКИЙ. Угода про визнання винуватості в Україні та угода про визнання вини в Республіці Молдова: порівняльний аналіз .....139

Оксана СІВАК. Перевиховання неповнолітнього правопорушника через застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою .....145

Володимир ФІГУРСЬКИЙ. Судові доручення за новим КПК України: pro et contra.....150

#### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Юрій ВИШНЕВСЬКИЙ. Імплементация Україною міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів .....155

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 340

### ВИЗНАЧЕННЯ ТА ОЗНАКИ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ ЯК СКЛАДОВОЇ ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО АПАРАТУ ПРАВА УКРАЇНИ

Олександр КУРАКІН,

кандидат юридичних наук, доцент,  
професор кафедри теорії та історії держави і права  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

#### SUMMARY

Scientific search for approaches to identify such notions in the texts of legal acts, their specificity, classification, development tools ensure error-free use of such notions in the legal regulation is important and timely. Nevertheless, the question of such notions are almost raw in science general theory of law that demonstrates the relevance and importance of the study indicated phenomenon. The work is an attempt to identify the characteristic features of such notions as part of the conceptual apparatus, their roles and places in the conceptual apparatus. It has set the foundation for a number of generalizations about the nature of such notions in the theory of law and regulation will improve.

**Key words:** conceptual apparatus, terminological phrases, evaluation concept, abstract, evaluative features.

#### АНОТАЦІЯ

Наукові пошуки підходів до виявлення оціночних понять у текстах нормативно-правових актів, їх конкретизації, класифікації, розробка засобів забезпечення безпомилкового використання оціночних понять у правовому регулюванні є важливими та своєчасними. Незважаючи на це, питання оціночних понять є майже неопрацьованими в науці загальної теорії права, що свідчить про актуальність та важливість дослідження вказаного феномену. Стаття є спробою виявлення характерних ознак оціночних понять як складової термінологічного апарату, їх функцій та місця в понятійному апараті. Це має створити підґрунтя для цілої низки узагальнень щодо сутності оціночних понять у теорії права та сприятиме вдосконаленню правового регулювання.

**Ключові слова:** понятійний апарат, термінологічні словосполучення, оціночні поняття, абстракція, оціночні ознаки.

**Постановка проблеми.** Однією зі складових юридичного понятійного апарату є правові поняття, у яких сконцентрований інтелектуальний потенціал закону та його норм.

Проте законодавець, поряд з абсолютно визначеними та відносно визначеними, широко використовує терміни, що покликані характеризувати елементи правової дійсності, так звані оціночні поняття.

Проблематика оціночних понять у юриспруденції коштувалася увагою фахівців у межах різних галузей права: вони піддавалися аналізу під кутом кримінального (В.М. Кудрявцев, В.В. Пітецький, С.Д. Шапченко, Є.В. Кобзева, М.Б. Кострова), адміністративного (В.В. Ігнатенко), цивільного (М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, Д.А. Гараймович, А.Г. Діденко) права; їх особливості в кримінально-процесуальному контексті також були предметом наукових досліджень (Т.Г. Соловйова). Слід зауважити, що теоретико-правовий аналіз оціночних понять також був предметом творчих пошуків (В.Є. Жеребкіна, Т.В. Кашаніна, О.Ф. Черданцева, А.С. Піголкіна, Д.М. Левина, В.М. Косович).

**Мета статті.** Проте, не дивлячись на значну кількість праць, комплексного дослідження оціночних понять в Україні не проводилося. Тому для розкриття їх сутності, визначення істотних ознак та місця в юридичному понятійному апараті буде доцільним окреслити такі питання: 1) визначити характерні особливості оціночних понять;

2) з'ясувати їх співвідношення із суміжними категоріями; 3) спираючись на зроблені висновки, спробувати знайти теоретичне визначення оціночних понять.

**Виклад основного матеріалу.** Почнемо з аналізу складових цієї категорії. У вказаному словосполученні використовується слово «оціночні», яке потребує роз'яснень. Відразу зазначимо, що вказане поняття є абстрактним, тобто остаточно визначити його зміст неможливо. Спробуємо здійснити етимологічне дослідження зазначеного слова.

Слова «оціночне» є похідним від «оцінка», «оцінювати», оскільки перше є результатом другого. «Оцінка» означає: 1. дія за значенням оцінити, оцінювати; 2. вартість, ціна чого-небудь; 3. думка, міркування про якість, характер, значення тощо кого-, чого-небудь тощо [3].

Серед запропонованих тлумачень, на нашу думку, найбільше відповідає цьому дослідженню перше й третє значення.

Слово «оцінювати» використовується у двох значеннях: 1. Призначати ціну чому-небудь, визначати вартість чогось; 2. Визначати якості, цінність тощо кого-, чого-небудь. Складати уявлення, робити висновок про кого-, що-небудь, визначати суть, характер, значення, роль тощо чогось [3]. Оскільки перший варіант має економічне (фінансове) значення, зосередимо свою увагу на другому тлумаченні.

З огляду на викладене вважаємо, що термін «оціночне» може тлумачитися як певна якість, цінність (чи думка

про неї), яка є, з одного боку, об'єктом, а з іншого – результатом визначення цінності, суті, характеру, значення, ролі тощо чогось. У науковій літературі зазначається, що термін «оцінка» має щонайменше два значення: сам процес оцінювання та його результат.

Характеризуючи категорію «поняття», зазначимо, що поняття – це форма мислення. Сам термін «поняття» використовується в трьох основних значеннях: як особливе судження; як абстракція, що називається певним «ім'ям» і в розумінні «поняття в точному значенні слова» [3].

У наукових дослідженнях є два підходи до вказаної проблеми. Так, Г.Г. Шмельова не вбачає в логічному аспекті відмінностей між неоціночними та оціночними поняттями. Під оціночними ж розуміє поняття, яким притаманні ознаки, що відображають лише соціальну значимість явищ, але при цьому не містять ознак, що характеризують формальні, емпірично фіксовані властивості останніх [20, с. 70].

С.Д. Шапченко, досліджуючи логічні особливості оціночних правих понять, зазначив, що перші спроби визначитись із цим питанням було зроблено Т.В. Кашаніною, а пізніше В.С. Жеребкіним, які, на думку науковця, виходили з того, що оціночні поняття є «поняттями в точному значенні слова», тобто характеризуються такими ознаками, як розчленованість і фіксованість змісту. Сам С.Д. Шапченко запропонував новий підхід до вказаної проблеми, визначивши, що з точки зору формальної логіки, оціночні поняття права – це поняття-загальні уявлення (загальне слово, словосполучення, використане для їх найменування, що розглядаються одночасно і як назва ознаки, що складає зміст поняття-загального уявлення), яким властива нерозчленованість, нефіксованість змісту; оперуючи оціночними поняттями права, особа, яка застосовує право, обмежена в можливості керуватися правилами традиційної формальної логіки [19, с. 58].

Підтримуючи в цілому позицію С.Д. Шапченка, вважаємо, що окремі з викладених ознак потребують уточнення. По-перше, оціночне поняття – це не слово або словосполучення, а думка, яка існує у формі слова або словосполучення. По-друге, оціночні поняття є абстрактними. А.Є. Конверський зазначає, що «конкретним називається поняття, в обсязі якого узагальнюються предмети або їх сукупності. Абстрактним називається поняття, в обсязі якого узагальнюється властивості предметів» [11, с. 145–146]. Аналіз оціночних понять, що використовуються в законодавстві, засвідчує, що вони називають властивості, ознаки дій, явищ тощо. Наприклад, «нормальний», «значний», «поважний», «систематичний» тощо. Таким чином, уточнюючи думку С.Д. Шапченка, стверджуємо, що власне оціночні поняття – це абстрактні загальні уявлення. Вони набувають деякої конкретики, як правило, після використання їх у словосполученні (наприклад, «нормальний ризик», «значна кількість», «поважна причина», «систематичне порушення»), тобто слово, яке використано в сполученні з оціночним поняттям, надає йому певної конкретики. По-третє, С.Д. Шапченко називає однією з ознак оціночних понять права «нерозчленованість змісту». Загалом не заперечуючи проти зазначеного, хотілося б зауважити, що, на нашу думку, говорити про абсолютну нерозчленованість змісту оціночних понять не зовсім правильно. З огляду на те, що зміст поняття являє собою сукупність ознак, на підставі яких узагальнюються та виділяються в понятті предмети певного класу, виокремлення хоча б однієї ознаки вже говорить про певну розчленованість. Характеризуючи оціночні поняття права, сам С.Д. Шапченко зазначає, що поняття-загальне уявлен-

ня – це загальне слово, словосполучення, що розглядається і як назва ознаки, що складає зміст поняття-загального уявлення. Отже, є одна ознака, яка є аналогічною поняттю «ім'ям», але це не означає, що інших ознак немає.

Про часткову розчленованість змісту оціночних понять свідчить наявність у текстах нормативних актів дефініцій деяких із них, які не перетворюють у більшості випадків поняття на абсолютно визначене, але водночас визначають окремі характерні ознаки (чи ознаку) такого поняття. Наприклад, шкідливі умови праці – ті, що «характеризуються такими рівнями шкідливих виробничих факторів, які перевищують гігієнічні нормативи і здатні чинити несприятливий вплив на організм працюючого та/або його потомство» [5]. Як бачимо, виділено такі ознаки оціночного поняття: 1) перевищення гігієнічних нормативів шкідливими виробничими факторами; 2) здатність чинити несприятливий вплив на організм працюючого та/або його потомство шкідливими виробничими факторами. Виокремлення вказаних ознак не перетворює вказане оціночне поняття на абсолютно визначене, оскільки теж сформульовані за допомогою оціночних понять.

Однак вважаємо, що часткове виділення істотних ознак змісту оціночних понять права все ж можливе. Оціночні поняття відрізняються від абсолютно визначених тим, що не можна остаточно виділити всі істотні ознаки поняття та визначити його обсяг. С.Д. Шапченко зазначає, що за наявності (можливості виділення) конкретних ознак оціночні поняття вже не можуть вважатися поняттями-загальними уявленнями в точному значенні цього слова. Проте в тій частині їх змісту, що залишається невизначеною, оціночні поняття можуть розглядатися як поняття-загальні уявлення [19, с. 35]. У цьому аспекті автор підтримує точку зору В.С. Жеребкіна, який вказує, що якщо зміст неоціночного поняття являє собою закриту, замкнуту логічну структуру, у якій ознаки з'єднані кон'юнктивно та кожна з них є необхідною, то зміст оціночного поняття має відкрити, незамкнуту структуру, у якій ознаки родового поняття поєднані з іншими ознаками диз'юнктивно. При цьому завжди може бути додана ще одна суттєва ознака, на основі якої окремий одиничний предмет відносять до класу, названого оціночним поняттям [8, с. 131–136].

Враховуючи викладене, беззаперечною є позиція О.А. Степанової, яка вважає, що незамкнуту структуру має не зміст, а обсяг оціночного поняття [17, с. 42]. Вважаємо, що невизначеність кола предметів, явищ тощо, що охоплюються оціночним поняттям, зумовлена незамкнутою структурою його змісту, адже саме зміст, на нашу думку, зумовлює обсяг, а не навпаки.

У такому розумінні термін «оціночні ознаки» може використовуватися, на наш погляд, у розрізі ознак складу та кваліфікації правопорушень: дисциплінарних (невиконання чи неналежне виконання працівником без поважних причин своїх обов'язків) та матеріальних (спричинення матеріальної шкоди). Така думка зумовлена тим, що в теорії права під складом правопорушення розуміють систему ознак протиправної поведінки, необхідних і достатніх для притягнення до юридичної відповідальності, частину цих ознак складають саме оціночні. Прикладами оціночних ознак складу дисциплінарного правопорушення є, зокрема, «недбале ставлення» – оціночна ознака, що характеризує (визначає) суб'єктивну сторону дисциплінарного проступку суб'єктів [15, с. 554].

Оціночні поняття, крім того, можуть виконувати функцію ознак складу та матеріальних правопорушень. Наприклад,



пункт 2 частини 1 статті 133 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) серед інших містить оціночну ознаку «невжиття необхідних заходів по запобіганню простоям», що характеризує об'єктивну сторону правопорушення, зокрема протиправне діяння (бездіяльність).

Водночас аналіз норм вітчизняного законодавства дає підстави стверджувати, що оціночні ознаки складу правопорушення складають лише частину всіх оціночних понять національного права, адже більшість із них не виконує функції ознак складу матеріального чи дисциплінарного правопорушення.

Таким чином, виходячи з такого вузького розуміння оціночних ознак, не можна використовувати вказані поняття та терміни як рівнозначні, адже вони, хоч і мають спільні ознаки, відрізняються за своїм змістом та функціями.

Як уже зазначалось, одночасно з категорією «оціночні поняття» в науковій літературі використовуються «оціночні категорії» та «оціночні терміни». Вирішення питання можливості існування вказаних категорій полягає в площині співвідношення їх складових, а саме: «поняття», «категорія», «термін».

В.Є. Жеребкін пропонує використовувати категорію «оціночні терміни права» [8, с. 129]. Зазначена думка стала предметом наукових суперечок. На нашу думку, вона також не є беззаперечною. Позиція автора базується на визначенні та ознаках терміна. Вважаємо за необхідне підкреслити, що термін – це одна з форм існування поняття. За цією формою оціночні поняття відрізняються від інших, неоціночних понять і, відповідно, називати такі явища «оціночним терміном» ми не вважаємо правильним. Крім того, з огляду на визначення, що містить у собі найсуттєвіші ознаки терміна, вважаємо, що оціночні слова як форма вираження оціночних понять не є термінами в точному значенні цього слова. Цей висновок продиктований тим, що оціночні слова внаслідок особливих властивостей оціночних понять, які вони називають, не утворюють загальнообов'язану замкнуту систему та не можуть характеризуватися однозначністю, сталістю, точністю й експресивною нейтральністю, а також відсутністю зв'язку з контекстом. Адже, як зазначає і сам В.Є. Жеребкін, оціночні поняття – поняття з нефіксованим змістом [8, с. 42–43].

Враховуючи викладене, вважаємо, що оціночні поняття права не можна визначати як терміни правової науки. Водночас характеристика оціночних понять як категорій також не є однозначною. Будь-яка категорія – це поняття, але не будь-яке поняття є категорією. Оскільки категорія як різновид понять відзначається вищим ступенем узагальнення, вважаємо, що не всі оціночні поняття, використані в праві, мають названу ознаку. Так, оціночне поняття «значна кількість трудящих» не може, на наш погляд, розглядатися як категорія, оскільки не є найвищою за ступенем узагальнення, не є універсальною, останньою ж є категорія «трудящі»; або поняття «аморальний проступок, не сумісний з продовженням цієї роботи», яке теж не є категорією, оскільки вищим за ступенем узагальнення є поняття «аморальний проступок».

Останнім часом у науковій літературі все частіше обговорюється питання про зміст щодо нового юридичного терміна («оціночні судження») та проблеми застосування норм, що його містять. Зазначимо, що вказане питання буде розглянуто лише в частині співвідношення понять «оціночні судження» й «оціночні поняття».

Термінологічне словосполучення «оціночні судження» використовується, наприклад, у статті 47-1 Закону України

«Про інформацію», де розкривається зміст названого поняття. Зокрема, під оціночними судженнями, за винятком образи чи клевети, розуміються висловлювання, які не містять фактичних даних, зокрема критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, з огляду на характер використання мовних засобів, зокрема вживання гіпербол, алегорій, сатири. Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості [16].

Ми погоджуємося з думкою щодо можливості ототожнення оціночних понять та оціночних суджень з огляду на їх взаємозв'язки та неможливість існувати окремо. На наш погляд, вони відрізняються також і за змістом, і за формою. Співвідношення категорій «оціночні поняття» й «оціночні судження» можна розкрити через співвідношення категорій «поняття» та «судження», оскільки останні є різними формами мислення: перше – це форма мислення, що відображає ознаки, відірвано від предмета (абстрактні поняття), а друге – це форма мислення, яка відображає зв'язок між предметом та його ознакою. «Судження» є формою мислення, більш складною за «поняття», що стверджує або заперечує існування предмета як такого чи наявність або відсутність у предмета певної ознаки [14, с. 29].

Необхідно зазначити, що законодавець використовує як оціночні поняття, так і оціночні судження. В.Є. Жеребкін розуміє під оціночними поняттями невизначені в законі, теорії або судовій практиці терміни правової науки [8, с. 129]. Крім уже викладеного, у частині того, що оціночні поняття не можуть розглядатися як терміни, ми не можемо також погодитися із тим, що В.Є. Жеребкін розуміє під оціночними поняттями «невизначені в законі, теорії або судовій практиці терміни». Зрозумілим є те, що розкрити зміст поняття можна за допомогою логічної операції визначення. Проте, як зазначає С.Ю. Головіна, окремим із цих понять дати визначення взагалі неможливо [6, с. 86]. Щодо тих понять, які припускають таку можливість, необхідно обов'язково врахувати вимогу про те, що дефініція повинна містити в собі істотні ознаки предмета. Специфікою ж оціночних понять є те, що їх кількість невідома. Якщо ж ця кількість визначена на рівні закону або іншого нормативно-правового акта та є остаточною, то поняття втрачає ознаку оціночності й стає абсолютно визначеним поняттям.

Крім того, як правильно відмітив С.Д. Шапченко, невизначеність змісту оціночних понять як їх логічна особливість не обов'язково означає відсутність визначення цього поняття в нормативному акті [19, с. 33].

Невиправданою є, на нашу думку, позиція автора й щодо того, що оціночним є поняття, яке не визначене на рівні теорії або судової практики. Не погоджуємося також із позицією О.В. Кобзєвої, яка зазначає, що під неоціночним поняттям слід розуміти таке кримінально-правове поняття, зміст якого вичерпно визначено на рівні закону, правозастосовчої практики чи наукової теорії [10, с. 82].

Як уже зазначалося, необхідно розрізняти нормативно-науково-визначені поняття. Як стверджує А.Г. Діденко, «наукові поняття є незалежним від чийсь волі результатом осягнення об'єктивних закономірностей» [7, с. 35]. Нормативно-визначені поняття можуть застосовуватися у правозастосовчій діяльності лише в тому значенні та з тим змістовним навантаженням, яке легально зафіксовано.

Так, у науковій літературі пропонується таке визначення поняття «аморальний проступок»: вчинення дій, які порушують норми суспільної моралі, суперечать змісту трудової функції цього працівника й тим самим дискре-

дитують його посадові повноваження, що не є сумісним із продовженням цієї роботи [18, с. 23]. Як бачимо, зроблено спробу визначити критерії, за якими певне діяння може бути визнано аморальним. Водночас навіть за наявності такої дефініції саме поняття «аморальний проступок», поперше, не втратило ознак оціночності, оскільки не стало абсолютно визначеним, по-друге, думка науковців не має ознак загальнообов'язковості.

При цьому необхідно наголосити на підвищенні значення доктринального тлумачення окремих правових норм і понять, що в них використані. Ідеться про те, що Конституційний Суд України, готуючи справу до розгляду, звертається за тлумаченням до різних наукових установ, але приймає свої, власні рішення, спираючись на них. Наприклад, приймаючи рішення в справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про особливості звільнення з посад осіб, які суміщають депутатський мандат з іншими видами діяльності», позиції щодо питань, порушених у конституційних поданнях, висловили багато науковців. Одночасно необхідно акцентувати увагу на тому, що обов'язковим усе одно є рішення Конституційного Суду України, а не думка теоретиків права.

Дискусійною, на наш погляд, є позиція В.С. Жеребкіна в частині визначення оціночного поняття судовою практикою. Зрозуміло, що необхідно розібратись у тому, що він розумів під судовою практикою, адже може йтися як про рішення в конкретній справі, так і про акти узагальнення судової практики, зокрема постанови Пленуму Верховного Суду України, або й про перше, і друге разом.

Якщо говорити про перший із названих аспектів, то рішення в юридичній справі, яке стало результатом застосування норми, що містить оціночне поняття, має у своїй основі висновок суду про охоплення цим оціночним поняттям того юридичного факту, який мав місце в дійсності. Тобто суд під час розгляду суперечки вирішує питання про зміст та обсяг оціночного поняття, що міститься в нормі. Однак, оскільки в Україні судовий прецедент легально не визнано джерелом права, це рішення відповідно до частини 2 статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» є обов'язковим до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, об'єднаннями громадян та іншими організаціями, громадянами та юридичними особами на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиціальність) судових рішень для інших судів, органів прокуратури, слідства, дізнання визначається процесуальним законом. Таким чином, хоча в окремому рішенні суду відбулася конкретизація оціночного поняття, для інших, навіть аналогічних справ, воно залишається оціночним. Крім того, така конкретизація носить частковий характер, тобто судом було визначено, що це конкретне явище, випадок тощо охоплюється відповідним оціночним поняттям, але це оціночне поняття не зводиться виключно до цього випадку: воно за змістом залишається остаточно невизначеним.

Верховний Суд України покликаний також забезпечити однакове застосування законодавства всіма судами загальної юрисдикції. Указаний обов'язок здійснюється, зокрема, через надання судам роз'яснень із питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики у формі постанов Пленуму Верховного Суду України. Як впливає з аналізу відповідних норм права, постанови пленуму вищого судового органу повинні враховуватися лише судами, інші ж суб'єкти можуть їх і не враховувати.

На наш погляд, необхідно зупинитися ще на одному питанні, яке виникає внаслідок аналізу визначення, запропонованого В.С. Жеребкіним. Ідеться про те, що під оціночними поняттями цей науковець розуміє терміни правової науки. Виникає закономірне, на нашу думку, питання, чому саме правової науки. Адже, незважаючи на те, що автор не уточнює, у якому аспекті використовується категорія «право», з визначення випливає, що йдеться про систему права або її структурні елементи: норми, інститути, підгалузі та галузі. Категорія ж «правова наука» охоплює цілу сукупність наук, які є правовими (наприклад, філософія права, соціологія права, історія права тощо). Тому використаний науковцем підхід є необґрунтованим.

Отже, на нашу думку, невизначеність оціночних понять у юридичній теорії або практиці не є суттєвими ознаками оціночних понять права.

О.В. Кобзева під оціночними ознаками кримінального закону розуміє неконкретизовані в законі чи іншому нормативно-правовому акті кримінально-правові поняття, що мають на меті відбивати не предмет у його цілісності, а властивості цього предмета, зміст яких встановлюється суб'єктом застосування кримінально-правової норми, на основі конкретних обставин кримінальної справи [10, с. 97–98]. Загалом не заперечуючи проти вказаного визначення, вважаємо за необхідне звернути увагу на таку суттєву ознаку оціночних понять, яка зафіксована у визначенні, як «неконкретизованість у законі або іншому нормативно-правовому акті» цього різновиду понять.

Вважаємо, що вказана ознака потребує уточнення. Детально не зупиняючись на питанні конкретизації оціночних понять, переконані, що суттєвою ознакою оціночного поняття є відсутність повної та остаточної його конкретизації в законі або іншому нормативно-правовому акті. Часткова конкретизація оціночних понять на рівні нормативно-правових актів може мати місце. Тому погодимося з позицією Є.І. Астраханя, який зазначає, що оціночні поняття внаслідок специфіки вичерпним чином не конкретизовано в жодному нормативному акті [1, с. 39]. Класичним прикладом є часткова конкретизація поняття «істотні умови праці» в розрізі частини 3 статті 32 КЗпП України. Наявність невичерпного переліку умов, які законодавець визнає істотними, не має своїм наслідком втрату ознак оціночності щодо інших причин, які можуть бути зазначені працівником і які відсутні в переліку. Лише за умови, що на рівні нормативно-правового акта здійснено повну й остаточно конкретизацію оціночного поняття (наприклад, використано вичерпний перелік), поняття втрачає ознаку оціночності.

У науковій літературі зазначено, що особливій уваги заслуговує дослідження оціночних понять трудового законодавства, проведене М.Й. Бару, у якому науковець вказав, що вони є особливим способом вираження волі законодавцем, що створює умови для зближення правозастосовчої та правозастосовчої практики. Він виділив такі ознаки оціночних понять: 1. оціночні поняття не конкретизовані законодавцем чи іншим компетентним органом; 2. оціночні поняття уточнюються в процесі правозастосовчої діяльності; 3. оціночні поняття надають суб'єкту, що застосовує правову норму, можливість вільної оцінки факторів [2, с. 104].

Уточнюючи визначення, запропоноване М.Й. Бару, Є.І. Астрахан вказує на такі характерні особливості оціночного поняття: 1) через свою специфіку вичерпно не конкретизовано в жодному нормативному акті;

2) конкретизується в процесі правозастосування в кожному окремому випадку; 3) надає правозастосовочому органу можливість самостійної оцінки фактів з обов'язковим дотриманням тих загальних критеріїв чи ознак, які передбачені в цьому оціночному понятті [1, с. 39].

Підтримуючи зазначене, хотілося б наголосити, що М.І. Бару, враховуючи специфіку трудового права, підкреслив, що конкретизувати оціночне поняття, яке використано в нормативно-правовому акті (у тому числі й у законі), може не тільки сам нормотворець, а й інший суб'єкт, наділений у встановленому порядку таким правом.

Таким чином, вважаємо, що суттєвою ознакою оціночного поняття є відсутність його остаточної конкретизації, здійсненої як самим нормотворцем, так і іншим суб'єктом, яким таке право надано.

В.М. Косович вважає, що оціночно-правове поняття – це виражена в юридичній нормі абстрактна характеристика соціальної (особистої, групової тощо) значущості реальних або потенційних фактів, що має бути неодмінно конкретизована під час його застосування чи реалізації, завдяки чому забезпечено юридичне реагування держави на всі індивідуалізовані факти, яким притаманна зафіксована в юридичній нормі значущість [12, с. 43]. У цілому не заперечуючи проти запропонованого визначення, вважаємо за необхідне зробити уточнення. По-перше, поняття, на наш погляд, не може розглядатися як характеристика, оскільки воно є думкою. По-друге, не всі оціночні поняття права характеризуються «соціальною значущістю». Так, оціночне поняття «тимчасове припинення», на нашу думку, не характеризується зазначеною ознакою. Доцільніше вказувати на спільну ознаку, за якою ці «індивідуалізовані факти» охоплюються регламентацією відповідної правової норми.

Т.В. Кашаніна під оціночним поняттям розглядає виражений у нормі права припис, у якому закріплюються найбільш загальні ознаки, властивості, якості, зв'язки та відносини різних предметів, явищ, що детально не роз'яснюються законодавцем для того, щоб воно конкретизувалося шляхом оцінки в процесі застосування права та дозволяло здійснювати в межах зафіксованої в ній загальності індивідуальну, піднормативну регламентацію суспільних відносин [9, с. 8].

Майже аналогічне визначення в частині окреслення логічних особливостей оціночних понять пропонується Д.М. Левіною. На її думку, правове оціночне поняття – це закріплене в нормах права поняття, що характеризує найбільш загальні властивості різних предметів, явищ, дій, процесів, спеціально не конкретизоване законодавцем із метою надання такої можливості суб'єкту, що застосовує право шляхом вільної оцінки в межах конкретної правозастосовочої ситуації [13, с. 9].

Схожою є позиція Д.А. Гараймовича, який називає оціночними ті цивільно-правові поняття, зміст яких визначається тільки з урахуванням конкретної ситуації, обставин справи, що розглядається. Одночасно науковець зазначає, що цей різновид цивільно-правових понять відбиває ті явища та процеси, які різноманітні настільки, що сформулювати всі їх суттєві ознаки неможливо. У нормі виявляють одну або декілька спільних ознак, інші деталізуються в конкретній справі [4, с. 133].

Щодо виділення як ознаки оціночних понять закріплення в них найбільш загальних властивостей, якостей, зв'язків і відносин різних предметів та явищ, то ця позиція Т.В. Кашаніної не знайшла підтримки в науковій літературі. Так, С.Д. Шапченко, зазначаючи, що до тако-

го ж висновку дійшов і В.Є. Жеребкін, пише, що з точки зору логіки, ці особливості суперечать таким елементам поняття, як обсяг і зміст, оскільки обсяг поняття складають лише однорідні предмети, а щодо змісту, то його складають тільки загальні ознаки, причому це притаманно всім поняттям, а не тільки оціночним [19, с. 31]. Ми підтримуємо висловлені зауваження та контраргументи, сформульовані С.Д. Шапченко, які можуть бути застосовані до визначень Д.А. Гараймовича (щодо обсягу понять) та Д.М. Левіної.

**Висновки.** З огляду на наведені вище міркування вважаємо назву «категоріально-понятійний апарат» поєднанням слів, які утворюють родо-видове відношення, що у свою чергу є одним із видів тавтології, тому використання її вважаємо недоцільним. Категорію «понятійний апарат» можна визначити як сукупність засобів, що відображають предмети та явища правової дійсності, а саме: понять і категорій як їх різновидів, що існують у формі слів або словосполучень (частину з яких складають терміни або термінологічні словосполучення), а також способів передачі інформації – визначень та термінів або термінологічних словосполучень, цільовим призначенням яких є доведення інформації до користувача.

Категорію ж «понятійний апарат галузі права» необхідно розглядати в тих основних значеннях, у яких традиційно розглядається поняття «право»: як галузь, як наука і як навчальна дисципліна. Розглянуті нами поняття не можна ототожнювати, вони є взаємопов'язаними та взаємозалежними. Хоча складовими всіх названих апаратів є поняття, категорії, терміни та визначення, вони різняться за цілями та функціями, що виконують, а також за формами існування.

Понятійний апарат вітчизняного національного права є результатом логіко-лінгвістичної та правової діяльності нормотворця, науковців та практичних працівників; являє собою призначену для фіксації та передачі правової інформації сукупність понять, категорій, слів (термінів) та визначень, що містяться в нормах, які регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини, і характеризується системністю, цілісністю, відносною самостійністю та ієрархічністю.

Оціночні поняття характеризуються логічними, лінгвістичними та юридичними особливостями, за якими вони відрізняються від інших понять, що використовуються. Їх необхідно розглядати як структурний елемент понятійного апарату, що являє собою абстрактну думку про властивості, якість і цінність явищ, дій, осіб тощо, яка у формі слів загального вжитку або словосполучень використана в текстах норм права, характеризує будь-який елемент правових відносин і в силу своїх логічних особливостей повно й остаточно не конкретизована в жодному нормативному акті як самим нормотворцем, так і уповноваженими ним суб'єктами, остаточна конкретизація якого здійснюється суб'єктом у процесі застосування норми, що містить його в кожному конкретному випадку, обумовлена об'єктивними й суб'єктивними чинниками, унаслідок чого здійснюється індивідуальне піднормативне регулювання суспільних відносин.

#### Список використаної літератури

1. Астрахан Е.И. Оценочные понятия в советском законодательстве о труде и социальном обеспечении / Е.И. Астрахан // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1974. – Вып. 30. – С. 37–56.
2. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве / М.И. Бару // Советское государство и право. – 1970. – № 7. – С. 104–108.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.slovnuk.net>.
4. Гараймович Д.А. Оценочные понятия в современном гражданском праве / Д.А. Гараймович // Цивилистические записки : межвузовский сб. научн. трудов. – М. : Статут, 2001. – С. 130–157.
5. Гігієнічна класифікації праці за показниками шкідливості та небезпечності факторів виробничого середовища, важкості та напруженості трудового процесу, затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 27 грудня 2001 р. № 528 // Охорона праці. – 2006. – № 4–6.
6. Головина С.Ю. Формирование понятийного аппарата трудового права / С.Ю. Головина // Государство и право. – 1998. – № 8. – С. 82–89.
7. Діденко А.Г. Роль оціночних понять в цивільно-правовому регулюванні / А.Г. Діденко // Розвиток цивільного законодавства України: шляхи подолання кодифікаційних протиріч : зб. анотацій і тез учасників міжнар. наук.-практ. конф. (28–29 вересня 2006 року). – К., 2006. – С. 34–37.
8. Жеребкин В.Е. Логический анализ понятий права / В.Е. Жеребкин. – К. : Вища школа, 1976. – 150 с.
9. Кашанина Т.В. Оценочные понятия в советском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Т.В. Кашанина. – Свердловск : Свердл. юрид. инст-т, 1974. – 17 с.
10. Кобзева Е.В. Оценочные признаки в уголовном законе / Е.В. Кобзева ; под ред. Н.А. Лопашенко. – Саратов : Изд. ГОУ ВПО Саратовская гос. акад. права, 2004. – 256 с.
11. Конверський А.Є. Логіка : [підруч. для студ. юрид. факультетів] / А.Є. Конверський. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 304 с.
12. Косович В.М. Оцінювання й оцінки у національному й міжнародному правозахисті / В.М. Косович // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / редкол. П.М. Рабінович та ін. – Львів : Світ, 2006. – Вип. 12. – 251 с.
13. Левина Д.Н. Теоретические проблемы применения и толкования оценочных понятий : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Д.Н. Левина. – Нижний Новгород, 2007. – 36 с.
14. Пасько Я.І. Логіка : [навчально-методичний посібник] / [Я.І. Пасько, В.В. Білецький, М.Є. Савенкова, В.В. Бурега] ; за ред. В.В. Бурега. – Донецьк : ДонДДУ, 2004. – 76 с.
15. Про дисципліну працівників залізничного транспорту : положення, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 січня 1993р. № 55 // Кодекс законів про працю України з по-статейно систематизованими матеріалами / упоряд. і наук. ред. В. Вакулєнко. – К. : Істина. – 2001. – С. 550–554.
16. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 28. – Ст. 214.
17. Степанова Е.А. Оценочные понятия трудового права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Е.А. Степанова. – Ростов-на-Дону, 2005. – 184 с.
18. Тищенко О.В. Правові проблеми укладення, зміни та припинення трудового договору з педагогічними працівниками середніх загальноосвітніх шкіл України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / О.В. Тищенко. – К., 2002. – 204 с.
19. Шапченко С.Д. Оценочные признаки в составах конкретных преступлений : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / С.Д. Шапченко. – К., 1988. – 223 с.
20. Шмелёва Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании / Г.Г. Шмелёва. – Львов : Вища школа, 1988. – 104 с.



УДК 340.12

## ЕКЗИСТЕНЦІАЛІСТСЬКИЙ ПІДХІД ДО ПРАВОВОЇ ІДЕОЛОГІЇ

Андрій ЛУЦЬКИЙ,

кандидат юридичних наук, доцент, ректор  
Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького

### SUMMARY

The article analyses the philosophical and legal content of existentialist ideas. The author traces the main conditions of the formation of the given philosophical current and characterizes its founders' views such as S. Kierkegaard, Jaspers, B. Mayhofer. The article presents the author's view of the influence of existentialism on the category of human life and the man's place in the system of legal relations. The main emphasis is placed on the results of sociological sample which determined existential perception of legal ideology and its derivative – legal relations of ordinary Ukrainians. The author concludes that the activation of the introduction of legal ideology on the existential level is quite relevant at the current stage of the Ukrainian state and society development.

**Key words:** legal ideology, existentialism, being, comprehension of law, legal entity, natural law, positive law.

### АНОТАЦІЯ

У статті здійснюється аналіз філософсько-правового змісту ідей екзистенціалізму. Прослідковуються основні обставини виникнення цієї філософської течії, характеризуються погляди таких її основоположників, як С. К'єркегор, К. Ясперс, В. Майхофер. Подається авторське бачення впливу екзистенціалізму на категорію людського буття і, відповідно, місце людини в системі правових відносин. Основна увага акцентується на результатах соціологічної вибірки, у якій визначалося екзистенціальне сприйняття правової ідеології та похідних від неї правовідносин пересічних українців. Автор приходить до висновку, що активізація впровадження правової ідеології на екзистенціальному рівні є достатньо актуальною на сучасному етапі розвитку української держави та суспільства.

**Ключові слова:** правова ідеологія, екзистенціалізм, буття, праворозуміння, суб'єкт правовідносин, природне право, позитивне право.

**Постановка проблеми.** Розвиток громадянсько-го суспільства, соціальної та правової держави, процес правового регулювання суспільних відносин вимагає скрупульозного дослідження основоположних засад самого розуміння права та його ідеологічної сутності. Філософія права оперує різноманітними підходами до розуміння права та його ідеології, а саме: позитивістським, лібералістським, екзистенціалістським, феноменологічним та іншими підходами, які впродовж останніх століть не лише міцно утвердилися у свідомості, а й суттєво розвинулися та видозмінилися.

З огляду на наявну науково-методологічну базу актуальним є аналіз екзистенціалістського підходу до розуміння змісту правової ідеології. Цей науковий підхід притаманний багатьом науковцям уже півтора століття, починаючи із С. К'єркегора та запропонованого ним (1843 р.) базового поняття «екзистенція» [5, с. 23].

Проблеми екзистенціалістського підходу до трактування права та правової ідеології присвячені праці багатьох вітчизняних та іноземних науковців, а саме: А. Боттонде, І. Гояна, В. Маслова, В. Мельника, А. Перцева, С. Шевченка, Г. Шпренгера та інших.

**Мета статті** – визначення основних теоретичних аспектів впливу екзистенціалізму на зміст правової ідеології.

**Виклад основного матеріалу.** Широка відомість екзистенціалізму дозволяє відмовитися від детального розгляду його категоріального апарату. Проте зазначимо, що в нашій роботі найбільш оптимальним ми вважаємо вживання такого формулювання «екзистенції» (від лат. *existentia* – виступати, виходити, виявляти себе, існувати, виникати, показуватися, ставати тощо) – це філософська категорія, яка використовується для позначення конкретного буття:

– за часів середньовіччя екзистенцією позначали спосіб буття речі як створеного, похідного від божественного буття;

– у сучасній філософії екзистенцією позначають людське існування в його глобальній та глибинній специфічності [7].

Враховуючи цілі нашого дослідження, ми розглядаємо екзистенціальне в сентенції континууму цілісного людського існування в правових межах соціальної системи. На відміну від філософів-екзистенціалістів ми спираємося насамперед на внутрішні відчуття особистого правового простору суб'єктом правовідносин. Вважаємо, що правова ідеологія в екзистенціальній площині (звертаючись до трактату С. К'єркегора щодо «стадій» життя в «або – або» 1843 р.) має основним критерієм відмову від трансцендентних релігійних уявлень про право та правовідносини.

Узагальнення наукових першоджерел засвідчує, що екзистенціалістський підхід до правової ідеології сформувався на початку ХХ ст. під впливом екзистенціалізму як популярного напрямку філософії, що надавав одне з пояснень існування особи в життєвому просторі [6; 9; 10]. Екзистенціальні риси простежуються в багатьох сферах тієї епохи: культурі, суспільстві, державі, законах тощо. Відповідно, вони відображаються й у процесі формування уявлень про правову ідеологію.

Серед ключових позицій, на яких базуються ці уявлення, виділимо такі:

– протиставлення справжнього існування особи та особи як суб'єкта правовідносин (екзистенції та буття в соціумі);

– протиставлення недійсності існування суб'єктивних прав суб'єкта правовідносин (прав згідно з його особистими бажаннями) у світі об'єктивної та соціалізації.

Спираючись на висновки українських дослідників О. Михайлик та С. Таранова, вважаємо, що екзистен-

ціоналістський підхід трактує правову ідеологію як вихідне (дораціональне та дорефлексивне) переживання правосвідомості, осягнення особою свого правового буття у світі правовідносин. Суб'єкт правовідносин, згідно з екзистенціалістським підходом – це самотня істота, яка «закинута» долею в правове буття.

Відповідно до такої логіки правова ідеологія – це про-яв стурбованості особи щодо свого становища у ворожо-му оточенні, а також:

- прагнення знайти компроміси в співіснуванні з іншими у світі об'єктивованих цінностей, відносин і форм спілкування;

- приреченість «рахуватися» із соціальними об-ставинами життя, на які бажано знайти оптимальний (ідеологічний) спосіб соціального реагування;

- надія знайти своє місце в соціумі та зробити свій вибір щодо вдосконалення його (ідеологічного піднесення правовідносин) або ігнорування соціальних норм.

Тобто в такому безособовому світі суб'єкт правовідносин лише в ситуаціях глибокого потрясіння («межові ситуації» К. Ясперса [8, с. 205; 12]) може осягнути екзистенцію сенсу свого буття. Основне завдання правової ідеології полягає тут у розумінні й трактуванні правовідносин як екзистенціального явища в його співвідношенні з державними законами.

На нашу думку, у цьому контексті екзистенціальна правова ідеологія виступає як справжнє право, а чинні правовідносини – як щось несправжнє, відчужене від особи та те, що протистоїть її екзистенціальній сутності. Це можна порівняти зі знеособленою об'єктивованою формою вираження ідеологічного права.

Середбагатьохпредставниківекзистенціалістського напрямку періоду його розквіту (перша половина ХХ ст.) особливої уваги заслуговують наукові праці В. Майхофера: «Буття і право» (1954 р.), «Природа речей» (1958 р.), «Природне право як екзистенційне право» (1963 р.) та інші. Ми виділили цього філософа серед інших через його помітний внесок у фундамент ідеї екзистенціалістського буття в правовій ідеології. Зокрема, науковець пропонував по-різному розуміти праворозуміння та, відповідно, можливості правової ідеології й способи її використання.

Найбільш наближеним до теми нашого дослідження виступають його сентенції щодо реалізації певних аспектів екзистенціалістських положень щодо правової ідеології, наприклад:

- одиничність і неповторність ідеологічного в правовому бутті суб'єкта правовідносин;

- вплив на право в людському бутті того ідеологічного світу, у якому здійснюється це буття.

Ми вважаємо, що відоме поняття «Als-Sein» («буття-в-якості») В. Майхофера можна віднести саме до екзистенціалістського підходу в правовій ідеології як закріпленого на законодавчому рівні розуміння людської екзистенції, де індивідуальне право пов'язане із соціальним буттям.

Узагальнюючи теоретичні постулати В. Майхофера, можна зробити висновок про те, що в ситуаціях правової взаємодії особа у своїй екзистенції проявляє себе суто як суб'єкт правовідносин та не має інших соціальних ролей у той момент (наприклад, не виступає в ролі батька чи сина, чоловіка або дружини, керівника або підлеглого тощо). Згідно з таким трактуванням правова ідеологія виступає в екзистенційно обумовлених соціальних еманациях.

У таких правовідносинах суб'єктної екзистенції та ідеологічної самотності реалізується правосвідомість задіяних у правові ситуації осіб через знаходження компромісу із суб'єктивним уявленням інших про свої та чужі права й обов'язки. Означене мислитель називав «самотуттям індивідів».

Ґрунтуючись на концепції В. Майхофера щодо ситуацій рольових проявів людської екзистенції як конкретних ситуацій природного права, пропонуємо вважати такий стан речей «правовим самотуттям». Зокрема, маються на увазі такі особливості, які детально розкриваються в дослідженнях А. Боттонде [2], В. Маслов [6], А. Чаплигіна [9] та Г. Шпренгера [11]:

- згідно з екзистенціалістською інтерпретацією традиційної категорії «природа речей» сенс правової ідеології інтерпретується ним як конкретно природне утворення;

- наголошується на «золотому правилі» правовідносин, яке, на наш погляд, можна сформулювати як пропозицію до громадян чинити з іншими так, як хотіли би вони, щоб чинили з ними.

Вважаємо, що екзистенціалістський підхід до правової ідеології може бути виражений через ставлення до правовідносин у суспільстві як до рольової поведінки громадян, де правилами виступають не лише закони, а власне усвідомлене прагнення їх дотримуватися. На наш погляд, у такому трактуванні набувають юридичної сили побутові поняття «справжня істина», «людяна справедливість» тощо.

Враховуючи наведене, доречно згадати видатні ідеї І. Канта щодо виведення раціональних максимумів поведінки для типологічних ролей, у нашому випадку – ролей у правовідносинах на кшталт категоричного імперативу. Аналітичну увагу в означеному сенсі привертають внутрішні протиріччя між людською екзистенцією та формалізованим правом й ідеологізованою правосвідомістю, тобто неузгодженості між природним правом та абстрактно-загальними установками.

Згадане раніше «золоте правило» балансують правовідносин відображається тут як екзистенція права в ідеологічному вимірі. Робимо такий висновок з огляду на природні цінності людського буття та самотуття громадян як суб'єктів соціальних взаємовідносин.

Отже, традиційне природне право отримує нового вигляду за рахунок фонового забарвлення поняттями «людська гідність», «рівність/цінність усіх людей», «права кожного на задоволення його потреб та розвитку й реалізацію здібностей» [4]. У законодавчій інтерпретації це може виглядати як природний порядок правовідносин, що функціонує завдяки ідеологічним установкам права на дотримання правових свобод щодо суб'єкта правовідносин. Вважаємо, що саме в цьому полягає сутність правової ідеології в екзистенціальному вимірі.

Узагальнення наукових здобутків авторів-екзистенціалістів дозволяє стверджувати, що правова ідеологія має розбіжності з офіційною позицією законодавця та нормативами чинного закону саме на екзистенціальному (окрім іншого) рівні. Це переконання ґрунтується на тому, що екзистенціальне право трактує закон, з одного боку, як конкретно-ситуаційний перелік вимог раціоналістичного, а з іншого – як протигагу природному.

У зв'язку із цим увагу привертає ступінь представленості екзистенціального в правовій ідеології як такої. Цій проблематиці присвячена значна кількість нау-

кових праць, серед яких найбільш наближеними до нашого дослідження є наукові здобутки Е. Фехнера: «Філософія правової ідеології. Соціологія і метафізика правової ідеології» (1956 р.), «Природне право і екзистенціальна філософія» (1981 р.) та інші. На основі вивчення його творів можна зробити висновок, що екзистенціалістський підхід до правової ідеології спирається лише на емпіричні факти й відкидає трансцендентальні чинники, до яких звертаються представники інших ідеологічних напрямів. Відповідно, це призводить до трактування правової ідеології як екзистенційно одностороннього емпіричного соціологізму та отожднює її зі світоустроєм у державному масштабі на макросуспільному рівні.

Видавні філософи-екзистенціалісти підтримували цю точку зору. Так, К. Ясперс наголошував на тому, що державна влада базується на певному законодавчому фундаменті, який становить собою базис для взаємодії законодавця та суспільства, людини та системи, активності суб'єкта правовідносин у правовому полі тощо. На наш погляд, ці відносини доцільно розуміти як юридичну актуалізацію ідеологічної екзистенції, яка формує правовий сектор буття будь-якої громади та самобуття кожного її члена.

Згідно з поглядами на ідеологію екзистенціального права Е. Фехнера з людської екзистенції випливає все суще, у тому числі й правові особливості співіснування громадян [3, с. 17–24]. У контексті нашого дослідження особливо значущою є фехнерівська концепція протиставлення двох правових різновидів. Маємо на увазі антитезу змісту природного права (живого, довільного, породженого людською екзистенцією) та права позитивного. Останнє Е. Фехнер вважав чужорідним, механічним, норми якого «мертві», що й не дозволяє повно відобразити в реаліях життя нормативний взірць правової поведінки.

Екзистенціалістський підхід до правової ідеології на такому ґрунті відображається в тому, що екзистенція будь-якого правового рішення суб'єкта правовідносин розглядається науковцем як суб'єктивно-вольове рішення, розраховане на ідейне впровадження в ситуації соціальної взаємодії. Розвиваючи цю думку, вважаємо, що ідеологічно очікувана правова поведінка громадян (рівень законслухняності) формується на основі екзистенції природного права, тобто «живої» правової ідеології з урахуванням практичних реалій життя.

Ми погоджуємось з авторами-екзистенціалістами, які вбачають у другому підході переважання формального та теоретичного над актуальним та практичним. На наш погляд, із цього напрошується думка, що екзистенціалістська правова ідеологія апелює до індивідуальної екзистенції кожного суб'єкта правовідносин, а отже, враховує інтереси та захищає потреби своїх ідеологічних адептів.

Відповідно, екзистенціалістський підхід апріорі відкидає загальність та теоретичність правової ідеології та її юридичних принципів, нормативної форми, положень тощо. Тому вважаємо за доцільне піддати критиці подібну безапеляційність. Узагальнюючи наведене вище, приходимо до висновку, що в екзистенційній площині правова ідеологія виконує такі функції:

- витісняє нормативні установки та підміняє їх довільними (екзистенційними) правилами індивідуально-ситуаційного характеру;

- дозволяє надавати правову оцінку ситуаціям соціальної взаємодії, що екзистенціально визначає індивідуальну норму поведінки;

- пояснює та впроваджує законодавчі положення та інші правові норми як значимі та актуальні одиниці соціального сприйняття права та правовідносин;

- робить можливим «інтуїтивне», тобто несвідоме «програмування» особою своєї поведінки в соціумі як суб'єкта правовідносин.

На наш погляд, співвідношення екзистенціальної сутності буття та правової ідеології залишається в межах традиційного балансу природного та позитивного права, що відображається в поведінці пересічних громадян. Спираючись на це, вважаємо, що екзистенціалістський підхід вказує на дійсність абстрактного в правовій ідеології. Це норми позитивного та абсолютного в ідеологічному змісті права, вони виступають проти класичної природно-правової доктрини.

Аналізуючи наукові здобутки сучасників доби розквіту екзистенціалізму, можемо стверджувати, що екзистенціалістський підхід до правової ідеології суперечить і класичній природно-правовій доктрині, зокрема, у таких аспектах:

- екзистенціалісти у своїй критиці апелюють до декларованої метафізичності в людській природі, на якій наполягають представники антропологічної філософсько-правової думки;

- для природничих наук характерна поява нових трактувань щодо прав та свобод людини. Тобто інтерпретація природного права також може змінюватися. Між тим, на думку екзистенціалістів, незмінність сутності речей залишається незмінною в усіх процесах (та їх особливостях) оновлення ідеологічної роботи.

Однак екзистенціалістський підхід до правової ідеології, як і підхід природно-правовий, спирається на біологічно обумовлені базисні норми в мимовільному зверненні особи (суб'єкта правовідносин) за критеріями справедливості як до власної інтуїції (природне), так і до знань юридико-соціального характеру (формальна справедливість).

Отже, конкретизація екзистенції правової ідеології може бути представлена як абстрактне вираження права у фіксованих законодавчих принципах. Це, у свою чергу, зменшує можливість визнання надмірної значущості цього явища як самого по собі, а не як вектору для втілення ідеологічних положень у реалії життя.

На нашу думку, це вказує на розвиток правових систем та наявність у них таких характеристик:

- мінливості змістовних принципів права;
- заперечення метафізичного;
- запозичення кращих тез природного права та інших концепцій, що мають потенціал заповнити собою сучасне ідеолого-правове поле;
- суб'єктивність, ірраціональність, наявність психологізмів тощо.

Узагальнення першоджерел засвідчує, що екзистенціалістський підхід до правової ідеології спирається на відмову від класичних уявлень про ідеологічну роль природного права. Як уже було зазначено, екзистенціалістські погляди на право передбачають поняття права як правовідносин. Філософи-екзистенціалісти наголошують на доцільності сприймання правової ідеології таким чином:

- як конкретний ненормативний безперервний розвиток ідеального уявлення про правовідносини;

- як пропозицію щодо форми «істинного права» як певного переліку правил правової поведінки, що виникають у соціальній взаємодії;



– як правові рішення, засновані на індивідуальних уподобаннях сутнісного виміру права в межах суспільної ідеологічної екзистенції;

– як одиницю відмінності між поточними законодавчими рішеннями (абстрактні норми) та структурами буття правосвідомості громадян у реаліях життя (правовідносинах).

Отже, екзистенціально правова ідеологія відображається в пошуку ідеального правового рішення в змісті самої ситуації правовідносин (життєвих реаліях). Лише під таким кутом можливе тлумачення правової норми як такої, що має ідеологічний потенціал для суспільного прогресу високорозвиненого громадянського суспільства.

Незважаючи на асоціативні зв'язки з іншими науками, екзистенціальний науковий напрям фундаментально означений як аналіз існування людини на різних глобальних рівнях сприйняття її сутності, екзистенції її внутрішньої та зовнішньої свободи тощо. Тому ми зважаємо на екзистенційні погляди на людину як на суб'єкта правовідносин та розглядаємо під цим кутом екзистенції її самореалізації.

На підтвердження зазначеного нами проведене емпіричне вивчення уявлень суб'єкта правовідносин щодо сутності правової свободи та власної ролі в ній за допомогою опитування. Основними його позиціями стали особливості екзистенціального сприйняття правової ідеології та похідних від неї правовідносин наших співгромадян:

- відповідальність за правові наслідки своєї поведінки;
- сутність правової поведінки на екзистенційному рівні;
- можливості екзистенційного розвитку правовідносин залежно від сутності правосвідомості суб'єктів соціальної взаємодії.

Для уникнення можливих непорозумінь із боку респондентів щодо задіяного понятійного апарату (через різний рівень їх обізнаності у філософських категоріях) ми представили сутнісний бік теми в такій конкретизації:

– чим Ви керуєтеся під час вирішення побутових конфліктів?

- а) правовими знаннями про належну поведінку;
- б) власними уявленнями про справедливість;

– під час оцінювання вчинків у правових відносинах (наприклад, під час визначення меж необхідної оборони) Ви спираєтеся на:

а) формальний підхід: наявність складу правопорушення в діях учасників;

б) емоційне забарвлення події: врахування сутності та розміру моральної шкоди потерпілих від дій нападників;

– що важливіше для свідомого громадянина:

- а) законослухняна поведінка;
- б) слідування власним правовим ідеалам;

– що важливіше для прогресивної держави з високим рівнем дотримання прав та свобод людини:

- а) законослухняні громадяни;
- б) громадянське суспільство;

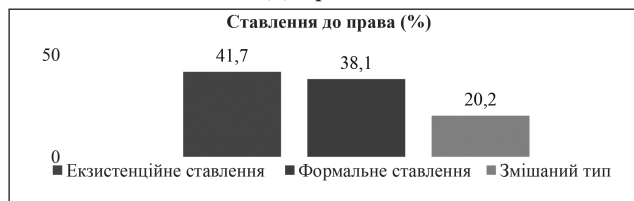
– чому насамперед Ви маєте намір навчати (уже навчаєте) своїх дітей?

а) бути законослухняною особою;

б) мати власні критерії правової та соціальної справедливості.

Узагальнення одержаних результатів засвідчує переважання екзистенційного ставлення до правової ідеології серед опитаних (діаграма 1):

Діаграма 1



Узагальнені результати опитування свідчать про таке:

– 41,7% респондентів вказують на пріоритетність для них сутнісної індивідуальності в правосвідомості (відповіді шкали «б»);

– 38,1% обрали відповіді, які свідчать про відання переваги адміністративним нормам, а не самостійному визначенню правових пріоритетів (відповіді шкали «а»);

– 20,2% опитаних схилиються до приблизної рівності як формального в праві, так і екзистенційного (49,8% відповідей за шкалою «а» та 50,2% відповідей за шкалою «б»).

Зазначимо, що одержані дані певним чином дисонують із соціально-професійним статусом представників нашої діагностичної вибірки: усі вони є працівниками органів внутрішніх справ, тобто представниками державної структури, яка уособлює директивність формального закону. У загальності, обов'язковості для всіх законодавчих положень та законослухняної поведінки й відображається екзистенція правовідносин системи «держава – людина». Проте, хоча й із невеликим відривом (3,6%), більшість наших опитаних обрали відповіді, які уособлюють протилежну позицію – перевагу індивідуального над формальним в ідеологічному сприйнятті права.

На нашу думку, це підкреслює надзвичайну актуальність та значущість правової ідеології як потужного вектору формування громадянського суспільства в нашій країні. Останні суспільно-політичні революційні події вже показали потенціал українського суспільства як практично-дієвого учасника державних перетворень [1, с. 58]. Відповідно, активізація впровадження правової ідеології на екзистенціальному рівні, на нашу думку, є вельми доречною на поточному етапі розвитку України.

Водночас не можемо не відмітити певної загрози, яку має суцільна захопленість індивідуальною екзистенцією правосвідомості громадян. Згідно з проведеним аналізом найбільш невизначеною межею в правовідносинах екзистенціалістського підходу до правової ідеології є розрізнення акта правової свободи та свавільних вчинків.

**Висновки.** Таким чином, дослідивши особливості екзистенціалістського підходу до правової ідеології, можемо стверджувати, що він характеризується такими особливостями:

– може бути означений як переживання правосвідомості та осягнення особою свого правового буття у світі правовідносин;

– надає альтернативу формальній справедливості позитивного права та суперечить класичній природно-правовій доктрині;

– має відношення до правовідносин у суспільстві як до рольової поведінки громадян, які керуються усвідомленим прагненням дотримуватися законності в правовідносинах;

– відображається в пошуку ідеального правового рішення в змісті ситуації правовідносин, тобто в життєвих реаліях;

– відмовляється від номінально-законодавчого сприйняття права на користь індивідуального.



### Список використаної літератури

1. Бичко А.К. Феномен української інтелігенції: спроба екзистенціального дослідження / А.К. Бичко, І.В. Бичко. – К. : Освіта України, 2014. – 199 с.
2. Боттонде А. Утешение философией / А. де Боттонде. – М. : Эксмо, 2014. – 384 с.
3. Гоян І. Філософські підвалини психофізичного закону Фехнера / І. Гоян // Вісник Черкаського університету. Серія «Філософія». – 2011. – Вип. 210. – С. 17-24.
4. Громадська взаємодія як екзистенція демократичного суспільства // Громадська взаємодія як екзистенція демократичного суспільства : матеріали науково-практичної конференції (Київ, 13 жовтня 2013 р.) / ред. кол.: Н.О. Чугаєнко та ін. ; упоряд. Т.В. Привалко. – К. : Нац. акад. упр., 2013. – 338 с.
5. Кьеркегор С. Или – или. Фрагмент из жизни / С. Кьеркегор. – СПб. : Изд-во Русской Христианской Гуманитарной Академии «Амфора», 2011. – 253 с.
6. Маслов В.В. Философия: изучение и понимание : [учеб. пособие для студентов] / В.В. Маслов – К. : Сталь, 2014. – 88 с.
7. Мельник В.В. Соціальні виміри екзистенціалів людського буття / В.В. Мельник. – Слов'янськ : Маторін Б.І., 2012. – 366 с.
8. Перцев А.В. Молодой Ясперс: рождение экзистенциализма из пены психиатрии / А.В. Перцев. – СПб. : Изд-во Рус. христиан. гуманист. академии, 2012. – 340 с.
9. Чаплыгин А.К. Философия в культуре: актуальные контексты / А.К. Чаплыгин. – Х. : Лидер, 2014. – 356 с.
10. Шевченко С.Л. Автентичність людського буття у філософії екзистенціалізму / С.Л. Шевченко. – К. : Ін-т філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України, 2012. – 205 с.
11. Шпренгер Г.О месте права в фундаментальной онтологии Мартина Хайдеггера. К ранним исследованиям Вернера Майхофера. Комментарий. Г. Шпренгер: дает ли фундаментальная онтология фундамент для права? / Г. Шпренгер // Проблемы філософії права. – 2008–2009. – Т. 6–7. – С. 25–41.
12. Ясперс К. Ницше и христианство / К. Ясперс ; пер. с нем. Т.Ю. Бородай. – М. : Медиум, 1994. – 307 с.

## КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 347.97/.99

### ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ НОВЕЛЛЫ О СУДОУСТРОЙСТВЕ И ИХ ВЛИЯНИЕ НА ПРЕДЕЛЫ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Ольга ИВАНЕЦ,  
соискатель

Национальной академии прокуратуры Украины

#### SUMMARY

The article analyzes the legislative innovations inserted in the new Law of Ukraine «On the Judicial Administration and Status of Judges», with respect to the judicial administration and status of judges and their impact on limits of conducting of judicial power. In particular, the features of the establishment and activity of the courts, including the Supreme Court of Ukraine, independent evaluation of the professional level of judges are exposed, the guarantees of independence and inviolability of judges, their rights and charges, as well as the procedure for appointment to office of judge are highlighted. Special attention is paid to the compliance of legislative amendments to the Constitution of Ukraine and European standards.

**Key words:** judge, court, limits of judicial power, legislative innovations, judiciary reform, European standards.

#### АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы законодательные новации, закрепленные в новом Законе Украины «О судоустройстве и статусе судей», относительно судоустройства, статуса судей и их влияния на границы осуществления судебной власти. В частности, раскрыты особенности создания и деятельности судов, в том числе Верховного Суда Украины, независимого оценивания профессионального уровня судьи, освещены гарантии независимости и неприкосновенности судей, их права и обязанности, а также порядок назначения на должность судьи. Отдельное внимание уделено вопросам соответствия законодательных изменений Конституции Украины и европейским стандартам.

**Ключевые слова:** судья, суд, пределы судебной власти, законодательные новации, судебная реформа, европейские стандарты.

Верховный Совет Украины принял Закон Украины «Об обеспечении права на справедливый суд» (далее – Закон) 12 февраля 2015 года [1].

Законодательным актом заложены правовые основы для проведения судебной реформы, которая должна обеспечить эффективную защиту прав и свобод граждан, интересов юридических лиц в судебном порядке, практическую реализацию права на справедливый суд.

**Цель статьи** составляет освещение основных законодательных новелл в отношении усовершенствования границ осуществления власти, в том числе раскрытия изменений касательно судоустройства, статуса судей, порядка их назначения, объема компетенции органов судебной власти и т. п.

Законом изложено в новой редакции Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей», а также внесены изменения в Кодекс Украины про административные правонарушения, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины, Уголовный процессуальный кодекс Украины, законы Украины «О Высшей раде юстиции», «О доступе к судебным решениям», «О судебном сборе».

Также Законом внесены изменения в Закон Украины «О Регламенте Верховной Рады Украины» в аспекте определения порядка назначения членов Высшей рады юстиции и приостановления их полномочий, порядка рассмотрения Верховной Радой Украины вопросов о переводе судьи, избранного бессрочно, в суд того же уровня, в суд низшего уровня или увольнения судьи.

Законодательным актом были расширены права граждан касательно гарантий равенства их перед законом и судом, гласности, открытости судебного процесса, обязательности вынесения судебных решений, нормировано порядок непредвзятого распределения судебных дел.

Согласно международным стандартам урегулирован вопрос образования судов, назначения судей на административные должности, оптимизации состава судей и их деятельности. В частности, установлено, что органы исполнительной власти не имеют влияния на процедуры создания судов и определения в них количества судей, уменьшено количество административных должностей в судах и состав судей в соответствии с реальной нагрузкой.

Закон уточнил и усилил гарантии независимости и неприкосновенности судей, их права и обязанности. Данным актом предусмотрен новый текст присяги судьи, установлены более прозрачные порядок назначения судьи на должность, а также процедуры отбора кандидатов, отборочного и квалификационного экзамена, подготовка и обучение кандидатов на должность судьи, нормировано процедуру избрания судей бессрочно и их перевод в другой суд, которые должны проходить только на основе конкурса.

Законом регламентировано независимое оценивание профессионального уровня судьи, от результатов которого будет зависеть его будущая карьера, а также четко определены основания и порядок осуществления дисциплинарного производства касательно судей, внедрено восемь видов дисциплинарных взысканий, определены четкие сроки привлечения судей к ответственности и сроки погашения дисциплинарных взысканий. При этом установлены

гарантии защиты прав судей и состязательности в дисциплинарном взыскании. Законом внесены изменения в организацию и порядок формирования Высшей квалификационной комиссии судей Украины, которая будет действовать в составе квалификационной и дисциплинарной палат, и уточнены требования к членам Комиссии, их права и обязанности, организация деятельности и обеспечение.

А. Филатов, заместитель Главы Администрации Президента Украины, отметил, что основные положения разработанного комплекса законопроектов касаются статуса судей, отбора судей, которые должны стать максимально прозрачными и максимально объективными. Вводятся прозрачные конкурсные процедуры, максимальная публичность, включая как назначение судей на должность впервые, так и переход судей с одного суда в другой. До сегодняшнего дня эти процессы проходили по достаточно размытым критериям, что открывало путь к политическому влиянию на судебную систему, манипуляций разного рода и т. д. Отдельное внимание в законопроекте, по мнению А. Филатова, отведено вопросу о дисциплинарной ответственности судей, которую значительно усилили [2].

Как отметил начальник Главного научно-экспертного управления Верховной Рады Украины В. И. Борденюк в выводе на проект Закона Украины «Об обеспечении права на справедливый суд», в проекте более детально, чем в действующем Законе Украины «О судостроительстве и статусе судей», регулируются вопросы квалификационной аттестации и дисциплинарной ответственности судей. В частности, в проекте определяются достаточно четкие основы для дисциплинарной ответственности судьи и предусмотрен более широкий спектр административных взысканий, которые могут быть применены. Считаем это преимуществом данного проекта в сравнении с действующим законодательством о судостроительстве. Проект устанавливает более сложную (в сравнении с действующим законодательством) систему отбора кандидатов на должность судьи, которая включает в себя два экзамена и обязательную 12-месячную подготовку кандидата в Национальной школе судей Украины. Недостаток такого порядка в том, что определенная часть кандидатов, которые уже успешно сдали экзамен, по результатам подготовки могут не сдать квалификационный экзамен, что лишает их права быть назначенными на должность. В результате этого траты государства на подготовку этих лиц не будут давать положительного результата [3].

Как указано в Разъяснительной записке к проекту Закона Украины «Об обеспечении права на справедливый суд», ключевым заданием государства в сфере правосудия на сегодня есть проведение судебной реформы, которая смогла бы обеспечить эффективную защиту прав и свобод граждан, интересов юридических лиц в судебном порядке, практическую реализацию права на справедливый суд. Основами государственной политики относительно права на справедливый суд должны стать доступность суда, юридическое определение, одинаковость судебной практики, открытость судебных решений, обеспечение независимости суда [4].

Реализация этих принципов возможна через ограждение отбора судей от влияния субъективных факторов, исключения возможности незаконного влияния на рассмотрение дел, очищение судейского корпуса от непрофессиональных судей и создания действенных механизмов предотвращения коррупции.

Правосудие по своей сути определяется таким лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливо-

сти и обеспечивает эффективное возобновление нарушенных прав. Выводы Верховного Суда Украины относительно применения норм права станут обязательными для субъектов властных полномочий, а суды будут их учитывать, что обеспечит одинаковое применение норм права.

Так, к примеру, А. Андрушків среди позитивных новелл отмечает:

1) конкурсный порядок отбора судей на все должности;  
2) учет в карьере судьи его предыдущей деятельности, разноплановая информация о которой отображена в досье судьи;

3) введение системы регулярной оценки судей разными субъектами, в частности, представителями общественных организаций во время мониторинга судебных процессов;

4) усиление состязательности дисциплинарной процедуры и внедрения шести дисциплинарных взысканий вместо теперешних двух;

5) обеспечение прямого опротестования решений высших судов к Верховному Суду и расширение оснований для такого опротестования;

6) упрощение системы органов судейского самоуправления, съезд судей будет формироваться не в центре, а снизу – сборами соответствующих судей;

7) предоставление возможности каждому вести не только аудио-, а также видеозапись судебных заседаний без специального разрешения суда, включение в реестр судебных решений текстов всех судебных решений и даже отдельного мнения судей.

Несмотря на позитивы, по мнению специалистов, Закон сохраняет зависимость каждого шага в развитии карьеры судьи от политических органов, хотя участники парламентской коалиции четко зафиксировали свою обязанность отстранить политические органы от разрешения вопросов карьеры судьи, но не исполнили его.

Эксперты обращают внимание на угрозу некоторых положений данного Закона, которые:

1) оставляют за Президентом Украины полномочия, которые не предусмотрены Конституцией Украины и дают возможность влиять на суды и судей: полномочия ликвидировать суды, приводить судей к присяге, подписывать их удостоверения, переводить судей с одного суда в другой (по горизонтали);

2) наделяют Президента Украины дополнительными полномочиями, которых у него раньше не было, – подписывать удостоверения председателям судов и их заместителям, к избиранию которых он не имеет никакого отношения;

3) оставляют за Верховной Радой Украины полномочия переводить судей, что не предусмотрено Конституцией Украины, а за парламентским комитетом – рассматривать эти вопросы, а также вопросы о бессрочном избрании судьи на своем заседании.

Также Закон не определяет условий для отказа судье в бессрочном избрании или переводе; содержит очень «гибкие» формулы для увольнения судей за нарушение присяги. Все это могут использовать, чтобы держать судью на «коротком поводке» политической лояльности.

Эксперты заявляют, что главной целью судебной реформы, вместе с преодолением коррупции, должно стать установление и гарантирование независимости судебной ветви власти. Ведь зависимые от политических влияний судьи не смогут принимать правосудные и справедливые решения, и события однодневной давности в Украине являются этому подтверждением.

Особенно актуальным в условиях сохранения влияния законодательной и исполнительной власти на судебную является обеспечение общественного контроля за качеством исполнения инициированных Президентом Украины изменений, чтобы минимизировать отрицательные последствия [5].

Как отмечает А. Портнов, руководитель Института правовых реформ, основания для привлечения к дисциплинарной ответственности являются чрезвычайно размытыми и такими, что не исключают их неоднозначной трактовки, а также возможности самовольного привлечения судей к дисциплинарной ответственности. Например, в соответствии со ст. 92 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности за значительное нарушение норм процессуального права при свершении им правосудия, что сделало невозможным для участников судебного процесса реализовать данные им процессуальные права и выполнения процессуальных обязательств, или же за нарушение засад гласности и открытости судебного процесса, нарушение засад равенства всех участников процесса перед законом и судом, состязательности сторон и свободы в предоставлении им суду своих доказательств и в доказывании перед судом их убедительности [6].

Обозначенные нарушения являются настолько обобщенными по своему содержанию, что, по желанию, любой поступок судьи может быть расценен как дисциплинарное правонарушение.

Согласно с правовой позицией Конституционного Суда Украины принцип правовой определенности означает, что ограничение основных прав человека и гражданина и оглошение этих ограничений на практике допустимо лишь при условии обеспечения предсказуемости применения правовых норм, установленных такими ограничениями. Значит, ограничение любого права должно основываться на критериях, которые дадут возможность особи отделить правомерное поведение от противоправного и предвидеть юридические последствия своего поведения [7].

Ч. 2 ст. 93 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» определяет особый порядок подачи жалобы относительно поведения судьи, которая может стать следствием дисциплинарной ответственности судьи [1].

Сущность следующих изменений состоит в том, что граждане вправе пользоваться таким правом лично или через адвоката, юридические лица – исключительно через адвоката, органы государственной власти и органы местного самоуправления – через адвоката или прокурора.

Таким образом, юридические лица, органы государственной власти и органы местного самоуправления фактически ограничены в конституционном праве на обращение, которое закреплено в ст. 40 Конституции Украины, которая закрепила, что все имеют право направлять индивидуальные или коллективные письменные обращения или лично обращаться в органы государственной власти, органы местного самоуправления и к должностным и служебным лицам этих органов [8].

Согласно ч. 2 ст. 64 Конституции Украины соответствующее конституционное право не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах. В этом же случае Закон устанавливает ограничение соответствующего конституционного права, поскольку связывает его с наличием волеизъявлением другого лица – адвоката или прокурора, без наличия которых данная жалоба не может

быть передана непосредственно на рассмотрение дисциплинарного органа.

В соответствии с ч. ч. 2 и 3 ст. 22 Конституции Украины конституционные права и свободы гарантируются и не могут быть отменены; при принятии новых законов или внесении изменений к действующим законам не допускается сужение содержания и объема существующих прав и свобод. Как отметил Конституционный Суд Украины, сужение содержания и объема прав и свобод является их ограничением. В традиционном понимании деятельности определяющими понятиями содержания прав и свобод человека являются условия, которые составляют возможность человека, необходимые для удовлетворения потребностей его существования и развития. Объем прав человека – это их сущностное свойство, которое выражено количественными показателями возможностей человека, которые отображены соответствующими правами и которые являются неоднородными и общими [9].

Кроме того, необходимо учитывать, что такое преждевременное изучение жалоб на деятельность судей со стороны прокуратуры является своего рода формой контроля над деятельностью судей, что в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Украины не согласовывается с положениями Конституции Украины.

Положение ч. 2 ст. 53 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» предусматривает возможность перевода судей в другой суд без их на то согласия, то есть в принуждающем порядке, в частности, в качестве дисциплинарного взыскания.

В связи с этим стоит отметить, что в соответствии с ч. 1 Конвенции Международной организации труда по отмене принудительного труда № 105 (Конвенция ратифицирована Законом Украины от 5 октября 2000 года) каждый член Международной организации труда, который ратифицировал эту Конвенцию, обязан отменить принудительный или обязательный труд и не удаваться к различной ее форме, в частности, в качестве способа поддержания трудовой дисциплины [10].

В соответствии с положением ч. 1 ст. 2 Конвенции Международной организации труда о принудительном или обязательном труде № 29 обязательный или принудительный труд означает любую работу или службу, если ее требуют от любого лица под угрозой различного наказания и для которой это лицо не предложило добровольно свои услуги [11].

Кроме того, анализ трудового законодательства Украины (ст. ст. 32–34 Кодекса законов о труде Украины) предусматривает, что перевод работника на другую работу допускается лишь при его согласии [12].

В этом случае установление для судей такого дисциплинарного взыскания, как перевод на другую должность, является ничем другим как дискриминацией.

Анализ ст. 53 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» определяет возможность перевода судьи без его согласия в другой суд в случае ликвидации, реорганизации или прекращения деятельности суда. При этом, если понятия «ликвидация и реорганизация» понятны, так как их значение раскрывается в законах, то установить, что имеется в виду под понятием «прекращение деятельности суда» не представляется возможным. Отсутствие четкости в раскрытии этого понятия может привести на практике к злоупотреблению и нарушению прав судей.

Редакцией ст. 38 Закона предусмотрено, что Верховный Суд Украины в случаях, предусмотренных законом,



может рассматривать дела как суд апелляционной или кассационной инстанции. Наделение Верховного Суда Украины полномочиями кассационной инстанции не согласовывается с его конституционным статусом. В частности, Конституционный Суд Украины в Решении от 11 марта 2010 года № 8-рп/2010 отметил, что конституционный статус Верховного Суда Украины не предусматривает наделение его законодателем полномочиями кассационной инстанции [13].

Значительным позитивом является императивность выводов Верховного Суда Украины для всех государственных органов и органов местного самоуправления, их должностных лиц, а главное судов первой, апелляционной и кассационной инстанций при рассмотрении ими дел и принятии решений. Это будет способствовать одинаковому применению законодательства при свершении правосудия и обеспечит единую судебную практику в будущем.

В соответствии с Законом в определенной степени расширены полномочия Верховного Суда Украины, в частности, указано, что Верховный Суд Украины осуществляет правосудие в порядке, установленном процессуальным законом, и осуществляет анализ судебной статистики и обобщение судебной практики. Также внесены дополнения о требовании к судьям Верховного Суда Украины. В частности, судьей Верховного Суда Украины может быть судья, который по результатам квалификационного оценивания подтвердил способность осуществлять правосудие в высшем судебном органе в системе судов общей юрисдикции Украины, имеет опыт работы судьей не менее пятнадцати лет или имеет научную степень, полученную до назначения на должность судьи, и стаж научной деятельности в области права или научно-педагогической деятельности в области права в высшем учебном заведении или высших учебных заведениях, осуществляющих подготовку специалистов образовательной степени «магистр», до назначения на должность судьи не менее пятнадцати лет [1].

В новом Законе предусмотрено, что Судебную палату Верховного Суда Украины возглавляет секретарь Судебной палаты, который избирается на должность сроком на пять лет по представлению Председателя Верховного Суда Украины и освобождается от должности Пленумом Верховного Суда Украины.

В Законе расширены полномочия Пленума Верховного Суда Украины: были дополнены полномочия по утверждению Положения о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Украины и его составе и утверждению состава редакционной коллегии официального печатного органа Верховного Суда Украины. Так, в частности, в предыдущей редакции закона судья вправе обратиться с сообщением об угрозе его независимости в Совет судей Украины, а по новому Закону – в органы судейского самоуправления и правоохранительные органы.

Закон расширил норму о том, что задержание судьи или избрание в отношении него меры пресечения в виде содержания под стражей или домашнего ареста до принятия обвинительного приговора судом не может быть осуществлено без согласия Верховной Рады Украины. Также определен срок в два месяца, при котором судья может быть отстранен от должности в связи с привлечением к уголовной ответственности на основании мотивированного ходатайства Генерального прокурора Украины, чего раньше не было предусмотрено законом. Продление срока отстранения судьи от должности в связи с привле-

чением к уголовной ответственности осуществляется в том же порядке на срок не более одного месяца. Судья на время отстранения от должности лишается права на получение доплат к должностному окладу судьи. Проведение в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, которые могут проводиться только с разрешения суда, осуществляется на основании судебного решения, принятого по ходатайству Генерального прокурора Украины или его заместителей, руководителя региональной прокуратуры или его заместителей [1].

В Законе исключена норма о том, что проникновение в жилье или другое владение судьи или его служебное помещение, личный или служебный транспорт, проведение там осмотра, обыска или выемки, прослушивание его телефонных разговоров, личный обыск судьи, а равно допрос, выемка его корреспонденции, вещей и документов могут производиться только по судебному решению.

Несколько расширены положения статьи о совместительности судей: судья не может быть кандидатом на выборные должности в органах государственной власти (кроме судебной) и органах местного самоуправления, а также участвовать в предвыборной агитации.

Законом расширен также круг обязанностей судьи: последний обязан систематически развивать профессиональные навыки (умения), поддерживать свою квалификацию на уровне, необходимом для выполнения полномочий в суде, где он занимает должность, и обращаться с уведомлением о вмешательстве в его деятельность как судьи по осуществлению правосудия в органы судейского самоуправления и правоохранительных органов в течение пяти дней после того, как ему стало известно о таком вмешательстве [1].

В Законе изменен текст присяги судьи и несколько расширен круг лиц, которые могут присутствовать на торжественной церемонии. К участию в церемонии приглашаются Председатель Верховного Суда Украины, Председатель Совета судей Украины, Председатель Высшего совета юстиции и председатель Высшей квалификационной комиссии судей Украины.

Новеллой является положение о том, что с целью установления соответствия уровня судьи имеющемуся у него и членов его семьи имуществу и полученным ими доходам в отношении судьи проводится мониторинг образа жизни в соответствии с законом. Информация, полученная по результатам мониторинга, включается в судейское досье [1].

В новом Законе более подробно описана процедура назначения на должность судьи впервые. Так, Высшая квалификационная комиссия судей Украины принимает решение об объявлении отбора кандидатов на должность судьи с учетом прогнозируемого количества вакантных должностей судей. В объявлении должно быть указано конечный срок подачи документов в Высшую квалификационную комиссию судей Украины, что не может быть меньше тридцати дней с даты размещения объявления. Законом дополнено, что для участия в отборе кандидат на должность судьи подает заявление о проведении проверки, предусмотренной Законом Украины «Об очистке власти».

Закон предусматривает более прозрачную процедуру сдачи экзамена: Высшая квалификационная комиссия судей Украины обязана обеспечить прозрачность отборочного и квалификационного экзаменов. На каждом из этих этапов и при проверке работ могут присутствовать представители средств массовой информации, общественных объединений, судьи, адвокаты, представители органов

судейского самоуправления, а также каждый кандидат на должность судьи, который принимал участие в сдаче соответствующего экзамена [1].

В новом Законе, в отличие от предыдущего, более подробно и систематически расписана процедура сдачи экзамена на должность судьи. Например, указывается, что безотлагательно после окончания отборочного экзамена Высшая квалификационная комиссия судей Украины в присутствии кандидатов на должность судьи обеспечивает проверку работ и определяет, с учетом прогнозируемого количества вакантных должностей, проходной балл, который не может быть ниже 75 % максимально возможного балла соответствующего отборочного экзамена.

В предыдущей редакции Закона закреплено, что для проведения специальной проверки Высшая квалификационная комиссия судей Украины вправе собирать информацию о кандидате, обращаться с запросами для получения информации о кандидате на должность судьи к предприятиям, учреждениям, организациям всех форм собственности. По результатам рассмотрения таких запросов соответствующая информация подается в десятидневный срок в Высшую квалификационную комиссию судей Украины. В новом же законе Высшая квалификационная комиссия судей Украины на своем официальном сайте сообщает кандидатам на должность судьи, допущенным к отборочному экзамену, о дате, времени и месте его проведения не позднее, чем за десять дней до назначенной даты экзамена. Результаты отборочного экзамена публикуются на официальном сайте Высшей квалификационной комиссии судей Украины не позднее следующего дня после проведения экзамена. Специальная проверка кандидатов на должность судьи проводится уже после успешной сдачи экзамена, а не перед экзаменом, как это было ранее [1].

Также Закон исключил из раздела о судейском самоуправлении положение о том, что конференция судей является одной из форм судейского самоуправления.

Закон отметил, что собрание судей является полномочным, если на нем присутствуют не менее двух третей от числа судей, а не более половины от общего количества судей данного суда, как это было раньше. Новшеством является то, что Совет судей Украины, который созывает съезд судей Украины, одобряет предварительный перечень вопросов, выносимых на обсуждение съезда, и определяет дату и место проведения съезда.

Новый закон изменил и количество членов, входящих в Совет судей Украины: одиннадцать судей от местных общих судов; пять судей от местных административных судов; пять судей от хозяйственных судов; четыре судьи от апелляционных судов по рассмотрению гражданских, уголовных дел, а также дел об административных правонарушениях; два судьи от апелляционных административных судов; два судьи от апелляционных судов; по одному судье от высших специализированных судов; один судья Верховного Суда Украины [1].

Согласно Закону увеличено с 60 % до 80 % ежемесячное пожизненное денежное содержание судьи, который работает на соответствующей должности. Также нововведением является то, что пенсия или ежемесячное пожизненное денежное содержание судьи выплачивается независимо от заработка (прибыли), получаемого судьей после ухода в отставку. Пожизненное денежное содержание судьям выплачивается органами Пенсионного фонда Украины за счет средств Государственного бюджета Украины.

Также дополнено положение о Государственной судебной администрации, которая обеспечивает внедрение электронного суда, осуществляет меры по организации обмена электронными документами между судами и другими государственными органами и учреждениями [1].

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать вывод, что Закон Украины «Об обеспечении права на справедливый суд» имеет множество как положительных, так и отрицательных качеств. Но бесспорным остается тот факт, что данный законодательный акт является успешной попыткой приближения украинского законодательства к европейским стандартам. В этом Законе учтены больше пятидесяти рекомендаций Венецианской комиссии, Консультативного совета европейской судей и других международных организаций. Он направлен, в первую очередь, на очищение судейского корпуса, повышение ответственности судей, упрощение доступа граждан к правосудию, обеспечения предсказуемости судебных решений, усовершенствование работы судебной системы в целом и обеспечение реальной реализации права граждан на справедливый, честный и беспристрастный суд.

#### Список использованной литературы

1. Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 17.
2. Филатов А. Законопроект об обеспечении права на справедливый суд – реальный шаг начала судебной реформы в Украине [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.president.gov.ua/ru/news/31947.html>.
3. Висновок на проект Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/site2/p\\_pidrozdil?pidid=1227](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/site2/p_pidrozdil?pidid=1227).
4. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/>.
5. Заява РПП щодо нового Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://platforma-reform.org/?p=1467>.
6. Закон «Об обеспечении права на справедливый суд» нарушает европейские рекомендации [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://comments.ua/politics/502089-zakon-ob-obespechenii-prava.html>.
7. Рішення Конституційного Суду України від 29.06.2010 р. № 17-рп/2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10>.
8. Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
9. Рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 р. № 5-рп/2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05>.
10. Конвенція про скасування примусової праці № 105 від 25.06.1957 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/993\\_013](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/993_013).
11. Конвенція про примусову чи обов'язкову працю № 29 від 28.06.1930 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993\\_136](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_136).
12. Кодекс законів про працю України: Закон від 10.12.1971 року № 322-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
13. Портнов А. Аналіз окремих положень президентського законопроекту «Про забезпечення права на справедливий суд» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://portnov.com.ua/analiz-okremyh-polozhen-prezidents/>.

УДК 342.7

## СТВОРЕННЯ УМОВ ОМБУДСМЕНОМ УКРАЇНИ ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ОСОБИ НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Ірина КУШНІР,

здобувач Національної академії внутрішніх справ,  
Представник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини – начальник Управління з питань підготовки конституційних подань та дотримання права на доступ до публічної інформації  
Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини

### SUMMARY

The article is devoted research of activity of ombudsman on conditioning for realization of right for personality in relation to access to public information. History of origin of ombudsman is analysed in Eastern Europe. Characterized plenary powers Authorized of Verkhovna Rada of Ukraine on human rights in relation to the questions of conditioning for realization of constitutional human and citizen right on access to public information. Conclusions and recommendations are offered.

**Key words:** ombudsman, constitutional right for personality on access to public information, Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine on Human Rights, creating conditions for the realization of human rights.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню діяльності омбудсмена зі створення умов для реалізації права особи щодо доступу до публічної інформації. Проаналізовано історію виникнення омбудсмена в Європі. Характеризуються повноваження Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо питань створення умов для реалізації конституційного права людини та громадянина на доступ до публічної інформації. Відображені ознаки створення умов Уповноваженим Верховною Радою України для реалізації конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації. Запропоновано висновки й рекомендації щодо удосконалення законодавства та практики реалізації забезпечення омбудсменом України конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації.

**Ключові слова:** омбудсмен, конституційне право особи на доступ до публічної інформації, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, створення умов для реалізації прав людини.

**Постановка проблеми.** Проблема дослідження конституційного права особи на доступ до публічної інформації та діяльність омбудсмена зі створення умов для його реалізації дедалі більше цікавить юристів. Підсилюється постійний інтерес дослідників щодо історії виникнення інституту омбудсмена, його ролі в демократизації суспільства та пошуків механізмів забезпечення прав людини й створенню умов захисту права на доступ до публічної інформації. Особливо гостро постає названа проблема в умовах інформаційної війни, яка ведеться з боку Російської Федерації. Аналіз останніх досліджень та публікацій у цьому напрямі свідчить про відносно не велику кількість авторів, які цікавляться діяльністю омбудсмена щодо забезпечення реалізації конституційного права особи на доступ до публічної інформації. Серед таких авторів, публікації яких будуть розглянуті нижче, можна назвати К.Г. Волинка, О.А. Дуброва, Н.І. Карпачову, А.М. Колодія, В.В. Лутковську, О.В. Марцеляка, О.В. Негодченка, А.Ю. Олійника, А.І. Хальоту та інших. Окремо питання щодо створення омбудсменом умов для реалізації права особи на доступ до публічної інформації ніким ще не досліджувалося.

**Метою дослідження** є формулювання висновків і рекомендацій щодо діяльності омбудсмена зі створення умов для реалізації права особи на доступ до публічної інформації.

Визначена **мета** передбачає вирішення таких задач: а) дослідити праці авторів щодо забезпечення омбудсменом прав і свобод особи; б) сформулювати поняття створення умов омбудсменом України для реалізації права особи на доступ до публічної інформації; в) здійснити аналіз повноважень омбудсмена України щодо захисту конституційного

права особи на доступ до публічної інформації; г) запропонувати висновки та рекомендації.

**Виклад основного матеріалу.** Діяльності органів української держави, включаючи й Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (омбудсмена), щодо забезпечення прав людини присвячені роботи багатьох авторів. К.Г. Волинка, досліджуючи забезпечення прав і свобод особи, виділяє три основні форми, а саме: а) забезпечення реалізації прав і свобод особи; б) забезпечення охорони прав і свобод особи; в) забезпечення захисту прав і свобод особи. На її думку, усі три форми забезпечення прав і свобод мають низку відмінностей, але вони тісно пов'язані між собою. Забезпечення реалізації прав і свобод особи, на відміну від охорони й захисту, не пов'язано з правопорушенням і має на меті створити найоптимальніші умови для використання індивідом соціальних благ, опосередкованих суб'єктивним правом і свободою та задоволенням ним своїх інтересів і потреб. Охорона прав і свобод – це заходи, що застосовуються до факту вчинення правопорушення з метою їх попередження. Захист прав і свобод здійснюється після вчинення порушення прав і свобод. Забезпечення прав і свобод не можна ототожнювати з охороною та захистом. Права й свободи потребують пильної уваги з боку держави та суспільства не лише тоді, коли відбувається їх протиправне порушення чи існує така загроза, а й для їх найбільш повного здійснення за сприятливих умов [1, с. 274]. Отже, К.Г. Волинка в поняття «забезпечення прав і свобод особи» включає створення сприятливих умов для їх реалізації, охорону й захист у разі протиправних порушень прав і свобод особи.

О.А. Дубров, досліджуючи реалізацію права на доступ до публічної інформації, підкреслює міжнародний



і національний характер регулювання названого конституційного права. Основою правового регулювання права на інформацію в Україні є Конституція України, конституційні гарантії такого права закріплено в ст. ст. 32, 34, 40 та 50. Право на доступ до інформації є конституційним правом людини, яке передбачено ст. 34 Конституції України і гарантує право кожного вільно збирати, зберігати, використовувати й поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір. О.А. Дубров повідомляє про надходження до Державної фіскальної служби України 940 документів із проханням надати публічну інформацію з посиланням на Закон України «Про доступ до публічної інформації», з них 668 (71%) – запити на інформацію та 274 (29%) за змістом є проханнями надати податкову консультацію відповідно до Податкового кодексу України або зверненнями відповідно до Закону України «Про звернення громадян». З урахуванням викладеного він пропонує платникам податків розглянути деякі положення законодавчих актів у сфері звернень, що регулюються спеціальними законами [2]. Отже, О.А. Дубров не лише характеризує міжнародні й внутрішні національні нормативно-правові акти, що регулюють забезпечення конституційного права особи на доступ до публічної інформації, а й пропонує внести зміни в деякі закони.

Н.І. Карпачова, досліджуючи право на інформацію, під час його забезпечення підкреслює ознаку регулювання названого права міжнародними нормами та нормами внутрішнього національного законодавства. Серед норм міжнародного права вона виділяє Всесвітню декларацію прав людини 1948 р. та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., а також наголошує на тому, що сама можливість збирати, зберігати, використовувати й розповсюджувати інформацію в Україні перебуває в небезпеці. Н.І. Карпачова відмічає, що основним порушником реалізації конституційного права на доступ до публічної інформації є державні інституції. На її думку, хто бореться проти права людини на інформацію, той бореться проти того, щоб Україна була демократичною, правовою державою. Н.І. Карпачова пропонує удосконалення законодавства про інформацію та форм і методів для створення умов щодо реалізації названого права, його охорони й захисту [3, с. 247–273]. Отже, Н.І. Карпачова серед ознак забезпечення конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації розглядає регулювання названих правовідносин нормами міжнародного права й національного законодавства.

А.М. Колодій досліджує забезпечення доступу до відкритої інформації, виокремлюючи декілька шляхів такого доступу, а саме: а) систематичне опублікування публічної інформації в офіційних друкованих виданнях; б) поширення її засобами масової комунікації; в) надання інформації на вимогу державними органами та юридичними особами. Він підкреслює, що головні ідеї доступу до інформації закріплюються в таких міжнародних документах, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 18), Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини (ст. 10) та національному праві України (в ст. 34 Конституції України, Законі України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. Він також підкреслює, що інформація з обмеженим доступом поділяється на конфіденційну та тасмну [4, с. 182–183]. Отже, А.М. Колодій серед ознак забезпечення права на публічну інформацію виділяє закріплення її нормами міжнародного права та національного законодавства України.

В.В. Лутковська, досліджуючи конституційне право на інформацію, підкреслює, що відкритість і прозорість влади забезпечується шляхом публікації та надання за запитом фізичних осіб публічної інформації. Прийняття нових редакцій законів України «Про інформацію» і «Про доступ до публічної інформації» стало важливим кроком на шляху до покращення стану забезпечення права на публічну інформацію в Україні. Це дозволяє покращити контроль над владою з боку громадянського суспільства. Лише обізнане у своїх правах суспільство може здійснювати контроль за діяльністю влади і захищати свої права. Водночас створення умов для реалізації конституційного права на доступ до публічної інформації передбачає подальше удосконалення міжнародних норм і норм внутрішнього українського законодавства та втілення їх змісту в позитивну практику. Право на доступ до публічної інформації потребує ефективних механізмів контролю за його забезпеченням із боку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини [5]. Отже, В.В. Лутковська до ознак поняття забезпечення конституційного права на доступ до публічної інформації відносить його міжнародне й національне регулювання нормами права та пошук ефективних механізмів такого регулювання.

Цікавими щодо удосконалення повноважень українського омбудсмена є пропозиції О.В. Марцеляка, який констатує, що спектр правових засобів впливу з боку Уповноваженого з прав людини на органи, що порушили права людини, відповідно до чинного законодавства не є різноманітним (подання та конституційне подання). Це, на його думку, дає підстави стверджувати, що потребують свого законодавчого визнання та врегулювання інші акти реагування, які Уповноважений із прав людини використовує у своїй практиці, а саме: заяви, звернення, відкриті листи. Також необхідним є внесення відповідних змін до Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» з метою посилення імперативності рішень уповноваженого. О.В. Марцеляк вважає, що аналіз повноважень українського омбудсмена дозволяє зробити висновок і про те, що існує потреба в удосконаленні його статусу через надання омбудсманові права законодавчої ініціативи, права звернення із заявою щодо відновлення порушених прав громадян до Верховного Суду України та міжнародних правозахисних організацій, а також права керуватися під час розгляду звернень критеріями об'єктивності, доцільності, справедливості дій органів і посадових осіб [6]. Отже, О.В. Марцеляк як ознаки забезпечення омбудсменом України розглядає норми законодавства України та пропонує удосконалити їх.

О.В. Негодченко розглядає гарантії забезпечення прав і свобод людини. Він підкреслює, що однією з таких гарантій є звернення за захистом особи своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Водночас О.В. Негодченко наголошує на тому, що в Українського омбудсмена немає достатніх повноважень, необхідних йому для ефективного здійснення функції захисту прав і свобод людини. Статус омбудсмена слід удосконалити в напрямі надання йому повноважень юридичного представника тих осіб, які звернулися до нього за захистом своїх прав. Він також пропонує надати омбудсмену України повноваження для проведення дізнання та навіть розслідування найважливіших справ щодо порушень прав і свобод особи [7, с. 256–257]. Отже, О.В. Негодченко для удосконалення діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини зі створення умов для реалізації прав і свобод



(включаючи й право на доступ до публічної інформації) пропонує внести зміни в його нормативний статус із метою надання йому права юридичного представника та дізнавача в справах про порушення конституційних прав і свобод особи.

А.Ю. Олійник підкреслює, що з метою сприяння правовій інформованості населення та захисту конфіденційної інформації про особу омбудсмен України виступає додатковим засобом захисту свобод людини й громадянина щодо інших правозахисних механізмів, усуває прогалини та компенсує недоліки судових засобів захисту прав людини, парламентського й відомчого контролю за адміністративними органами. Його діяльність доповнює існуючі засоби захисту конституційних свобод зі створення умов для реалізації свободи інформації, не відміняє їх і не зумовлює перегляду компетенції державних органів, які забезпечують охорону, захист і поновлення порушених прав і свобод [8]. Отже, А.Ю. Олійник створення умов омбудсменом України для реалізації конституційної свободи на доступ до публічної інформації відносить до повноважень Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини із забезпечення правової поінформованості населення.

А.І. Хальота досліджує право звертатися до Уповноваженого Верховної Ради України за захистом своїх конституційних прав і свобод (включаючи й право на доступ до публічної інформації). Розглядаючи поняття та види особистих прав і свобод людини та громадянина, він підкреслює їх подвійну юридичну природу і як можливості користуватися певним соціальним благом, і як гарантії забезпечення реалізації всіх інших прав і свобод [9, с. 78–79]. Отже, А.І. Хальота розглядає діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини як державного органу, що здійснює контроль за реалізацією конституційних прав і свобод (включаючи й право на доступ до публічної інформації) та забезпечує їх реалізацію.

Розглянувши різні позиції авторів щодо забезпечення конституційних прав і свобод особи (включаючи й право на інформацію та на доступ до публічної інформації) можемо сформулювати ознаки забезпечення омбудсменом України права особи на доступ до публічної інформації. Зазначеними ознаками є такі: 1) закріплення нормами міжнародного права та національного законодавства; 2) діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; 3) здійснення повноважень, форм і методів діяльності; 4) користування фізичною особою можливістю отримувати, зберігати й розповсюджувати публічну інформацію.

Серед міжнародних договорів, що вміщують норми міжнародного права, які закріплюють забезпечення права на доступ до публічної інформації, можна назвати такі: 1) Загальну декларацію прав людини 1948 р.; 2) Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р.; 3) Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р.; 4) Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.; 5) Конвенцію про доступ до інформації, участі громадянськості в процесі вироблення рішень та доступу до правосуддя в питаннях, коли йдеться про захист довкілля 1998 р.; 6) Рекомендації Комітату Міністрів Ради Європи: а) Про доступ до інформації, яка знаходиться в розпорядженні державних органів від 25 листопада 1981 р.; б) Про передачу третім особам персональних даних, які знаходяться в розпорядженні державних органів від 9 вересня 1991 р.; в) Про європейську політику доступу до архівів від 13 липня 2000 р.; г) Про доступ до офіційних документів від 21 лютого 2002 р. та інші.

Норми національного законодавства вміщуються в Конституції і законах України. Конституція України (ст. 34) закріплює, що кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб — на власний вибір. На нашу думку, названу статтю слід доповнити такою нормою: «Порядок доступу до інформації регулюється законами».

Серед законів України, які регулюють доступ кожного до інформації, Закон України від 23 грудня 1997 р. «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», у якому закріплюється, що «парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина та захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції на постійній основі здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (далі – Уповноважений), який у своїй діяльності керується Конституцією України, законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (ст. 1). Одним з обов'язків Уповноваженого є здійснення парламентського контролю за дотриманням права на доступ до публічної інформації (ст. 14) [10]. Аналіз повноважень Уповноваженого щодо забезпечення конституційного права особи на доступ до публічної інформації свідчить про недостатню урегульованість законом його функцій та компетенції. Пропонуємо ст. 14 доповнити після слів «публічної інформації» такими словами: «шляхом створення сприятливих умов для його реалізації, охорони і захисту від правопорушень та участі в поновленні порушеного права й відшкодування спричинених збитків». Відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. «парламентський контроль за дотриманням права людини на доступ до інформації здійснюється Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини» [11].

Діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо доступу до публічної інформації здійснюється в межах його компетенції. Застосування омбудсменом України форм і методів діяльності для реалізації права на доступ до публічної інформації носить правовий та організаційний характер. Так, у червні 2012 р. було створено Експертну раду з питань доступу до публічної інформації при Уповноваженому Верховної Ради з прав людини. Завдання Ради – сприяти захисту права на доступ до публічної інформації та зростанню поінформованості суспільства (включаючи також громадські організації) щодо правових можливостей такого доступу. До важливих досягнень громадських організацій слід також віднести сприяння органам влади в забезпеченні доступу до публічної інформації. Завдяки громадським зусиллям було видано посібники та методичні матеріали, які допомагали державним службовцям на перших етапах реалізації цього закону. Цю позитивну тенденцію продовжує нове видання «Проблемні питання доступу до публічної інформації» [12].

Кожен, хто на законних підставах знаходиться на території України, користується можливістю отримувати, зберігати та розповсюджувати публічну інформацію на власний розсуд.

Отже, створення омбудсменом України умов для здійснення конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації – це урегульована норма міжнародного права та національного законодавства

діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини із застосування своїх повноважень, форм і методів діяльності з метою реалізації фізичною особою можливості отримувати, зберігати й розповсюджувати відкриту публічну інформацію на свій розсуд.

**Висновки.** Враховуючи зазначене можна зробити такі висновки й рекомендації:

1. Ознаками створення умов омбудсменом України для реалізації конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації є такі: 1) закріплення нормами міжнародного права та національного законодавства; 2) діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; 3) здійснення повноважень, форм і методів діяльності; 4) користування фізичною особою можливістю отримувати, зберігати та розповсюджувати публічну інформацію.

2. Створення умов омбудсменом України для реалізації конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації – це урегульована нормами міжнародного права та національного законодавства діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини зі здійснення своїх повноважень, форм і методів діяльності з метою реалізації можливості фізичної особи отримувати, зберігати та розповсюджувати відкриту публічну інформацію на свій розсуд.

3. З метою удосконалення законодавства й практики реалізації забезпечення омбудсменом України конституційного права фізичної особи на доступ до публічної інформації рекомендуємо: а) ст. 34 Конституції України доповнити такою нормою: «Порядок доступу до інформації регулюється законами»; б) ст. 14 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» доповнити після слів «публічної інформації» такими словами: «шляхом створення сприятливих умов для його реалізації, охорони і захисту від правопорушень та участі в поновленні порушеного права й відшкодування спричинених збитків».

#### Список використаної літератури

1. Волинка К.Г. Забезпечення прав і свобод особи (форми) / К.Г. Волинка // Міжнародна поліцейська енциклопедія : у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005–. – Т. 2 : Права людини у контексті поліцейської діяльності. – 2005. – С. 259–280.

2. Дубров О.А. Реалізація права на доступ до публічної інформації / О.А. Дубров [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.visnuk.com.ua/ua/pubs/id/4599>.

3. Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н.І. Карпачова. – Видання друге. – Х. : Консул, 2001. – 464 с.

4. Колодій А.М. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : [підручник] / А.М. Колодій, А.Ю. Олійник. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 350 с.

5. Лутковська В.В. Право на інформацію / В.В. Лутковська [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ombudsman.gov.ua/ru/page/secretariat/>.

6. Марцеляк О.В. Конституційно-правовий статус інституту омбудсмена: світовий досвід та українська модель : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / О.В. Марцеляк. – О., 2004. – 35 с.

7. Негодченко О.В. Забезпечення прав і свобод / О.В. Негодченко // Міжнародна поліцейська енциклопедія : у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005–. – Т. 2 : Права людини у контексті поліцейської діяльності. – 2005. – С. 255–258.

8. Олійник А.Ю. Верховна Рада України в механізмі забезпечення основних свобод людини і громадянина / А.Ю. Олійник // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ : збірник наукових праць. – 2006. – № 2 (27). – С. 119–132.

9. Хальота А.І. Поняття та види конституційних особистих прав і свобод людини та громадянина / А.І. Хальота // Права та свободи людини: проблеми теорії, методології та практики (до 65-річчя проф. А.Ю. Олійника) / [В.О. Боняк, О.Б. Горова, А.В. Самотуга та ін.] ; за ред. канд. юрид. наук, доц. В.О. Боняк. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2014. – С. 69–81.

10. Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 20. – Ст. 99.

11. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.

12. Доступ до публічної інформації: найчастіші запитання та відповіді / за заг. ред. В. Андрусів, Д. Котляра ; Укр. незалеж. Центр політ. дослідж. – К. : Агентство «Україна», 2012. – 64 с.

УДК 343.163

## КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЙ ПРОКУРАТУРЫ ВНЕ СФЕРЫ УГОЛОВНОЙ ЮСТИЦИИ: ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

**Марина СТЕФАНЧУК,**  
кандидат юридических наук,  
профессор кафедры административно-правовых дисциплин  
Национальной академии прокуратуры Украины

### SUMMARY

The foreign countries experience of constitutional law regulation of powers of prosecution services outside the criminal justice system was researched in the article. Given the European integration hopes of Ukraine and constitutional reform extending in Ukraine, a study of legal regulation of the powers of public prosecution in the Constitutions of the States Parties of the Council of Europe. The results of this is revealed that no single model or standards in this area. By the results of the legal analysis of the provisions of the Basic Laws of the vast majority of member states of the Council of Europe, was concluded no strict definition of the main activities of the prosecution, including outside the criminal justice system. The legislator granted the rights of their flexible definition in special laws. The doctrinal views, and also the promising directions for further scientific research in the area studied issues was researched in the article.

**Key words:** prosecutor's office, functions of the prosecutor's office, powers of the prosecutor's office outside the criminal justice, constitutional regulation.

### АННОТАЦИЯ

В статье отображен опыт зарубежных стран по конституционному закреплению полномочий прокуратуры вне сферы уголовной юстиции. Учитывая евроинтеграционные стремления Украины и конституционную реформу, проходящую в Украине, проведено исследование правовой регламентации полномочий прокуратуры в конституциях государств-участников Совета Европы, по результатам которого установлено, что нет единой модели или стандартов в этой сфере. По результатам правового анализа положений Основных законов подавляющего большинства государств-участников Совета Европы сделан вывод об отсутствии жесткого определения основных направлений деятельности прокуратуры, в том числе вне сферы уголовной юстиции, с предоставлением законодателю права их гибкого определения в специальных законах; освещены доктринальные взгляды, а также определены перспективные направления дальнейших научных исследований в сфере исследуемых вопросов.

**Ключевые слова:** прокуратура, функции прокуратуры, полномочия прокуратуры вне сферы уголовной юстиции, конституционное закрепление.

**Постановка проблемы.** Процесс реформирования прокуратуры Украины, который происходит уже довольно длительный период, на современном этапе характеризуется принятием нового Закона Украины «О прокуратуре» от 14 октября 2014 года (далее – Закон) [1]. Правовой анализ положений указанного Закона свидетельствует о значительном сокращении полномочий прокуратуры Украины вне сферы уголовного юстиции, что обусловлено отменой полномочий прокурора по выполнению так называемой функции «общего надзора». Это является результатом выполнения Украиной своих обязательств перед Советом Европы, в частности по изменению роли и функций прокуратуры Украины (особенно в отношении осуществления общего надзора за соблюдением законности) на пути превращения этого института в орган, который будет отвечать принципам Совета Европы [2]. Анализируя положения Закона, есть все основания утверждать, что единственная функция прокуратуры Украины, которая в перспективе будет определять полномочия прокуратуры Украины вне сферы уголовной юстиции, является функция представительства интересов гражданина или государства в суде в случаях, определенных законом.

Согласно положениям Рекомендации СМ / Рес (2012) 11 КМ СЕ государствам-участникам «О роли общественных обвинителей вне системы уголовной юстиции (принятой КМ СЕ 19 сентября 2012 года на 1151 заседании на уровне заместителей министров) [3] при наличии у служ-

бы публичного обвинения полномочий вне сферы уголовной юстиции государства-участники должны принять все необходимые и соответствующие меры для обеспечения того, чтобы эта роль выполнялась с особым вниманием к защите прав человека и основных свобод и в полном соответствии с принципом верховенства права, в частности, права на справедливое судебное рассмотрение. С этой целью государства-участники должны в полной мере учитывать принципы, изложенные в приложении к настоящей Рекомендации. Одним из основополагающих принципов, среди прочих, можно считать ориентирования государств-участников на то, что обязанности и полномочия публичных обвинителей вне сферы уголовной юстиции должны во всех случаях устанавливаться законом и четко определяться во избежание многозначности.

Положения Закона получили комментарии Генерального директора по правам человека и верховенству права (Директората по правам человека) Совета Европы [4], в которых содержатся ряд выводов, в частности, соответствия его положений, регламентирующих деятельность прокуратуры вне сферы уголовной юстиции, европейским стандартам. В целом, по мнению экспертов соответствующих европейских институтов, Закон обеспечивает качественное основание для обеспечения эффективной и учитывающей европейские стандарты деятельности органов прокуратуры Украины как в сфере уголовной юстиции, так и вне ее. В то же время вне сферы уголовной юстиции для удовлет-

ворительного решения определенных экспертами проблем, по их мнению, некоторые вопросы все еще требуют внесения изменений в Конституцию. Эти изменения касаются, в частности, полной отмены функции надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, соблюдением законов по этим вопросам органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, их должностными и служебными лицами, предусмотренной п. 5 ст. 121 Основного закона Украины, а также функции представительства интересов физических лиц (п. 164 Комментариев).

При таких обстоятельствах, учитывая евроинтеграционные стремления Украины и конституционную реформу, которая проходит в Украине, чрезвычайно актуальным представляется исследование правовой регламентации полномочий прокуратуры в конституциях иностранных государств (в том числе некоторых государств Европейского Союза и государств постсоветской правовой системы) с целью ее изучения, правового анализа и заимствования полезного опыта, что и определяет цель этой статьи.

**Анализ последних исследований и публикаций.** Вопросам правовой регламентации деятельности органов прокуратуры вне уголовной юстиции посвящены работы многих ученых, среди которых работы таких ученых, как А. Анпилогов, Е. Блаживский, Р. Бурлаков [5], Л. Грицаенко [6], Т. Дунас [7], В. Карпунцов, И. Козьяков, М. Косюта, Т. Корнякова [8], О. Литвак, Н. Мычко [9], Н. Руденко [10], А. Тогобицька [5] и др.

**Изложение основного материала.** Необходимо отметить, что в европейской правовой практике органы прокуратуры традиционно рассматриваются как органы государственной власти, которые от имени общества и в его интересах обеспечивают применение права там, где нарушение закона влечет уголовную санкцию, учитывая при этом как права человека, так и необходимость эффективного действия системы уголовного судопроизводства [11]. Однако в последние годы международное сообщество постепенно пришло к признанию важности роли прокуратуры и вне сферы уголовной юстиции. Среди государств-членов Совета Европы можно выделить две основные группы: государства, в которых прокуратуры не имеют полномочий вне сферы уголовной юстиции, и государства, в которых прокуратуры имеют определенные или широкие полномочия в этой сфере.

Так, в Эстонии, Финляндии, Грузии, Исландии, Норвегии, Швеции, Швейцарии, на Мальте и в судебных системах Великобритании *прокуратуры не имеют полномочий вне сферы уголовной юстиции.*

В то же время прокурорские службы большинства государств-членов Совета Европы, среди которых: Албания, Армения, Австрия, Азербайджан, Бельгия, Болгария, Венгрия, Дания, Германия, Греция, Ирландия, Испания, Италия, Кипр, Латвия, Литва, Лихтенштейн, Люксембург, Македония, Молдова, Монако, Черногория, Нидерланды, Польша, Португалия, Румыния, Российская Федерация, Сан-Марино, Словацкая Республика, Словения, Турция, Украина, Франция, Хорватия, Чешская Республика и др. имеют, по крайней мере, определенные задачи и функции вне сферы уголовного права. Сферы компетенции отличаются и включают, среди прочего, гражданское, семейное, трудовое, административное, избирательное право, а также защиту окружающей среды, социальных прав и прав уязвимых групп населения, таких как несовершеннолетние, инвалиды и малообеспеченные лица. В некоторых государствах-участниках задачи и нагрузки прокуроров в

этой сфере могут даже преобладать над ролью прокуроров в системе уголовного судопроизводства.

В таких государствах, как Албания, Австрия, Азербайджан, Германия, Греция, Дания, Ирландия, Италия, Лихтенштейн, Люксембург, Молдова, Сан-Марино, Словения компетенция прокуратуры в этой сфере не очень важна или очень редко реализуется на практике [12].

Правовая регламентация деятельности прокуратур государств-членов Совета Европы вне сферы уголовной юстиции имеет место как в гражданско-правовой, так и в публично-правовой сферах.

В *частноправовой сфере* деятельность прокурора может заключаться в подаче судебных исков, а также в других направлениях деятельности, в частности, относительно:

- признания брака недействительным (Албания, Австрия, Венгрия, Испания, Люксембург, Польша, Сан-Марино, Словения, Турция, Франция);
  - объявления лица умершим (Австрия, Российская Федерация, Словацкая Республика);
  - дисквалификации директоров компаний (Ирландия) или аннулирования компаний (Германия, Словацкая Республика, Словения, Чешская Республика);
  - юридической силы выборов или референдумов (Ирландия, Румыния, Российская Федерация);
  - права собственности и интересов государства, приватизации (Армения, Азербайджан, Латвия, Молдова, Черногория, Португалия, Российская Федерация, Словацкая Республика, Украина, Хорватия);
  - оспаривание отцовства или отмены усыновления (Венгрия, Лихтенштейн, Польша, Португалия, Румыния, Российская Федерация, Словацкая Республика, Словения, Чешская Республика);
  - содержания лиц в лечебных учреждениях, ограничения дееспособности (Германия, Российская Федерация, Словацкая Республика, Турция, Украина, Чешская Республика);
  - защиты прав детей (Албания, Венгрия, Испания, Люксембург, Португалия, Румыния, Российская Федерация, Словацкая Республика, Турция, Чешская Республика);
  - представительства государственных органов по делам о возмещении вреда, причиненного судебной властью (Венгрия, Германия);
  - надзора за этикой поведения представителей определенных профессий (Германия, Турция, Франция);
  - роспуска общественных объединений (Венгрия, Польша);
  - объявления о нарушении трудового или социального законодательства (Венгрия, Российская Федерация, Румыния, Франция);
  - управления природными ресурсами (Венгрия, Россия).
- В *публично-правовой сфере* полномочия прокурора вне уголовной юстиции сводятся, в общем, к следующему:
- право на обращение в суд с исками о неправомерности решений субъектов властных полномочий в тех государствах, где прокуроры наделены контрольными полномочиями в отношении таких субъектов;
  - право на формулирование позиций относительно проектов законодательства о структуре судебной власти и правил судопроизводства (производства) или применения норм материального права.
- К *особым полномочиям* прокуратуры в этой сфере относятся:
- предоставление правовых выводов относительно законопроектных предложений (Венгрия, Россия, Франция, Хорватия);



– обязательная медиация или достижение мирового соглашения перед нарушением любого судебного процесса против государства (Германия, Хорватия);

– надзор за соблюдением правил задержания (Венгрия, Молдова, Российская Федерация, Франция, Чешская Республика) и некоторые другие [13].

Учитывая, что одним из основополагающих принципов деятельности прокуроров вне сферы уголовной юстиции является установление и четкое определение законом (во избежание многозначности) их обязанностей и полномочий в указанной сфере, есть потребность в исследовании, прежде всего, конституционной регламентации таких полномочий прокуратуры.

По результатам проведения компаративистского исследования конституционной регламентации полномочий прокуратуры вне уголовной юстиции среди стран, наделивших прокуратуру полномочиями в указанной сфере, установлено, что по этому критерию можно классифицировать государства на несколько основных групп.

**1. Группа государств, в основных законах которых четко не очерчен статус прокуратуры как конституционного института или вообще отсутствует правовая регламентация статуса прокуратуры, а, следовательно, и полномочий прокуратуры, в том числе вне сферы уголовной юстиции.**

Так, действующая Конституция **Польши** 1997 года [14, с. 686–732], в отличие от Конституции 1952 года, отказалась от определения статуса и места прокуратуры в системе государственных органов на конституционном уровне. Таким образом, такой «деконституционализацией» прокуратуры законодательно предоставлено полную свободу в определении места и роли прокуратуры [15, с. 276]. Отсутствует правовая регламентация статуса и места прокуратуры в системе государственных органов также в Конституции **Латвийской Республики** 1922 года [16], в Конституции **княжества Монако** 1962 года [14, с. 590–602], Конституции **Королевства Нидерландов** 1983 года [17], Конституции **Австрийской Республики** 1920 года [18, с. 26–114], Конституции **Дании** 1953 года [18, с. 761–773], Конституции **Федеративной Республики Германии** 1949 года [18, с. 580–634], Конституции **Великого герцогства Люксембург** 1868 года [14, с. 402–418], Конституции **Княжества Лихтенштейн** 1921 года [14, с. 374–394], Конституции **Республики Сан-Марино** 1974 года [19, с. 100–102].

**2. Группа государств, основные законы которых содержат правовую регламентацию статуса прокуратуры как конституционного института или должностных лиц этого органа, однако не содержат жесткого конституционного закрепления перечня основных направлений деятельности и полномочий этого органа вне уголовной юстиции, а определяют, преимущественно, его задачи.**

Так, в соответствии с положениями ст. 129 Конституции **Российской Федерации** 1993 года полномочия, организация и порядок деятельности прокуратуры определяются федеральным законом [19, с. 47].

Согласно Конституции **Румынии** 1991 года [19, с. 87] в судебной деятельности прокуратура представляет общие интересы общества и защищает правопорядок, а также права и свободы граждан. Прокуратура осуществляет свои полномочия на условиях, установленных в законе (ст. ст. 130–131).

Конституция **Турецкой Республики** 1982 года также не определяет полномочий прокуроров, а отсылает к специаль-

ному закону, отмечая, что прокуроры не могут выполнять какие-либо государственные или общественные функции, кроме тех, которые указаны в законе (ст. 140) [19, с. 268].

В соответствии с Конституцией **Словацкой Республики** 1993 года прокуратура Словацкой Республики защищает права и охраняемые законом интересы физических и юридических лиц и государства. Права и обязанности прокуроров, а также организация прокуратуры устанавливаются законом (ст. 149) [19, с. 154; 20].

По Конституции **Чешской Республики** 1992 года статусу и полномочия прокуратуры определяются законом (ст. 80) [21]. С 1994 года действующая ранее государственная прокуратура преобразована в государственное учреждение, представляющее собой систему органов, предназначенных для представления интересов в делах, определенных Законом № 283/1993 – о государственном представительстве [15, с. 420].

Согласно Конституции **Хорватии** 1990 года создание, компетенция и организация прокуратуры регулируются законом (ст. 116) [19, с. 467].

По Конституции **Венгрии** 2011 года [22] в перечне полномочий прокуратуры, которые в основном сводятся к полномочиям в сфере уголовной юстиции, предусмотрено также решение других задач, определенных законом (ст. 29).

Согласно ст. 118 Конституции **Литовской Республики** 1992 года [14, с. 356] следствие организует и им руководит, государственное обвинение по уголовным делам поддерживает прокурор. Прокурор в случаях, определенных законом, защищает права и законные интересы лица, общества и государства. Порядок назначения и освобождения прокуроров, их статус определяет закон.

Конституция **Португальской Республики** 1976 года [14, с. 813–814; 23] к компетенции прокуратуры относит представительство государства и защиту интересов, определяемых законом, а также, согласно закону, участие в проведении политики, которое определяется органами государственной власти в сфере борьбы с преступлениями и их профилактики, осуществление уголовного преследования, основанного на принципе законности, и защиту демократической законности. Прокуратура имеет собственный статус и автономию в рамках закона (ст. 219).

Прокуратура **Испании** (*Ministerio Fiscal*), в отличие от большинства западных стран, имеет статус конституционного института [24, с. 509]. Согласно ст. 124 Основного закона Испании 1978 года задание прокуратуры, независимо от функций, которые выполняют другие органы, заключается в том, чтобы способствовать осуществлению правосудия в целях защиты законности, прав граждан и общественных интересов, охраняемых законом, в силу своих обязанностей или по ходатайству заинтересованных лиц, а также осуществлять надзор за обеспечением условий для независимости судов и соблюдением в них общественных интересов. Статус прокуратуры регулирует органический закон [14, с. 77].

В соответствии со ст. 106 Конституции **Республики Македония** 1991 года [14, с. 454] публичная прокуратура является единственным и самостоятельным государственным органом, поддерживающим государственное обвинение в отношении лиц, совершивших преступления, а также осуществляющим иные полномочия, предусмотренные законом. Публичная прокуратура осуществляет свои полномочия на основании и в пределах Конституции и законов.

В ст. 135 Конституции **Республики Словения** 1991 года [25] государственный прокурор возбуждает и пред-

ставляет обвинение, а также осуществляет иные полномочия, предусмотренные законом. Организация и полномочия государственной прокуратуры определяются законом.

Согласно положениям ст. 124 Конституции **Молдовы** 1994 года [26] прокуратура представляет общие интересы общества и защищает правопорядок, а также права и свободы граждан, руководит уголовным преследованием и осуществляет его, поддерживает в соответствии с законом обвинение в судебных инстанциях. Организация, компетенция и порядок деятельности прокуратуры определяются законом.

В соответствии с положениями ч. 1 ст. 148 Конституции **Албании** 1998 года [18, с. 210] прокуратура осуществляет уголовное преследование, а также поддерживает государственное обвинение в суде. Прокуратура осуществляет и иные полномочия, определенные законом.

Конституционный текст **Французской Республики** в части регулирования судебной власти в стране характеризуют как достаточно лапидарный [24, с. 157]. Так, в соответствии с положениями ст. 64 Конституции Франции 1958 года [27], среди прочего, указано, что статус магистратов определяется законом. Так же условия применения ст. 65 этой Конституции определяет органический закон.

Неким минимализмом в этом вопросе характеризуются и положения Конституции **Бельгии** 1994 года [18, с. 370], которая в ст. 153 отмечает лишь то, что король назначает и увольняет чиновников прокуратуры при судах и трибуналах.

В соответствии с п. 2 ст. 112 Конституции **Республики Кипр** 1960 года [14, с. 250] Генеральный прокурор Республики возглавляет юридическую службу Республики. Юридическая служба Республики независима и не подчиняется ни одному министерству.

Конституция **Греции** 1975 года [18, с. 680] относит прокуроров к судебным чиновникам (ч. 5 ст. 88) и предполагает перемещение постоянных судей с целью замещения должностей заместителей прокурора Ареопага, а также взаимное перемещение заместителей членов судов первой инстанции и прокуратур по просьбе перемещаемых лиц, как это определено законом (ч. 6 ст. 88).

Согласно положениям ст. 30 Конституции **Ирландии** 1937 года [18, с. 804] Генеральный атторней является советником правительства по вопросам закона и правовых оценок, который осуществляет и выполняет все полномочия, функции и обязанности, ему поручены или возложенные на него Конституцией или законом.

В ст. 112 Конституции **Итальянской Республики** 1947 года [28] четко определена лишь обязанность прокуратуры осуществлять уголовное преследование.

**3. Группа государств, в основных законах которых в полном объеме, как и в Конституции Украины [29], определены функции прокуратуры, среди которых и основные направления деятельности вне уголовной юстиции.**

Так, по Конституции **Болгарии** 1991 года (ст. 127) прокуратура следит за соблюдением законности, а именно: привлекает к ответственности лиц, совершивших преступления и поддерживает обвинение по уголовным делам общего характера; осуществляет надзор за исполнением уголовно-правовых и иных мер принуждения; принимает меры к отмене актов, не соответствующих закону; в предусмотренных законом случаях участвует в гражданских и административных делах [15, с. 466].

По Конституции **Республики Армения** 2005 года [30] (ст. 103) прокуратура в установленных законом случаях и

порядке: нарушает уголовное преследование; осуществляет надзор за законностью дознания и предварительного следствия; поддерживает обвинение в суде; инициирует возбуждение производства в суде по иску о защите государственных интересов; опротестовывает решения, приговоры и постановления судов; осуществляет надзор за законностью применения наказаний и других форм принуждения. Прокуратура действует в пределах полномочий, предоставленных ей Конституцией на основе закона.

В соответствии со ст. 133 Конституции **Азербайджанской Республики** 1995 года [18, с. 162] прокуратура осуществляет в предусмотренном законом порядке и случаях надзор за исполнением и применением законов; в предусмотренных законом случаях возбуждает уголовные дела и ведет следствие; поддерживает в суде государственное обвинение; обращается с иском в суд; вносит протесты на решения судов.

Итак, проведенный правовой анализ только конституционных норм, регламентирующих правовой статус прокуратуры вне уголовной юстиции, дает возможность сделать выводы о том, что **нет единой модели или стандартов в этой сфере**. В то же время правовой анализ положений основных законов подавляющего большинства государств-членов Совета Европы свидетельствует об **отсутствии жесткого определения основных направлений деятельности прокуратуры, в том числе за пределами уголовной юстиции, с предоставлением законодателю права их гибкого определения в специальных законах**.

О целесообразности такой конституционной регламентации функций прокуратуры отмечается и на доктринальном уровне. Так, в частности, ученые отмечают нецелесообразность установления перечня всех функций и задач прокуратуры в Конституции Украины, а необходимость их закрепления в специальном законе [31, с. 384], и также заслуживающей внимания представляется научная позиция относительно того, что «конституционное закрепление функций прокуратуры на переходном этапе должно иметь гибкий, а не жесткий характер, содержать такие формулировки, которые позволили бы в будущем совершенствовать функции прокуратуры путем внесения изменений и дополнений к специальному закону, обусловленных глубокими изменениями социально-экономической, политической и правовой жизни» [32, с. 70].

С учетом вышеизложенного можно определить перспективы дальнейших научных исследований в области исследования опыта зарубежных стран в части правовой регламентации полномочий прокуратуры вне сферы уголовной юстиции, которые, в частности, связанные с правовым анализом положений специальных законов, определяющих полномочия, организацию и порядок деятельности указанного органа.

#### Список использованной литературы

1. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII // Голос України. – 2014. – № 206. – 25 жовтня.
2. Висновок № 190 (1995) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо заявки України на вступ до Ради Європи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_590](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_590).
3. Рекомендація Rec (2012) 11 Комітету міністрів держав-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.pravo.org.ua/files/rec\\_chodo\\_publ.PDF](http://www.pravo.org.ua/files/rec_chodo_publ.PDF).

4. Comments of the Directorate General Human Rights and Rule of Law (Directorate of Human Rights) of the Council of Europe on the Law of Ukraine on the Public Prosecution Service of 14 October 2014 DGI (2014) 30 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/echr/CoE%20review%20of%20the%20PPS%20Law%20of%20Ukraine\\_Eng%20Final%20%282%29.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/echr/CoE%20review%20of%20the%20PPS%20Law%20of%20Ukraine_Eng%20Final%20%282%29.pdf).
5. Бурлаков Р. Діяльність органів прокуратури поза сферою кримінального судочинства у європейських країнах // Р. Бурлаков, А. Тогобіцька // Вісник прокуратури. – 2012. – № 11(137). – С. 115–124.
6. Грицаенко Л. Конституційно-правовий статус інституту прокуратури в країнах пострадянського простору // Вісник прокуратури. – 2006. – № 3(57). – С. 116–124.
7. Дунас Т. Прокурор у цивільному процесі іноземних держав // Вісник прокуратури. – 2003. – № 7(25). – С. 109–113.
8. Корнякова Т. Питання діяльності прокуратури поза межами кримінально-правової сфери // Вісник прокуратури. – 2009. – № 12(102). – С. 3–7.
9. Мичко М. Конституційні засади діяльності прокуратур в країнах Європейського Союзу // Вісник прокуратури. – 2008. – № 8(86). – С. 16–25.
10. Руденко М. Роль прокуратури поза межами кримінального судочинства // Вісник прокуратури. – 2009. – № 1(91). – С. 47–57.
11. Рекомендація № Rec (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам Ради Європи про роль державного обвинувачення в системі кримінального правосуддя від 6 жовтня 2000 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1568277&Site=DC>.
12. Роль прокуратури за межами кримінального права : Висновок ССРЕ (2008) 3, прийнятий на 3-му пленарному засіданні (Страсбург, 15–17 жовтня 2008 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/cmo.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=101556](http://www.gp.gov.ua/ua/cmo.html?_m=publications&_t=rec&id=101556).
13. Role of the Public Prosecution Service outside the field of criminal justice (Report by Dr. András Zs. VARGA Ph. D) : Bureau of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE-Bu (2008) 4rev.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/2008/4rev\\_2008\\_CCPE-Bu\\_reportVargas\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/2008/4rev_2008_CCPE-Bu_reportVargas_en.pdf).
14. Конституции государств Европы : в 3 т. / Под общей редакцией Л.А. Окунькова. – Т. 2. – М. : Издательство Норма, 2001. – 840 с.
15. Сравнительное правоведение : национальные правовые системы / Под. ред. В.И. Лафитского. – Т. 1 : Правовые системы Восточной Европы. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ ; Юридическая фирма «Контракт», 2012. – 528 с.
16. Latvijas Republikas Satversme [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://likumi.lv/doc.php?id=57980>.
17. Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (1983) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://nl.wikisource.org/wiki/Grondwet\\_voor\\_het\\_Koninkrijk\\_der\\_Nederlanden\\_\(1983\)](http://nl.wikisource.org/wiki/Grondwet_voor_het_Koninkrijk_der_Nederlanden_(1983)).
18. Конституции государств Европы : в 3 т. / Под общей редакцией Л.А. Окунькова. – Т. 1. – М. : Издательство Норма, 2001. – 824 с.
19. Конституции государств Европы : в 3 т. / Под общей редакцией Л.А. Окунькова. – Т. 3. – М. : Издательство Норма, 2001. – 792 с.
20. Constitution of the Slovak Republic [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.sudnarada.gov.sk/data/files/527\\_constitution-of-the-slovak-republic.pdf](http://www.sudnarada.gov.sk/data/files/527_constitution-of-the-slovak-republic.pdf).
21. Ústava České republiky [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html>.
22. Magyarország Alaptörvénye [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.parlament.hu/irom39/02627/02627-0187.pdf>.
23. Constitution of the Portuguese Republic [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://app.parlamento.pt/site\\_antigo/ingles/cons\\_leg/Constitution\\_VII\\_revisao\\_definitive.pdf](http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf).
24. Сравнительное правоведение : национальные правовые системы / Под. ред. В.И. Лафитского. – Т. 2 : Правовые системы Западной Европы. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ ; Юридическая фирма «Контракт», 2012. – 768 с.
25. Ustava Republike Slovenije [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.us-rs.si/media/ustava.pdf.pdf>.
26. Конституция Республики Молдова [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>.
27. La Constitution du 4 octobre 1958 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html>.
28. Costituzione Italiana [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://costituzionerepubblicaitaliana.jimdo.com/>.
29. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254/к-96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
30. Конституция Республики Армения [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.president.am/ru/constitution/>.
31. Грицаенко Л.Р. Конституційно-правовий статус прокуратури України в контексті світового досвіду [текст] : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Л.Р. Грицаенко – К., 2012. – 453 с.
32. Мамедов Г. Щодо оптимального варіанту закріплення функцій прокуратури // Вісник прокуратури. – 2007. – № 2(68). – С. 67–70.



УДК 342.26

## АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНА ОДИНИЦЯ ЯК БАЗОВИЙ РІВЕНЬ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНОГО УСТРОЮ УКРАЇНИ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ

**Вікторія ШТЕФАН,**

здобувач кафедри конституційного права України,  
спеціаліст відділу наукових досліджень

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article examines the nature and value of such concepts in constitutional law as an administrative and territorial unit, locality and territorial community. The article provides a detailed analysis problems of the administrative-territorial reform in Ukraine related to the definition of a basic level of administrative-territorial unit. The author proved that the system of administrative-territorial structure of Ukraine in the basic level are presented urban and rural localities. The vagueness of the constitutional definition of administrative-territorial unit of the primary level cause the actual existence of such territorial entities as an urban village, towns and cities in the city, located in the district of the city. A number of significant weak points and gaps in the legislation of Ukraine in this sphere of legal relations were identified. The attempt to make some suggestions of improvement of the constitutional and legal regulation of the administrative-territorial units and territorial structure.

**Key words:** administrative-territorial structure, administrative-territorial unit, territorial communities, localities.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються питання сутності та співвідношення таких понять в конституційному праві, як «адміністративно-територіальна одиниця», «населений пункт», «територіальна громада». Аналізуються проблеми реформування адміністративно-територіального устрою в Україні, які пов'язані з визначенням базового рівня адміністративно-територіального устрою. Доведено, що в системі адміністративно-територіального устрою України базовий рівень представлений міськими та сільськими населеними пунктами, тобто містами, селищами та селами. Нечіткість конституційного визначення адміністративно-територіальної одиниці первинного рівня зумовлює реальне існування таких територіальних утворень, як селище міського типу, селища та міста в місті, міста в районі міста тощо. Вказано на суттєві недоліки і прогалини у законодавстві України із зазначеної проблематики. Запропоновано шляхи вдосконалення конституційно-правового регулювання адміністративно-територіальних одиниць та територіального устрою.

**Ключові слова:** адміністративно-територіальний устрій, адміністративно-територіальні одиниці, територіальні громади, населені пункти.

**Постановка проблеми.** Останні роки багаті на висловлювання різних поглядів та пропозицій вчених відносно реформування адміністративно-територіального устрою України. Дійсно, питання реформування відносин у цій сфері на сьогодні є досить актуальним і пріоритетним. Серед великої кількості проблем важливим є питання визначення базового рівня адміністративно-територіальних утворень, які, в свою чергу, постають основним елементом здійснення місцевого самоврядування. Наразі адміністративно-територіальний устрій України є дуже недосконалим: існує велика кількість дрібних поселень, які навіть мають статус міст, але знаходяться в занепаді і вже не відповідають статусу міста, на обліку числяться населені пункти, які реально вже не існують, мають місце компетенційні суперечки щодо повноважень органів влади, невизначеність з базовим рівнем адміністративно-територіальних утворень, є безліч застарілих норм законодавства з регулювання вищевказаних питань та багато інших проблем, які негативно впливають на розвиток державності в Україні.

**Стан дослідження.** У науковій літературі неодноразово наголошувалось на оновленні законодавства у цій сфері діяльності. Проблеми реорганізації адміністративно-територіального устрою та місцевого самоврядування розглядали у різних аспектах своїх наукових дослідженнях такі вчені, як: М.С. Дністрянський, О.Ф. Фрицький, О.В. Ба-

танов, М.О. Баймуратов, П.М. Любченко, І.І. Бодрова та ін. У той же час певні дуже важливі питання залишилися поза увагою їхніх досліджень.

**Метою статті** є дослідження проблем адміністративно-територіального реформування в Україні, які пов'язані з визначенням базового рівня адміністративно-територіального устрою та аналіз сутності адміністративно-територіальної одиниці в конституційно-правовому вимірі.

**Виклад основного матеріалу.** Основним поняттям, яке, на наш погляд, потребує аналізу в процесі реформування адміністративно-територіального устрою України є поняття «адміністративно-територіальна одиниця». Ця категорія широко досліджується та застосовується не лише в конституційно-правовій площині, а й відображається в працях з місцевого самоврядування, державного управління, соціально-економічної географії, регіональної економіки тощо. У законодавстві України та юридичній літературі немає чіткого визначення терміна «адміністративно-територіальна одиниця». Так, Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» не дає визначення цього терміна, а у ст. 1 лише називає їх: область, район, місто, район у місті, селище, село.

У рамках цієї статті ми проаналізували чинне законодавство України (Конституція України, законодавчі акти, рішення Конституційного Суду України) на предмет правового закріплення зазначених питань і прийшли до



висновку, що в системі адміністративно-територіального устрою України базовий рівень представлений міськими та сільськими населеними пунктами, тобто містами, селищами та селами. Однак, крім того, до базового рівня інколи також відносять існуючі адміністративно-територіальні утворення, які склалися внаслідок добровільного об'єднання жителів кількох поселень, на основі яких, у свою чергу, формуються органи місцевого самоврядування – сільські та селищні громади, місцеві ради.

Нечіткість конституційного визначення адміністративно-територіальної одиниці первинного рівня, де-факто отождоження її з населеним пунктом зумовлюють реальне існування таких територіальних утворень, як селище міського типу, селища та міста в місті, міста в районі міста тощо. Іноді навіть в офіційних документах зустрічається тлумачення поняття «сільська рада» як адміністративно-територіальної одиниці [1].

Під адміністративно-територіальною одиницею звичайно слід розуміти частину єдиної території держави, яка є просторовою основою для організації та діяльності місцевих органів державної влади та органів місцевого самоврядування. За своїми соціально-територіальними ознаками адміністративно-територіальні одиниці безумовно можуть бути однорідними. Вони поділяються на населені пункти (міста, селища, села) та регіони (області, райони). Автономною адміністративно-територіальною одиницею в Україні є Автономна Республіка Крим [3, с. 332].

Необхідно також навести позицію законодавця, що впливає з рішення Конституційного Суду України, де зазначається, що адміністративно-територіальна одиниця – це компактна частина єдиної території України, що є просторовою основою для організації і діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування [4].

Ряд дослідників під поняттям «адміністративно-територіальна одиниця» розуміють частину території держави, на основі якої реалізуються функції держави, у тому числі і місцевого самоврядування [5, с. 47; 6, с. 13; 7, с. 236]. Адміністративно-територіальна одиниця за своєю природою є територіальною системою, яка створюється штучно для забезпечення ефективності територіального управління [8, с. 49]. М. Пухтинський розуміє її як «побудову відповідних взаємин і системи органів публічної влади на певній адміністративній території, яка була б здатна надавати в межах соціальних стандартів повноцінні послуги населенню». Автор також стверджує, що слід чітко розмежовувати поняття «адміністративна одиниця» і «територіальна одиниця». Перше означає побудову відповідних відносин і системи органів публічної влади на певній адміністративній території, яка була б здатна надавати в межах соціальних стандартів повноцінні послуги населенню. Друге – відповідні місця поселення людей [9, с. 35].

У контексті зазначеної проблеми необхідно більш детально дослідити такі адміністративно-територіальні одиниці, як населені пункти, які виступають територіальною основою місцевого самоврядування. У зв'язку із цим зазначимо, що єдиного розуміння терміну «населений пункт» на сьогодні не існує, незважаючи на певні монографічні дослідження цієї проблеми І.І. Бодрової, Ю.П. Битяка, П.М. Любченко [10], І.О. Кресіної [11], В.Г. Яцуби [8] та ін.

У своєму дослідженні український вчений Я.П. Павлович, порівнявши термін «поселення», який відображає тимчасовість проживання у певному місці, з поняттям «населений пункт», стверджує, що вживати термін «населений

пункт» краще на означення вже заселеної території, на якій люди проживають постійно [12, с. 349].

У своєму монографічному дослідженні І.М. Скуратович зазначає, що адміністративно-територіальна одиниця – це не лише населений пункт у межах забудови, а й частина території держави, на яку поширюється юрисдикція органу влади цієї території. Причому в більшості країн Європи, на відміну від України, не існує «дірок» між адміністративно-територіальними одиницями первинного рівня – вони межують між собою. В Україні ж області межують з областями, райони з громадами, а от межування між собою громад законодавчими актами не передбачено [13, с. 5].

Не відносяться до самостійних населених пунктів хутори та двори, невеликі поселення, які мають тимчасове значення і несталий склад поселення, а також поселення службового призначення в системі певної господарської галузі діяльності (будинки лісників, шляхових майстрів, будівлі залізничних служб, польові стани тощо). Ці об'єкти включаються до тих адміністративно-територіальних одиниць, на території яких вони розташовані [2, с. 34].

З огляду на це можна констатувати той факт, що саме в населених пунктах України люди проживають, працюють й задовольняють свої різноманітні потреби, реалізуються повноваження владних органів тощо. Населені пункти відіграють важливу роль у забезпеченні життєдіяльності населення, морального, інтелектуального розвитку суспільства й кожної людини зокрема. По суті, це є аксіома, яка не потребує підтвердження.

Втім, і це слід підкреслити, не кожен населений пункт в Україні є самостійною адміністративно-територіальною одиницею. Згідно з чинним законодавством адміністративно-територіальною одиницею є як місто, село, так і частини населених пунктів – райони в містах. Крім того, до фактичного переліку адміністративно-територіальних одиниць входять також сільські та селищні ради, селища міського типу, які не згадані в Конституції України. Отже, на сьогодні існує неузгодженість у термінах «адміністративно-територіальна одиниця» та «населений пункт». Крім цього, дуже часто ці поняття отождожують з поняттям «територіальна громада».

Дійсно, в Україні, на відміну від Польщі та інших держав, не існує терміна, який поєднував би у собі визначення територіальної громади, найнижчої одиниці адміністративно-територіального поділу та місцевого самоврядування. Таким чином, в Україні паралельно вживається три окремі означення, які частково відповідають польській гміні: місцева рада (як представницький орган місцевого самоврядування, що функціонує на певній чітко окресленій території), населений пункт (як елемент системи розселення), територіальна громада (як основа місцевого самоврядування). Також проблемою є те, що місцеве самоврядування в Україні почало формуватися на основі місцевих рад, які, згідно з Конституцією, не є одиницями адміністративно-територіального поділу. Натомість на рівні поселень (міст, селищ, сіл), які за Конституцією є низовими одиницями територіального поділу, в багатьох випадках неможливо сформувати дієвих органів місцевого самоврядування [14].

Проведемо аналіз зазначених категорій та з'ясуємо їх відмінність та схожість. Так, законодавець під терміном «територіальна громада» розуміє жителів, об'єднаних постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одини-

цями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр [15].

О.Ф. Фрицький зазначає, що закріплення територіальної громади як основного елементу місцевого самоврядування є декларативним, тобто таким, що не відповідає реаліям сьогодення. Крім того, обласні та районні ради, які є органами місцевого самоврядування, не мають власних громад, а лише представляють спільні інтереси громад сіл, міст, що, на його думку, нелогічно і суперечить ст. 140 Конституції України [16, с. 520].

З цього приводу О.В. Батанов визнає, що об'єктами локальної діяльності територіальних громад є передусім питання місцевого значення, тобто питання (справи), які випливають із колективних інтересів місцевих жителів – членів відповідної територіальної громади, віднесені Конституцією до предметів відання місцевого самоврядування, а також інші питання, які не входять до компетенції органів державної влади [17, с. 25]. Однак, по суті, компетенція територіальних громад діє в межах конкретних населених пунктів, отже, залишається багато територій, на які не розповсюджується їх дія.

Існують різні думки стосовно законодавчого закріплення базового елементу місцевого самоврядування. Так, слушно стверджує І.І. Бодрова, яка не погоджується з підходом конституціоналізації громад як адміністративно-територіальної одиниці та одночасно сукупності громадян України, які проживають на її території. Таке позначення одним терміном і адміністративно-територіальної одиниці, і колективного суб'єкта місцевого самоврядування може внести плутанину в законодавчу і правозастосовну діяльність органів державної влади і місцевого самоврядування. Автор пропонує залишити позначення терміном «громада» жителів, об'єднаних постійним проживанням на території населеного пункту або об'єднання кількох населених пунктів [18, с. 199]. Слід зауважити, що неодноразово в законопроектах щодо оновлення законодавства у сфері адміністративно-територіального устрою та місцевого самоврядування наголошувалось на запровадженні уніфікованої адміністративно-територіальної одиниці первинного рівні – громади.

Запорукою формування в Україні реального місцевого і регіонального самоврядування європейського зразка, а також ефективної державної влади, на думку В.М. Артеменко та В.О. Мамонова, повинні стати громади, які є територіальною базою місцевого самоврядування та регіональні адміністративно-територіальні одиниці (області та райони) в якості територіальних утворень [2, с. 35].

Наразі, у 2014 р. Урядом України схвалена Концепція реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади, що спрямована на підвищення ресурсної спроможності місцевих рад через укрупнення територіальних громад. Так, 17 червня 2014 року був прийнятий Закон «Про співробітництво територіальних громад», у якому містяться положення щодо нормування механізму об'єднання ресурсів територіальних громад для реалізації спільних проєктів та визначення умов надання державної підтримки таким проєктам. Нормами п. 1 ст. 3 визначено суб'єкти співробітництва – це територіальні громади сіл, селищ, міст, які здійснюють співробітництво через сільські, селищні та міські ради. Співробітництво здійснюється у сферах спільних інтересів територіальних громад у межах повноважень відповідних органів місцевого самоврядування, якщо

інше не передбачено законом [19]. Закон передбачає ряд перспективних форм співробітництва, які ще громадами не випробувані, але можна сподіватися, що вони будуть використовуватися і дадуть позитивний ефект.

Законодавча неврегульованість питань адміністративно-територіального устрою призводить до довільного застосування нормативно визначених критеріїв віднесення адміністративно-територіальних одиниць до тих чи інших категорій, породжуючи істотний соціально-економічний дисбаланс населених пунктів [20, с. 62–63].

В Україні й до сьогодні немає єдиної точки зору з приводу нової базової одиниці адміністративно-територіального утворення. Отже, як справедливо зазначає І.І. Бодрова, запровадження вищевказаного досвіду в Україні сприятиме вирішенню питань міських агломерацій, територіальних колізій, раціоналізації економічних ресурсів, забезпеченню повсюдності місцевого самоврядування і, що головне, такі утворення матимуть не адміністративний характер, а виступатимуть формою соціально-територіальної організації історично сформованих економічних, соціально-культурних спільнот [18, с. 198]. Ми підтримуємо думку автора щодо зазначених питань. На наш погляд, матеріальною основою діяльності територіальних громад має стати передача під їхню юрисдикцію усіх земель населених пунктів, розташованих на відповідній території.

**Висновки.** Підводячи підсумки дослідження вказаної проблеми, необхідно зробити висновок, що населений пункт представляє собою місце проживання населення на відповідній території, яке на законодавчому рівні має чіткі межі та офіційне найменування, що склалися в результаті історичних, культурних та виробничих факторів. Однак до складу одного населеного пункту не повинен входити інший, щоб не створювати так звану «матрьошку», яка зустрічається сьогодні. Під адміністративно-територіальною одиницею ми розуміємо частину території держави, яка створена для організації діяльності органів влади, але не кожен населений пункт є адміністративно-територіальною одиницею.

На сьогоднішній день в Україні триває дискусія відносно створення нової базової одиниці адміністративно-територіального устрою унітарної країни, якою, на нашу думку, має стати саме населений пункт. Слід зазначити, що саме врахування державних та індивідуальних інтересів на базовому рівні має стати позитивним чинником реалізації адміністративно-територіальної реформи. Відсутність на цьому етапі законодавчо закріпленої термінології породжує конфлікти у застосуванні законодавства. Отже, визначення єдиного терміну відносно таких понять, як «адміністративно-територіальний устрій», «адміністративно-територіальна одиниця», «населений пункт» має стати одним із основних кроків на шляху реформацийних процесів. У контексті цієї проблеми необхідно законодавчо закріпити правовий статус адміністративно-територіальних одиниць, які виступають територіальною основою місцевого самоврядування. У зв'язку з цим пропонуємо внести зміни до ст. 133 Конституції України, де слід чітко визначити систему адміністративно-територіального устрою та види адміністративно-територіальних одиниць, які відповідатимуть здоровому глузду і які вже позитивно себе зарекомендували у демократичних державах світу.

**Список використаної літератури**

1. З історії реформ адміністративно-територіального устрою України (1907–2009 рр.) / А. Ткачук, Р. Ткачук, Ю. Ганущак. – К. : Леста, 2009. – 128 с.
2. Сучасний адміністративно-територіальний устрій в Україні : перспективи реформування : [навчально-методичний посібник] / Укладачі : В.М. Артеменко, В.О.Мамонова, Я.Г. Охріменко – 45 с.
3. Конституційне право України / За ред. В.П. Колісника, Ю.Г. Барабаша. – Х. : Право, 2008. – 374 с.
4. Рішення Конституційного Суду України від 16.01.2003 р. № 1-рп [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-03>.
5. Саханенко С. Адміністративно-територіальний та муніципально-територіальний устрій : проблеми співвідношення та реформування // Упр. сучас. містом. – 2001. – № 4–6. – С. 45–53.
6. Формування меж адміністративно-територіальних утворень : [навчально-методичний посібник] / А.М. Третяк, В.М. Другак, Р.А. Третяк. – К. : ТОВ «ЦЗРУ», 2004. – 85 с.
7. Лазор О.Д., Лазор О.Я., Чемерис А.О. Територіальна організація влади в Україні. – К. : Дакор, 2007. – 576 с.
8. Адміністративно-територіальний устрій України. Проблемні питання та можливі варіанти їх вирішення / За заг. ред. В.Г. Яцуби. – К. : Вид-во Поліграф. центру Укр.ДАГП Мінекоресурсів України, 2003. – 321 с.
9. Пухтинський М. Концептуальні та прикладні аспекти здійснення адміністративної реформи в Україні // Адміністративна реформа в Україні : шлях до Європейської інтеграції : збірник наукових праць. – К., 2003. – С. 33–35.
10. Європейський досвід удосконалення місцевого самоврядування / Нац. акад. прав. наук України, Наук.-дослід. ін-т держ. буд. та місц. самоврядування ; редкол. Ю.П. Битяк та ін. – Х. : Оберіг, 2012. – 64 с.
11. Політико-правові засади територіальної організації публічної влади в Україні / І.О. Кресіна, А.В. Береза та ін. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Логос», 2013. – 296 с.
12. Павлович Я.П. Населені пункти в Україні (термінологія, поняття, правовий статус) // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – Вип. 1. – Л., 2007. – С. 347–356.
13. Скуратович І.М. Адміністративно-територіальний устрій України в 1920–1930-х рр. і його впливи на організацію державного управління : історико-правове дослідження : [монографія]. – Х. : Видавець СПДФО Вапнярчук Н.М., 2004. – 192 с.
14. Kuchabsky O. Use of Polish Experience in Reforming of the Administrative and Territorial Structure of Ukraine / O. Kuchabsky // Problems of Regional Development in Ukraine and Poland : [text] / ed. : A. Chemerys, J. Wendt. – Lviv : LRIPA NAPA, 2006. – P. 19.
15. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
16. Фрицький О.Ф. Конституційне право України : [підручник]. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с.
17. Батанов О.В. Деякі теоретичні проблеми співвідношення місцевого самоврядування та державної влади // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 2 – С. 21–30.
18. Бодрова І.І. Проблеми вдосконалення територіальної основи організації місцевого самоврядування в Україні // Конституційний процес в Україні : здобутки та проблеми : матер. конф. (25–26 червня, 2009 р.). – Х. : Право, 2009. – 336 с.
19. Про співробітництво територіальних громад : Закон України від 17.06.2014 р. № 1508-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 34. – Ст. 1167.
20. Ворона П.В. Порівняльний аналіз законодавчого закріплення гарантій розвитку місцевого самоврядування України та Російської Федерації / П.В. Ворона // Університетські наукові записки. – 2008. – № 4. – 481 с.

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 340.1

### ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ВИХОВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Ірина БРУС,  
 провідний науковий співробітник  
 Науково-дослідного інституту  
 Національної академії прокуратури України

#### SUMMARY

The problem of determining the legal status of prosecutors consider as subjects and objects of educational activities with regard to the theoretical and practical foundations of its implementation in prosecutions and administrative law science in this work. In this context, we offer the ways of resolving the legal status of prosecutors as on the branch, and the legislative level. The author provide a significant proposals in the form of amendments and additions to the existing norms of the law of Ukraine „On Prosecutor’s office” (2014) and other normative-legal acts, which partly regulate the activities of prosecutors of Ukraine.

**Key words:** legal status, educational activity, public prosecutor, investigator, teacher, student, listener.

#### АНОТАЦІЯ

У науковій праці розглянута проблема визначення правового статусу прокурорських працівників як суб'єктів та об'єктів виховної діяльності з урахуванням теоретичних та практичних засад його реалізації в прокурорській діяльності та адміністративно-правовій науці. У цьому контексті пропонуються окремі шляхи врегулювання правового статусу прокурорського працівника як на галузевому, так і законодавчому рівні. Авторкою надаються вагомі пропозиції у вигляді змін та доповнень до чинних норм Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) та інших нормативно-правових актів, що частково регулюють діяльність органів прокуратури України.

**Ключові слова:** правовий статус, виховна діяльність, прокурор, слідчий, викладач, студент, слухач.

**Постановка проблеми.** У теоретичному розумінні в адміністративно-правовій науці відсутній єдиний підхід серед науковців щодо визначення правового статусу суб'єктів виховної діяльності саме в органах прокуратури України, а існуюча багатоманітність поглядів в основному зводиться до визначення загальних аспектів правового статусу прокурорського працівника. На нашу думку, важливим є питання, з якого моменту прокурорський працівник набуває статусу суб'єкта чи об'єкта виховної діяльності, а також особливості здійснення останніми виховного впливу на об'єкти, що становлять професійний інтерес.

**Актуальність теми дослідження.** Окремі питання врегулювання правового статусу працівників органів прокуратури України у цілому відображені в дисертаціях В. Долежана (1991 р.), М. Мичка (2002 р.), М. Косюти (2002 р.), М. Якимчука (2002 р.), А. Пшонки (2006 р.), М. Бурбики (2007 р.), В. Сухоноса (2009 р.), Є. Поповича (2010 р.), І. Озерського (2011 р.), В. Дерев'янка (2012 р.) та ін. Водночас в досліджених наукових працях лишився поза увагою саме правовий статус суб'єктів виховної діяльності в прокурорській системі. Втім, перш ніж перейти до означення правового статусу суб'єктів виховної діяльності в органах прокуратури, необхідно провести наукову розвідку у розумінні правового статусу як загальної поняттєво-правової категорії.

**Метою статті** є дослідження питань оптимізації врегулювання правового статусу прокурорсько-слідчих працівників як суб'єктів виховної діяльності. Відтак завданнями означеної наукової праці є опрацювання чинного законодавства та інших нормативно-правових актів, що частково регламентують діяльність органів прокуратури

України, виокремлення в них недоліків та шляхів їх усунення. Також здійснення теоретичної розвідки стану наукових досліджень у площині обґрунтування правового статусу прокурорських працівників як суб'єктів виховної діяльності.

**Виклад основних положень.** Визначаючи особливості адміністративно-правового статусу посадової особи, потрібно виходити з положення про те, що «правовий статус даних суб'єктів є спеціальним щодо правового статусу громадян і не може розглядатися поза зв'язком зі змістом і обсягом основних (конституційних) прав, свобод, обов'язків і відповідальності особи» [1, с. 32]. Однак, якщо ми розглядаємо посадових осіб як суб'єктів виховної діяльності (органи прокуратури), то головну увагу потрібно зосереджувати на службово-правовому статусі, який є частиною адміністративно-правового статусу службовців і його виникнення зумовлено заміщенням особою відповідної посади.

В. Дерев'янка констатує, що особливістю правового статусу прокурорського працівника є відсутність сфери неврегульованих правом повноважень, оскільки усі нерегламентовані нормативними (галузевими) актами діяння належать до сфери забороненого, яке переважає за обсягом. Відтак для прокурорського працівника первинними є обов'язки, які і визначають у цілому межі його правового статусу [2, с. 9]. З огляду на зазначене, авторка надає визначення «адміністративно-правового статусу прокурорського працівника як визначену в нормативно-правових актах систему прав, свобод, обов'язків, обмежень, морально-правових вимог і гарантій професійної діяльності у сфері здійснення наглядових повноважень»



діяльності (представницької та обвинувальної) в суді, його соціально-правовий захист і особливості юридичної відповідальності» [2, с. 66].

Отже, систему виховної діяльності в органах прокуратури України слід розглядати у контексті взаємодії та здійснюваного виховного впливу – як «суб'єкт та об'єкт виховної діяльності». Основною умовою визначення суб'єктів виховної діяльності в органах прокуратури є їх реально здійснюваний внутрішньосистемний та зовнішній фаховий виховний вплив. Внутрішньосистемний виховний вплив здійснюється в роботі з персоналом органів прокуратури (управлінська, кадрова, навчально-педагогічна діяльність). У свою чергу зовнішній фаховий виховний вплив здійснюється лише при здійсненні конституційних функцій органів прокуратури (нагляд, представництво, обвинувальна функція, слідча діяльність).

Щодо аналізу окремих правових статусів прокурорсько-слідчих працівників як суб'єктів виховної діяльності, то насамперед слід зауважити, що у нашому дослідженні вони диференційовані на такі як: «прокурорські працівники (у тому числі ті, що перебувають на адміністративних посадах)», «науково-педагогічні працівники органів прокуратури (професорсько-викладацький склад)», «особи, що здобувають вищу освіту, та інші особи (студенти, слухачі, аспіранти та докторанти НАПУ)». Зауважимо, що до суб'єктів виховної діяльності у широкому розумінні варто віднести також Президента України, Верховну Раду України, Кабінет Міністрів України, Міністерство освіти і науки України, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування. Їх виховна діяльність щодо органів прокуратури полягає в тому, що вони мають функцію нормативного та адміністративного забезпечення процесу виховної роботи.

Нормативно термін «прокурор» визначений у ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) [3] та п. 15 ст. 3 і ст. 36 КПК України (2012 р.) [4]. У свою чергу термінологічні конструкції типу науково-педагогічний працівник, що згадується у ч. 2 ст. 74, та викладацькі посади – у ч. 6 ст. 86 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) [3]. Правовий статус науково-педагогічних працівників, студентів, слухачів, аспірантів та докторантів НАПУ визначений у Законі «Про вищу освіту» (2014 р.) [5] та статуті Національної академії прокуратури України [6]. З теоретичних позицій поняття терміну «прокурор» в юридичній науці практично не розглядається, неповно ці терміни визначені й у Законі України «Про прокуратуру» (2014 р.).

Теоретичне визначення поняття «прокурор» ми знаходимо у монографії Л. Грицаєнка (2009 р.), де вчений розглядає означеного суб'єкта прокурора як офіційну посадову особу органів прокуратури, яка перебуває на постійній або тимчасовій службі в органах прокуратури, володіє повноваженнями щодо здійснення покладених на прокуратуру функцій і завдань відповідно до встановленої Конституцією та іншими нормативно-правовими актами компетенції [7, с. 17]. У свою чергу І. Озерський надає більш лаконічне, на наш погляд, визначення поняття прокурор, під яким розуміється посадова особа органів прокуратури, яка наділена державою повноваженнями щодо реалізації функцій, покладених на неї законодавством України, та окремими нормативно-правовими актами у сфері правоохоронної діяльності [8, с. 23]. Втім, недоліком наведених дефініцій поняття «прокурор» є те, що вони були сформульовані під час дії Закону України «Про прокуратуру» (1991 р.) [9], що наразі втратив чинність, а відповідно до

нової редакції Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) дещо був змінений підхід до правового статусу прокурора, оскільки з'явилося поняття «адміністративна посада».

Відтак пропонуємо інше, на наш погляд, осучаснене й співзвучне з положеннями нового Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) визначення поняття терміну «прокурор», під яким розуміємо посадову особу органів прокуратури, яка наділена державою особливим статусом щодо здійснення організаційно-розпорядчих та управлінських функцій, а також реалізацією спеціальних завдань, покладених на неї законодавством України та окремими нормативно-правовими актами у сфері правоохоронної діяльності. Наразі суб'єктом виховної діяльності також є і слідчі органів прокуратури, оскільки згідно ч. 4 розділу XIII «Перехідних положень» Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) до початку діяльності державного бюро розслідувань, але не пізніше п'яти років після набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (2012 р.), слідчі органів прокуратури здійснюють досудове розслідування у визначеному Кримінальним процесуальним кодексом України порядку.

Офіційно визначення поняття «слідчий» представлено в п. 17 ст. 3 КПК України (назва – Визначення основних термінів Кодексу), де слідчим визначено службову особу органу внутрішніх справ, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, уповноважену в межах компетенції, передбаченої цим Кодексом, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень [4]. Щодо теоретичних підходів до визначення поняття «слідчий», то варто навести декілька його дефініцій.

Так, Ю. Азаров, С. Заїка, В. Фатхутдінов вбачають під поняттям «слідчий» посадову особу, на яку покладено обов'язок провадження досудового слідства [10, с. 86]. В. Поліщук під поняттям «слідчий органів прокуратури» розуміє службових осіб, які обіймають відповідальне становище в системі органів прокуратури, наділені спеціальними процесуальними повноваженнями у кримінальному судочинстві і виконують свої обов'язки на професійній основі [11, с. 78]. Натомість ми притримуємось наукової позиції І. Озерського, який вважає, що «слідчим є посадова особа, яка має вищу юридичну освіту, необхідний рівень професійної підготовки та є придатною за психологічними та медичними критеріями до здійснення досудового слідства. Також ця особа повинна прийняти присягу певного відомства (МВС, СБУ, ПМ ДПС, прокуратури), де є слідчий апарат» [8, с. 24]. Вважаємо таке трактування повним, лаконічним і таким, що чітко відображає всю палітру особистості слідчого та вимоги до його посади.

Щодо адміністративної посади в органах прокуратури, то такий інститут з'явився в новому Законі України «Про прокуратуру» (2014 р.) та редакційно відображений у ст. 39 означеного закону. Метою ст. 39 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) є приведення до європейських стандартів порядку призначення на керівні посади працівників органів прокуратури України. Виходячи зі змісту ст. 39 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.), до адміністративних посад відносяться чиновники органів прокуратури, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та управлінських функцій. Останнє можна аргументувати тим, що як і прокурори, які призначені та виконують управлінські функції на адміністративних посадах, так і

прокурори за статусом відповідно п. 7 ст. 3 КАС України є суб'єктами владних повноважень при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

До речі, у ст. 39 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) вписано, що перебування прокурора на адміністративній посаді у прокуратурі не звільняє його від здійснення повноважень прокурора відповідної прокуратури, оскільки згідно з п. 2 ч. 4 ст. 7 та ч. 1, 2 ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) прокурори в Україні мають єдиний статус «прокурора» незалежно від адміністративної посади, яку обіймають у прокуратурі. З цього слідує, що адміністративна посада прокурора існує окремо від його загального статусу прокурора відповідної прокуратури, а відтак зобов'язує останнього виконувати повноваження та функції покладені на нього Законом України «Про прокуратуру» (2014 р.).

З одного боку, в органах прокуратури згідно ст. 39 Закону України «Про прокуратуру» (2014 р.) всі управлінські та організаційно-розпорядчі посади є адміністративними, однак якщо бути більш точним, то посада Генерального прокурора України все ж таки є політичною. Адже очевидним є той факт, що Генеральний прокурор України призначається Президентом України за згодою Верховної Ради України, що, звичайно, потребує підтримки від тієї сили, яка має в парламенті ситуативну більшість (коаліцію), а відтак і майбутнього Генерального прокурора України просуває саме ця політична сила, яка, звичайно, підтримується Президентом України. Тому вважаємо, що посада Генпрокурора має бути вписана в Законі як політична та доповнена відповідними критеріями його професійності.

Прокурори, що перебувають на адміністративних посадах, здійснюють у межах своєї компетенції заходи виховного впливу шляхом прийняття управлінських, кадрових рішень, обернених у форму наказу, розпорядження, вказівки тощо. Саме завдяки заходам виховного впливу можна домогтися сумлінності, відповідальності, принциповості та неупередженості працівників прокуратури під час виконання службових обов'язків (п. 18.5. наказу Генерального прокурора України «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України» № 2 від 15 вересня 2014 року) [12]. Щодо науково-педагогічних працівників та осіб, що навчаються в НАПУ, то, як ми вже раніше зазначили, вони теж у певній мірі є суб'єктами виховної діяльності у межах навчально-виховного процесу. Основним суб'єктом виховної діяльності в Національній академії прокуратури України є її ректор, який безпосередньо здійснює управління діяльністю зазначеного закладу. Права, обов'язки та відповідальність ректора визначаються законодавством (ч. 1 ст. 34 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.) і Статутом НАПУ). Ректор НАПУ діє лише в межах наданих йому повноважень (ч. 3 ст. 34 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.) та Статутом НАПУ (2008 р.)).

Завідувач кафедри, як суб'єкт виховної діяльності, забезпечує організацію освітнього процесу, виконання навчальних планів і програм навчальних дисциплін, здійснює контроль за якістю викладання навчальних дисциплін, навчально-методичною та науковою діяльністю викладачів (ч. 7 ст. 35 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.)). Щодо кафедр НАПУ, як базових структурних підрозділів Академії, то у п. 7.31. Статуту НАПУ чітко вписано, що вони проводять, окрім навчально-методичної

та наукової, ще й виховну роботу [6]. Мається на увазі здійснення виховного впливу на поведінку осіб, які навчаються в НАПУ (студенти, слухачі, аспіранти та докторанти). Вчена рада, як суб'єкт виховної діяльності, є колегіальним органом управління НАПУ та, відповідно, у межах виховної діяльності (ч. 2 ст. 36 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.) та Статутом НАПУ (2008 р.)). Науково-педагогічні працівники вищого навчального закладу (у нашому випадку – професорсько-викладацький склад НАПУ) у межах виховної діяльності зобов'язані дотримуватися норм педагогічної етики, моралі, поважати гідність осіб, які навчаються у вищих навчальних закладах, прищеплювати їм любов до України, виховувати їх у душі українського патріотизму і поваги до Конституції України та державних символів України (п. 3 ч. 1 ст. 58 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.)).

У цьому контексті варто згадати й про не менш важливого суб'єкта виховної діяльності – кураторів навчальних груп. В НАПУ такі куратори добираються з числа професорсько-викладацького складу, оскільки наявний педагогічний досвід дозволяє цим особам здійснювати ефективний виховний вплив на осіб, які навчаються в Академії. Вважаємо, що кандидатури кураторів в обов'язковому порядку мають бути погоджені з відділом кадрів та психологом НАПУ. Адже психолог здатен визначити, чи наявні та розвинені у такого кандидата виховні здібності, а також чи є він психологічно сумісний як наставник до підшефного.

Куратор, як наставник навчальної групи, має бути здатним передавати свій досвід, навчати і виховувати підшефних в ході спільної діяльності, планувати і контролювати їхню діяльність, успішно спілкуватися з підшефними, надавати їм приклад словом і ділом, мати міцні знання в галузі тих нормативних документів, якими керується служба, в якій він працює, добрі навички володіння необхідними озброєнням, спецзасобами та технікою, що використовуються в службовій діяльності, належно взаємодіяти з керівництвом, товаришами по службі, колегами з інших служб, підлеглими [13, с. 78].

Вищезазначені повноваження кураторів навчальних груп характерні і для ветеранів органів прокуратури, що інколи залучаються до організаційних, святкових заходів НАПУ, а відтак їх доцільно розглядати як суб'єктів виховної діяльності. Таке положення цілком узгоджується з п. 18.3 наказу Генерального прокурора України «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України» № 2 від 15 вересня 2014 року, де вписано, що до виховної роботи слід залучати ветеранів органів прокуратури, практикуючи запрошення їх до виступів на заняттях у Школі молодого спеціаліста, науково-практичних семінарах та конференціях [12]. На думку В. Кельби, спілкування, зустрічі з ветеранами, що проводяться у межах позанавчальних заходів з метою виховання професійної мотивації осіб, що навчаються, сприяють росту професійної спрямованості [14, с. 90, 91].

До речі, особи, які навчаються в НАПУ, також можуть виступати суб'єктами виховної діяльності. Відповідно до ч. 1 ст. 61 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.) їх можна диференціювати на здобувачів вищої освіти та інших осіб, які навчаються в НАПУ. Згідно з ч. 2 ст. 61 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.) здобувачами вищої освіти в НАПУ є: студент – особа, зарахована до вищого навчального закладу з метою здобуття вищої освіти ступеня бакалавра чи магістра; аспірант – особа,

зарахована до вищого навчального закладу (наукової установи) для здобуття ступеня доктора філософії; докторант – особа, зарахована або прикріплена до навчального закладу для здобуття ступеня доктора наук. Щодо інших осіб, які навчаються в НАПУ, то вони є слухачами – особи, які періодично навчаються в межах підвищення рівня своєї кваліфікації, або отримують додаткові чи окремі освітні послуги, у тому числі за програмами післядипломної освіти (ч. 3 ст. 61 Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.)).

Варто наголосити, що зазначені учасники навчального (освітнього) процесу набувають статусу суб'єктів виховної діяльності лише у разі здійснення ними функцій, пов'язаних із здійсненням виховного впливу. Наприклад, аспіранти та докторанти – при виконанні педнавантаження, а студенти – під час здійснення функцій у межах студентського самоврядування чи культурно-спортивної діяльності. Враховуючи те, що колектив академічної групи є елементом у системі факторів, які мають безпосередній вплив на процес становлення майбутнього фахівця, слід розглядати ефективність та результативність виховного процесу в прямій залежності від рівня соціальної зрілості студентського колективу, його активності як суб'єкта виховання, що впливає із загальної закономірності значущості колективу у виховній системі суспільства [15, с. 50].

Тепер варто розглянути об'єкти виховної діяльності, що мають іманентну специфіку стосовно функціонування органів прокуратури України. Отже, об'єкти виховної діяльності можна розділити на категорії: учасники правозастосовної діяльності, процесу (свідки, підозрювані, обвинувачені, засуджені, відповідачі, позивачі, адвокати, судді та прокурорські працівники), науково-педагогічні працівники НАПУ, особи, які навчаються в НАПУ, якщо до вказаних осіб застосовуються кадрові, управлінські, організаційні, навчальні заходи (система стягнень та заохочень, атестаційні, кваліфікаційні, дисциплінарні комісії, лекції, семінари, стажування, підвищення кваліфікації тощо).

**Висновки.** Правовий статус суб'єктів виховної діяльності в органах прокуратури України потребує нормативно-правового та науково-прикладного вдосконалення, оскільки його хаотичний, лише частково регламентований характер обмежує здійснення ефективних заходів виховної діяльності в реалізації основних (наглядова, представницька, обвинувальна, слідча) та забезпечувальних (управлінська та кадрова) функцій прокуратури. Щодо специфіки правового статусу прокурорських працівників як суб'єктів виховної діяльності, то варто зазначити, що останні можуть виступати як суб'єктами, так і об'єктами виховної діяльності залежно від виконання покладених на них завдань. Перспективними вбачаються напрями розробки спеціальних методик, програм у межах реалізації забезпечувальної виховної функції органів прокуратури України.

### Список використаної літератури

1. Петришин О. В. Статус службової особи : природа, структура, спеціалізація / О. В. Петришин. – К. : УНКВО, 1990. – 76 с.
2. Дерев'янка В. В. Організаційно-правові засади роботи з кадрами в органах прокуратури України : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / В. В. Дерев'янка. – К., 2012. – 237 с.
3. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : чинне законодавство від 19 листопада. – К., 2012. – 382 с.
5. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>.
6. Статут Національної академії прокуратури України : схвалено Вченою радою Національної академії прокуратури України від 31 січня 2008 р. (протокол № 1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.akademia.gp.gov.ua>.
7. Грицаєнко Л. Р. Прокурорська діяльність в Україні у світлі сучасного світового досвіду : [монографія] / Л. Р. Грицаєнко. – Вінниця : Державна картографічна фабрика, 2009. – 576 с.
8. Озерський І. В. Правові та психологічні засади прокурорської діяльності : дис. доктора юрид. наук : спец. 19.00.06 / І. В. Озерський. – К., 2011. – 664 с.
9. Про прокуратуру : Закон України від 5 лист. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – С. 793.
10. Азаров Ю. І. Кримінально-процесуальне право України : [навч. посіб.] / Ю. І. Азаров, С. О. Заїка, В. Г. Фатхутдінов. – К. : КУТЕП, 2008. – 430 с.
11. Поліщук В. Реформування досудового слідства в органах прокуратури / В. Поліщук // Вісник прокуратури. – 2003. – № 5(23). – С. 76—83.
12. Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України № 2 від 15 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=94102](http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102).
13. Бовыкин В. И. Новый менеджмент: (управление предприятиями на уровне высших стандартов: теория и практика эффективного управления). – М. : ОАО Издательство «Экономика», 1997. – 368 с.
14. Кельба В. Г. Виховання професійних якостей у майбутніх офіцерів оперативно-розшукових органів прикордонних військ України : дис. канд. пед. наук : спец. 20.02.02 / В. Г. Кельба. – Хмельницький, 2002. – 219 с.
15. Бондаренко О. В. Адміністративно-правові засади виховної діяльності вищих навчальних закладів України : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. В. Бондаренко. – Херсон, 2012. – 203 с.



УДК 342.951:351.749(477)

## ЗАДАЧИ И ФУНКЦИИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ МИЛИЦИИ ОБЩЕСТВЕННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ОСОБОГО НАЗНАЧЕНИЯ В УКРАИНЕ

Виктория МОШЕНСКАЯ,  
соискатель

Харьковского национального университета внутренних дел

### SUMMARY

The analysis of theoretical concepts and administrative and legal regulation of the tasks and functions of special purpose subdivisions of public safety police is made; their main characteristics, essence and purpose are determined; as well as priority directions of improving the status of these police units of special purpose are grounded. The author believes that for rational organization and effective functioning of divisions of public safety police of special purpose significant importance becomes coherent and detailed legal expression of their goals, objectives, functions and responsibilities, taking into account the nature of these police divisions, the possibilities for their activities and the real needs in the implementation of law enforcement functions of the state.

**Key words:** tasks, functions, police subdivisions of special purpose, crime prevention, public order, special operations.

### АННОТАЦИЯ

В статье выполнен анализ теоретических положений и административно-правового регулирования задач и функций подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, определены их основные черты, сущность и значение, а также обоснованы приоритетные направления совершенствования статуса данных специальных подразделений милиции. Автор считает, что для рациональной организации и эффективного функционирования подразделений милиции общественной безопасности особого назначения существенное значение приобретает последовательное, согласованное и детальное правовое выражение их целей, задач, функций и полномочий с учетом природы данных спецподразделений милиции, возможностей обеспечения их деятельности и реальных потребностей в реализации правоохранительной функции государства.

**Ключевые слова:** задачи, функции, подразделения милиции особого назначения, предупреждение правонарушений, общественный порядок, специальные операции.

**Постановка проблемы.** Деятельность подразделений милиции общественной безопасности особого назначения направлена на обеспечение общественного порядка и безопасности, проведение специальных операций, а также выявление, предотвращение и прекращение правонарушений. С этой целью на них возложен целый комплекс правоохранительных задач и функций в соответствии с потребностями правоохраны, характером и способами преступных посягательств, возможностями и средствами противодействия преступности. В то же время сегодня задачи и функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения в основном проявляют недостаточный уровень правовой определенности, детализации и согласованности, что только затрудняет понимание сущности и границ реальных полномочий данных спецподразделений милиции и их практическую реализацию. Следовательно, в контексте совершенствования организации деятельности подразделений милиции общественной безопасности особого назначения и усматриваются актуальные вопросы их задач и функций.

Отметим, что отдельные аспекты направлений деятельности и компетенции специальных подразделений милиции ранее уже рассматривались в работах таких ученых, как С.А. Буткевич, В.Ю. Кривенда, А.С. Проневич, С.А. Шатрава и другие. Вместе с тем такие исследования раскрывают только некоторые вопросы правоохранительных целей, задач и функций специальных подразделений милиции, достаточно и комплексно не раскрывая особенности направлений деятельности именно современных подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, тем более в нынешних общественно-политических реалиях Украины.

Именно поэтому целью нашей работы является анализ теоретических положений и административно-правового регулирования задач и функций подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, определение их основных черт, сущности и значения, а также обоснование приоритетных направлений совершенствования статуса данных спецподразделений милиции.

**Изложение основного материала.** Отметим, что развернутая характеристика задач и функций подразделений милиции общественной безопасности особого назначения в первую очередь нуждается в определении сущности и соотношении задач и функций как правовых категорий и составляющих статуса органов внутренних дел и их отдельных подразделений. Так, согласно одному из подходов функции, по сути, отождествляются с основными направлениями деятельности, в частности, определяясь первоосновой государственной деятельности, что существенно обуславливает конкретные цели и задачи [1]. Функции органов внутренних дел А.Н. Бандурка предлагает определять как совокупность способов, методов, приемов и действий, с помощью которых выполняются задачи и достигаются цели органов внутренних дел [2, с. 83]. По поводу вышеприведенных определений следует сразу заметить некоторые различия в понимании первичности функций или задач. С другой стороны, функции имеют во многом подобно задачам общелексические определения, например, под функцией понимается обязанность, круг деятельности, назначение и роль [3, с. 1552]; а под задачей – объем работы и цель [3, с. 378]. Однако все же отождествление данных понятий представляется слишком упрощенным подходом, что оставляет открытым вопрос



разграничения целей и направлений деятельности подразделений милиции общественной безопасности особого назначения.

Понимание задач органов публичной власти тесно связано с понятием цели их деятельности, в которой задачи нередко непосредственно сравниваются. По этому поводу В.Ю. Кривенда [4] отмечает, что общая цель деятельности милиции общественной безопасности, как и любого органа, конкретизируется в ее задачах, которые являются важным условием достижения цели. Это обусловлено тем, что задачи так же, как и цель, олицетворяют желаемый результат определенного процесса, хотя и в несколько более конкретизированном, развернутом виде, раскрывая отдельные аспекты общей цели. По своей сути задачи подразделений милиции общественной безопасности особого назначения составляют детализированные цели, сформулированные в рамках единой цели.

Относительно функций, то стоит согласиться с В.Ф. Погорилко в том, что они являются «наиболее общими и постоянными направлениями или видами» деятельности [5, с. 9]. В частности, такое определение функций позволяет их содержательно отличать от полномочий, которые представляют собой сформулированные в пределах функций уже более конкретные практические направления деятельности подразделений милиции общественной безопасности особого назначения по реализации их целей и задач. Зато функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения дают лишь абстрактное понимание направлений их влияния и прежде всего характеризуют природу, содержание и сущность такой деятельности.

Заметим, что задачи и функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения являются взаимообусловленными. Задачи отражают потребности (общественный интерес) обеспечения правопорядка и защиты прав граждан, а функции обобщенно раскрывают сущность направлений деятельности по реализации таких общественных интересов. В определенной степени функции действительно выступают «средством (инструментом) для решения задач и достижения целей» [6], однако, учитывая и то, что сама природа подразделений милиции общественной безопасности особого назначения как специальных подразделений милиции предопределяет круг присущих именно им типичных функций, осуществление которых может быть эффективным для достижения лишь определенной группы задач.

Итак, задачи подразделений милиции общественной безопасности особого назначения представляют собой объективно обусловленные цели, положенные в основу их функций и определяющие общую направленность деятельности. В свою очередь функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения являются объективно обусловленными общими основными направлениями их деятельности, которые характеризуют ее содержание, детализируются в компетенции и определяют пути и средства реализации задач данных специальных подразделений милиции.

Практика нормативно-правового регулирования статуса органов публичной власти в Украине проявляет преобладающее отсутствие четкого разграничения их задач, функций и полномочий, влечет дублирование и несоответствие друг другу, неурегулированность задач и/или функций, ложное обозначение полномочий как задач или функций и тому подобное. В частности, как отмечает С.Г. Серегина [7, с.56],

по сравнению с компетенцией функции органов публичной власти «урегулированы правом частично и нередко выводятся из содержания компетенции». Что касается специальных подразделений милиции (основанных Приказом МВД Украины от 28 февраля 2014 г. № 153), прежде всего следует обозначить полное отсутствие правового регулирования их задач и функций до реорганизации в подразделения милиции общественной безопасности особого назначения (Приказ МВД Украины от 14 июля 2014 г. № 665) и утверждения Положения об этих подразделениях милиции (Приказ МВД Украины от 8 мая 2014 г. № 447 [8]).

Однако и в названном Положении на уровне с правовым понятием «задач» и «обязанностей» остались нормативно неурегулированными цель и функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, что не позволяет говорить о единстве и целостности их функциональной основы. К тому же не слишком развернутый перечень «задач» данных спецподразделений милиции (Раздел 2 Положения от 8 мая 2014 г.) в действительности содержит не только задачи, но и их отдельные функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения. Задачи и функции должны быть воплощением цели деятельности этих специальных подразделений милиции. Их задачи и функции также неразрывно связаны и детализировано отражают задачи и функции милиции общественной безопасности, органов внутренних дел и правоохранительной системы Украины в целом.

Одной из первых задач подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, что следует из их самой правоохранительной сущности, следует назвать предусмотренное п. 2.1 Положения от 8 мая 2014 г. [8] «обеспечение личной безопасности граждан, защита их прав и свобод, законных интересов». Данная задача является базовой для всех органов внутренних дел (ст. 2 Закона Украины от 20 декабря 1990 г. № 565-ХІІ [9]), соответственно, любые их действия должны приоритетно направляться на охрану и защиту жизни и здоровья граждан, их прав и интересов от реальных или потенциальных противоправных посягательств. Поэтому мы не можем согласиться с предложенным В.Ю. Кривендой [4] в ч. 3 ст. 15 законопроекта от 18 января 2008 г. № 1376 [10] сужением такой задачи милиции общественной безопасности только до «обеспечения личной безопасности граждан», поскольку именно охрана и защита прав и интересов граждан (вместе с обеспечением правопорядка и законности) прямо составляет содержание правоохранительной функции государства, а значит и деятельности ее правоохранительных формирований. При этом, в отличие от Государственной службы охраны при МВД Украины и Управления государственной охраны Украины, для подразделений милиции общественной безопасности особого назначения обеспечение безопасности граждан, защита их прав, свобод и законных интересов выступают не столько конкретно определенными полномочиями, как одними из генеральных задач, что должно воплощаться во всех аспектах деятельности.

К главным задачам подразделений милиции общественной безопасности особого назначения следует относить обеспечение общественного порядка и общественной безопасности в условиях повышенной опасности. Эта задача предполагает комплексное противодействие различных подразделений милиции широкому спектру специфических общественно опасных (вредных) и дерзких противоправных посягательств, имеющих место в общественных местах и во время массовых мероприятий, а также созда-

ющих опасность для жизни и здоровья граждан, сохранности имущества или нормальной деятельности предприятий, учреждений и организаций. В рамках указанной задачи подразделений милиции общественной безопасности особого назначения функционально прежде всего призваны обеспечить (превентивную или реальную) силовую поддержку другим подразделениями милиции в охране общественного порядка и общественной безопасности, выявлении и задержании правонарушителей (в том числе вооруженных), прекращении террористической деятельности и тому подобное.

Учитывая назначение данных спецподразделений милиции и их принадлежность именно к милиции общественной безопасности, считаем, что их задача должна формулироваться не только как «охрана и обеспечение общественного порядка» (ст. 2 Закона Украины от 20 декабря 1990 г. № 565-ХІІ [9]), но одновременно включать и обеспечение общественной безопасности. Такой подход в целом уже нашел отражение в п. п. 2.3, 2.4 действующего Положения от 8 мая 2014 г. [8]. Целостность и содержательное единство этой задачи обуславливается неразрывной взаимосвязью общественного порядка и общественной безопасности, в соответствии с чем, как отмечает А.М. Подолянина [11, с. 59], укрепление общественного порядка напрямую влияет на состояние общественной безопасности и, наоборот, ее усиление составляет важное условие обеспечения общественного порядка в Украине.

Базовой задачей органов внутренних дел Украины, в том числе и подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, является выявление, предотвращение и прекращение правонарушений (п. п. 2.2, 2.5 Положения от 8 мая 2014 г. [8], ст. 2 Закона Украины от 20 декабря 1990 г. № 565-ХІІ [9]). В общем, подобную задачу одновременно отражают не только цели функционирования подразделений милиции, а и ключевые направления их правоохранительной деятельности. Заметим, что деятельность подразделений милиции общественной безопасности особого назначения в соответствии с их специализацией, организацией, подготовкой и обеспечением прежде всего направлена на противодействие в сложных условиях особо опасным правонарушениям в сфере общественного порядка и общественной безопасности, хотя спецподразделения милиции должны адекватно реагировать и на любые другие правонарушения. При этом мы должны несколько не согласиться с предложенным ч. 3 ст. 15 законопроекта от 18 января 2008 г. № 1376 [10] сведением такой задачи только к профилактике правонарушений. По нашему мнению, деятельность специальных подразделений милиции (в основу которой положен силовой компонент) главной мерой сфокусирована именно на прекращении соответствующих правонарушений (например, прекращении массовых беспорядков, освобождении заложников, ликвидации незаконных вооруженных формирований), в результате чего уже и обеспечивается предотвращение новых подобных правонарушений.

Как отдельное задание подразделений милиции общественной безопасности особого назначения сегодня также следует выделять проведение специальных (в частности, антитеррористических операций), повышенная актуальность чего обусловлена существенными террористическими угрозами со стороны незаконных вооруженных формирований и фактически иностранной вооруженной агрессией на востоке Украины, начиная с весны 2014 года и по настоящий день. Именно продолжительность, интен-

сивность и уровень террористической угрозы позволяет рассматривать проведение специальных (антитеррористических) операций не только как одно из текущих направлений деятельности специальных подразделений милиции, но и как их самостоятельное задание. Подразделения милиции общественной безопасности особого назначения играют ведущую роль в непрерывной широкомасштабной антитеррористической операции, не только обеспечивая общественный порядок и общественную безопасность в зоне антитеррористической операции, но и нередко непосредственно осуществляя мероприятия по задержанию подозреваемых, освобождению заложников, нейтрализации незаконных военизированных групп и тому подобное. Поэтому вполне логичным видится тесная связь проведения специальных операций подразделениями милиции общественной безопасности особого назначения с другими их задачами по обеспечению безопасности и защите прав граждан, предупреждению и прекращению правонарушений.

Кроме того, подразделения милиции общественной безопасности особого назначения также принимают участие в реализации других общих задач органов внутренних дел, определенных ст. 2 Закона Украины от 20 декабря 1990 г. № 565-ХІІ [9]. Во-первых, это участие в розыске лиц, совершивших уголовные правонарушения, что в то же время содержательно является скорее функцией (конкретным проявлением деятельности), чем задачей спецподразделений милиции. Во-вторых, это защита собственности от противоправных посягательств и содействия законной деятельности государственных органов, предприятий, учреждений и организаций. При этом, по нашему мнению, перечисленные задачи по своей сути являются дополнительными для подразделений милиции общественной безопасности особого назначения и должны рассматриваться в первую очередь в контексте их основных задач. Так, защита собственности является элементом защиты прав граждан и предупреждения правонарушений, а обеспечение общественного порядка и общественной безопасности в целом способствует нормальной деятельности государственных органов, предприятий, учреждений и организаций.

Как выше нами уже отмечалось, функции подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, несмотря на отсутствие их комплексного правового определения, частично отражаются в перечне задач данных спецподразделений милиции, закрепленном разделом 2 Положения от 8 мая 2014 г. [8]. Так, прежде всего как функция данных специальных подразделений милиции может быть определено предотвращение, выявление и прекращение правонарушений, что выше включается нами и в перечень их задач. Это обусловлено основополагающим значением предупреждения, выявления и прекращения правонарушений как конкретных направлений правоохранительной деятельности, которые проявляются в функционировании подразделений милиции общественной безопасности особого назначения (обеспечение общественного порядка, содействие обеспечению режима военного положения и так далее).

Как функцию данных специальных подразделений милиции также выделим охрану общественного порядка во время проведения массовых мероприятий (собраний, митингов, шествий, демонстраций и так далее). Сейчас указанное направление деятельности п. 2.4 Положения от 8 мая 2014 г. [8] отнесено к задачам подразделений мили-

ции общественной безопасности особого назначения. В действительности же охрана общественного порядка во время проведения массовых мероприятий является лишь одним из средств (путей) реализации их общей задачи по обеспечению общественного порядка. Однако именно сложные условия охраны общественного порядка во время массовых мероприятий, содержащие повышенные риски совершения массовых беспорядков, групповых и хулиганских правонарушений, а также затрудняющие оперативное выявление и задержание правонарушителей, непосредственно нуждаются в привлечении профессионально подготовленных подразделений милиции общественной безопасности особого назначения.

Ряд функций спецподразделений милиции связан с их задачей по проведению специальных (антитеррористических) операций. В частности, речь идет о деятельности по розыску и задержанию подозреваемых, вооруженных и других опасных преступников; освобождению заложников; прекращении террористической деятельности и деятельности незаконных военизированных или вооруженных формирований, организованных групп и преступных организаций на территории Украины (п. 2.6 Положения от 8 мая 2014 г. [8]). Подобная развернутая формулировка данных направлений деятельности подразделений милиции общественной безопасности особого назначения позволяет их рассматривать не только как функции, но одновременно и как вполне конкретные полномочия спецподразделений милиции.

Эффективная (полная, оперативная, с минимальными потерями) нейтрализация вооруженных и опасных преступников и их преступных формирований может осуществляться только квалифицированными правоохранительными структурами, одними из которых и являются подразделения милиции общественной безопасности особого назначения. Специфика их деятельности проявляется не только в повышенной опасности преступников и применении ими и правоохранителями различного оружия (в том числе военной техники), а и в важности слаженности действий подразделений милиции общественной безопасности особого назначения с другими правоохранительными органами и подразделениями.

Отметим, что ч. 1 ст. 7 Закона Украины «О милиции» от 20 декабря 1990 г. № 565-ХІІ [9] предусмотрено выполнение органами внутренних дел административной, профилактической, оперативно-розыскной, уголовно-процессуальной, исполнительной и охранной функций.

Согласно цели и организации подразделений милиции общественной безопасности особого назначения ними непосредственно осуществляется административная и профилактическая функции. Административная функция имеет управленческий, исполнительно-распорядительный и подзаконный характер и прежде всего проявляется в обеспечении спецподразделениями милиции (в том числе путем применения мер государственного принуждения) соблюдения правовых предписаний по вопросам общественного порядка и общественной безопасности, прекращения правонарушений в этой сфере. В свою очередь, профилактическая функция логично сводится к предотвращению спецподразделениями милиции разнообразных правонарушений, а также в определенной степени выявлению и устранению их причин и условий. Кроме того, наряду с административной и профилактической функциями С.А. Шатрава к общим направлениям деятельности специальных подразделений милиции от-

носит еще и оперативно-розыскные и охранные [12]. По нашему мнению, подразделения милиции общественной безопасности особого назначения, обеспечивая охрану и поддержание общественного порядка, не осуществляют собственно охранную функцию, что на договорных началах выполняется другим специальным подразделением милиции охраны «Титан».

Несколько неоднозначным является вопрос осуществления подразделениями милиции общественной безопасности особого назначения оперативно-розыскной функции. С одной стороны, в компетенцию данных спецподразделений милиции относится розыск и задержание преступников, освобождение заложников и нейтрализация незаконных вооруженных формирований, осуществление чего, очевидно, может быть связано с соответствующими оперативно-розыскными мероприятиями. С другой стороны, ст. 5 профильного Закона Украины от 18 февраля 1992 г. № 2135-ХІІ не относит любые подразделения милиции общественной безопасности в число субъектов оперативно-розыскной деятельности и содержит запрет проведения оперативно-розыскной деятельности прямо законодательно неопределенными правоохранительными подразделениями.

В научной литературе помимо основных функций милиции общественной безопасности также предлагается выделять еще и их обеспечительные функции и функции общего руководства [13, с. 18]. С важностью данных направлений деятельности (предусматривающих создание надлежащих организационных, информационно-аналитических, кадровых, материально-финансовых и других условий) для эффективного, оперативного и слаженного функционирования подразделений милиции общественной безопасности особого назначения бесспорно следует согласиться. Также данные специальные подразделения милиции осуществляют и традиционные базовые функции органов государственной власти, к которым В.Б. Аверьянов относит «прогнозирование, планирование, организацию, управление, регулирование, координацию, учет, контроль» [14, с. 110]. Однако, по нашему мнению, руководство, организация и обеспечение деятельности подразделений милиции общественной безопасности особого назначения имеют преимущественно внутренний характер и выступают не столько самостоятельными функциями, как необходимой сопутствующей составляющей их деятельности по реализации основных задач и функций.

**Выводы.** Таким образом, задачи и функции являются одними из главных аспектов статуса подразделений милиции общественной безопасности особого назначения, которые определяют цели, общую направленность и основные направления их деятельности по предупреждению, выявлению и прекращению правонарушений, охраны общественного порядка во время проведения массовых мероприятий, нейтрализации вооруженных и опасных преступников и их преступных формирований. Для рациональной организации и эффективного функционирования подразделений милиции общественной безопасности особого назначения существенное значение приобретает последовательное, согласованное и детальное правовое выражение их целей, задач, функций и полномочий с учетом природы данных спецподразделений милиции, возможностей обеспечения их деятельности и реальных потребностей в реализации правоохранительной функции государства.

**Список использованной литературы**

1. Теория государства и права : [учебник] / А.Г. Бережнов и др. ; ред. М.Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2004. – 785 с.
2. Бандурка О.М. Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення / О.М. Бандурка. – Х. : Основа, 1996. – 398 с.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун» – 2005. – 1728 с.
4. Кривенда В.Ю. Форми і методи діяльності міліції громадської безпеки в сучасних умовах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / В.Ю. Кривенда ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2009. – 18 с.
5. Погорілко В.Ф. Функції Української держави та їх правові основи / В.Ф. Погорілко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 1. – С. 9–17.
6. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права : [підручник] / [М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко, І.В. Бенедик, І.О. Биля-Сабаш, Л.Л. Богачова] ; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584 с.
7. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [підручник] / [І.І. Бодрова, С.В. Болдирєв, В.О. Величко та ін.] ; за ред. С.Г. Серьогіної. – 2-ге вид. переробл. та доповн. – Х. : Право, 2011. – 360 с.
8. Про затвердження Положення про підрозділи міліції громадської безпеки особливого призначення : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 8 травня 2014 р. № 447 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 37. – Ст. 1006.
9. Про міліцію : Закон України від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.
10. Про органи внутрішніх справ України : Проект Закону України від 18 січня 2008 р. реєстр. № 1376 (поданий народним депутатом України Г.Г. Москалем) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=31401&pf35401=115146>.
11. Подоляка А. Громадський порядок: сутність, поняття та форми забезпечення / А. Подоляка // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 2. – С. 54–60.
12. Шатрава С.О. Адміністративно-правові засади діяльності спеціальних підрозділів міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / С.О. Шатрава ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2007. – 20 с.
13. Головін А.П. Адміністративно-правове регулювання діяльності міліції громадської безпеки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / А.П. Головін ; Нац. акад. внутр. справ України. – К., 2004. – 217 с.
14. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.



УДК 342.9

## ФІЗИЧНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКИ ТА БАНКІВСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Сергій НАДОБКО,

здобувач кафедри державно-правових дисциплін юридичного факультету  
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

### SUMMARY

The scientific article is devoted to research and the characteristic of concept of "natural person" as subject of administrative responsibility for violation of the legislation on banks and bank activity. Taking into account the last scientific researches and the current legislation of Ukraine the analysis of the conceptual and categorial device becomes, types of the natural persons who are subjects of administrative responsibility for violation of the legislation on banks and bank activity taking into account their special administrative legal statuses are allocated and also differentiation between concepts "place-holder" and "service person" as special subjects of administrative responsibility is carried out. The author offers definition of concept of "natural persons", also the conclusion about need of modification of the existing administrative legislation of Ukraine is drawn.

**Key words:** natural person, subject of administrative responsibility, legislation on banks and bank activity, place-holder, service person.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню та характеристиці поняття «фізичної особи» як суб'єкта адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність. З урахуванням останніх наукових досліджень та чинного законодавства України проведено аналіз понятійно-категоріального апарату, виокремлено різноманітні види фізичних осіб, які є суб'єктами адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність з урахуванням їх спеціальних адміністративно-правових статусів, а також проводиться розмежування між поняттями «посадової» та «службової особи» як спеціальних суб'єктів адміністративної відповідальності. Автором пропонується визначення поняття «фізичних осіб», а також робиться висновок про необхідність внесення змін до чинного адміністративного законодавства України.

**Ключові слова:** фізична особа, суб'єкт адміністративної відповідальності, законодавство про банки та банківську діяльність, посадова особа, службова особа.

**Постановка проблеми.** Питання, пов'язані із притягненням до адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, набувають усе більшої актуальності з розвитком ринкових відносин усередині держави, а також широким розвитком банківської сфери та надання банківських послуг. Проте проблеми, що виникають під час визначення суб'єктів адміністративних правопорушень, залишаються актуальними внаслідок недостатньої кількості як наукових здобутків, так і наявності прогалин у чинному законодавстві України.

Поняття фізичної особи в науці адміністративного права залишається не зовсім обґрунтованим та визначеним. Зокрема, дослідженню адміністративної відповідальності фізичних осіб було присвячено низку наукових праць, де суб'єктами адміністративної відповідальності досліджувалися як фізичні особи загалом (Є.С. Герасименко, О.В. Д'яченко, М.А. Грибанова), так і окремі їх категорії: керівники підприємств (Л.Є. Кисіль, О.М. Охотнікова), посадові особи (П.М. Білий, А.С. Васильєв, С.В. Ващенко, Д.О. Заплешніков, М.С. Студенкіна), підприємці (А.С. Васильєв, Є.В. Додін, В.М. Туманов), проте особливості правового статусу фізичних осіб як суб'єктів адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність науковцями не розглядалися, що зрештою негативно відобразилось на процесі наукового дослідження вказаної проблематики. Відсутніми є також комплексні дослідження з приводу визначення тих

категорій фізичних осіб, які підлягають адміністративній відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, нез'ясованими залишаються питання їх правового статусу, що так чи інакше впливає на можливість накладення адміністративних стягнень у кожному конкретному випадку.

Отже, **метою статті** є визначення правового статусу суб'єктів адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, дослідження та виокремлення тих осіб, які можуть бути суб'єктами адміністративних правопорушень, а також пізнання кожної окремої категорії фізичних осіб із метою дослідження можливості їх притягнення до адміністративної відповідальності.

**Виклад основного матеріалу.** Аналіз статей Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) дає можливість виокремити такі категорії суб'єктів адміністративної відповідальності, які можуть бути притягнуті до адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність:

1. Фізична осудна особа, яка на момент вчинення адміністративного правопорушення досягла 16-ти річного віку (ст. ст. 162, 163-12, 164, 166-7 КУпАП).

2. Громадяни України, які постійно проживають на території України, у тому числі ті громадяни, які тимчасово перебувають за кордоном (ст. ст. 162-2, 163-12 КУпАП).

3. Громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності (ст. 162-2 КУпАП).

4. Посадові особи (ст. 163-12 КУпАП); посадові особи банківських установ (ст. 163-14, 166-5, 166-8, 166-20 КУпАП); посадові особи емітента цінних паперів (ст. 163 КУпАП); посадові особи Центрального депозитарію цінних паперів, Національного банку України, а також депозитарної установи (ст. 163-10 КУпАП), а також посадові особи небанківської фінансової установи, що має ліцензію Національного банку України (ст. 163-13 КУпАП).

5. Службові особи підприємства, установи чи організації, незалежно від форми власності (ст. 162-1 КУпАП); службові особи підприємств, установ, організацій, які є відповідальними за додержання порядку відкриття та/або використання валютних рахунків юридичних осіб за межами України (ст. 162-2 КУпАП).

6. Особи, які здійснюють господарську діяльність без створення юридичної особи (ст. 163-12 КУпАП); особи, які здійснюють господарську діяльність без створення юридичної особи, на яких покладено забезпечення повернення з-за кордону валютної виручки або інших матеріальних цінностей (ст. 162-1 КУпАП).

7. Особи, що діють за дорученням службових осіб підприємств, установ, організацій, які є відповідальними за додержання порядку відкриття та/або використання валютних рахунків юридичних осіб за межами України (ст. 162-2 КУпАП).

8. Власники емітента цінних паперів та уповноважені ним особи (ст. 163 КУпАП) [1].

Чинне адміністративне законодавство не містить визначення поняття «суб'єкта адміністративного правопорушення» і такого терміну не вживає [2, с. 343]. Зрештою, значна кількість наукових праць присвячена визначенню суб'єкта адміністративного правопорушення загалом, тобто створенню єдиного поняття та виокремлення його суттєвих ознак. Зокрема, Л.В. Коваль вважає, що суб'єктом протиправного діяння, а отже, адміністративної відповідальності, є фізична особа – людина в стані дієздатності й осудності [3, с. 211]. На думку А.Т. Комзюк, суб'єкт адміністративного правопорушення – фізична осудна особа, яка досягла на момент учинення проступку віку, з якого настає адміністративна відповідальність [4, с. 78]. В.В. Зуй стверджує, що суб'єктом адміністративного проступку визначається фізична особа, яка досягла на момент учинення адміністративного правопорушення 16-річного віку [5, с. 520]. В.Б. Авер'янов стверджує, що суб'єктами адміністративного проступку є осудні фізичні особи, яким на момент учинення адміністративного правопорушення виповнилось 16 років [6, с. 584]. Л.В. Коваль вважає, що суб'єктом протиправного діяння, а отже, адміністративної відповідальності, є фізична особа – людина у стані дієздатності і осудності [7, с. 136]. Є.С. Герасименко вказував, що «з аналізу як Загальної, так і Особливої частини КУпАП випливає, що закон поділяє суб'єктів адміністративних проступків на громадян та посадових осіб» [8, с. 42].

Більшість позицій науковців зводиться до того, що суб'єктом адміністративної відповідальності, а отже, суб'єктом адміністративного правопорушення, є фізична осудна особа, яка на момент учинення адміністративного правопорушення досягла віку, з якого настає адміністративна відповідальність. Проте підтримуємо думку О.Л. Чернецького, який вважає, що суб'єктом адміністративної відповідальності є особа, яка має всі ознаки суб'єкта адміністративного правопорушення та до якої застосовується одне з адміністративних

стягнень або один із заходів впливу. Відповідно, термін «суб'єкт адміністративної відповідальності» є ширшим за змістом, ніж «суб'єкт адміністративного правопорушення», оскільки особа, яка вчинила адміністративне правопорушення за певних обставин, може бути й не притягнена до адміністративної відповідальності [9, с. 205]. Таким чином, можна стверджувати, що незначна кількість фізичних осіб підлягає адміністративній відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність лише за наявності однієї єдиної умови – досягнення на момент учинення проступку шістнадцятирічного віку, при чому таке положення є загальним для більшості адміністративних правопорушень і знайшло своє закріплення в ст. 12 КУпАП, яка зазначає вік, після досягнення якого настає адміністративна відповідальність, проте досягнення зазначеного віку не означає, що особа на момент вчинення адміністративного проступку могла усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, у зв'язку із чим виділяється ще одна умова – осудність особи на момент вчинення правопорушення.

Адміністративне законодавство не містить визначення поняття «осудності», проте в ст. 20 КУпАП визначено, що неосудність – це певний стан, під час вчинення протиправної дії чи бездіяльності, за якого особа не могла усвідомлювати свої дії або керувати ними внаслідок хронічної душевної хвороби, тимчасового розладу душевної діяльності, слабоумства чи іншого хворобливого стану. Таким чином, поняття осудності – це психічний стан, за якого особа під час вчинення адміністративного правопорушення усвідомлювала значення своїх дій (бездіяльності) та керувала ними. Як зазначає І.В. Федорчак, визначення питання про осудність виникає лише тоді, коли існують певні сумніви щодо здоров'я особи, а також у разі вчинення особою правопорушення. На необхідність вирішення питання про осудність особи впливає той чинник, що осудність є передумовою вини, а без доведення вини неможливо притягнути фізичну особу до адміністративної відповідальності [10, с. 62–65]. Дійсно, за наявності окремих ознак суб'єкт уповноважений розглядати справу про адміністративне правопорушення, зобов'язаний перевірити та надати правову оцінку здатності особи під час учинення адміністративного правопорушення керувати своїми діями та усвідомлювати їх значення, оскільки неосудність особи є особливою підставою звільнення останньої від адміністративної відповідальності.

Таким чином, фізична особа може виступати суб'єктом адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність за наявності двох ознак: перша – досягнення особою на момент учинення адміністративного проступку 16-ти річного віку; друга – осудність особи, яка полягає в можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними.

Проте більшість адміністративних проступків, що вчиняються фізичними особами, вимагає від останньої посади (службові особи, на яких покладено виконання спеціальних функцій; посадові особи підприємств, установ, організацій), а також здійснення окремого виду діяльності (особи, які здійснюють господарську чи підприємницьку діяльність; особи, на яких покладено обов'язок щодо повернення з-за кордону валютної виручки або інших матеріальних цінностей, відкриття та/або використання валютних рахунків юридичних осіб), що дозволяє стверджувати про існування специфічного суб'єкта адміністративної відповідальності – спеціального.

Вважаємо, що для визначення поняття «спеціальний суб'єкт» виникає необхідність дослідження загального поняття, зокрема «фізична особа». На жаль, чинне законодавство у сфері адміністративних правопорушень не містить визначення поняття «фізична особа», а тому виникає необхідність пошуку концептуальних та теоретичних досліджень.

М.Я. Сидор зазначає: «Юридична наука в сучасний період <...> сформулювала досить зрозумілу концепцію, а саме до фізичних осіб <...> належать громадяни України, іноземці та особи без громадянства. Такий постулат є непохитним, і він підтримується більшістю вітчизняних вчених-адміністративістів» [11, с. 276]. Підтвердженням цьому є твердження відомого українського вченого В.Б. Авер'янова, який виділяє серед фізичних осіб три види суб'єктів адміністративного права: громадяни України, іноземці та особи без громадянства [6]. Цілковито погоджуємося з визначеними позиціями та вважаємо, що поняття фізична особа за своїм змістом включає низку категорій: громадяни, іноземці та особи без громадянства, кожна з яких має особливий правовий статус, що випливає з її політико-правової природи.

Громадяни – це фізичні особи, які перебувають у постійному правовому зв'язку з державою, громадянами якої вони є, що знаходить своє відображення у взаємних правах та обов'язках. Громадяни України – це фізичні особи, які перебувають у правовому зв'язку з Україною, що знаходить свій вираз у взаємних правах та обов'язках. Адміністративно-правовий статус громадянина закріплює обсяг і характер його правосуб'єктності, тобто здатності мати адміністративні права та обов'язки (адміністративна правоздатність) та здатність здійснювати юридичні дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення адміністративних прав та обов'язків (адміністративна дієздатність).

До групи осіб, адміністративно-правовий статус яких суттєво відрізняється, належать такі категорії, як іноземці та особи без громадянства. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року в ст. 1 зазначає, що іноземець – це особа, яка не перебуває в громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав, а особа без громадянства – особа, яку жодна держава, відповідно до свого законодавства, не вважає своїм громадянином, тобто іноземцем є кожен, хто не є громадянином України, проте має громадянство (підданство) іншої держави, а особа без громадянства – це особа, яка не є громадянином (підданим) жодної держави [12].

Щодо визначення їх правового статусу в науці адміністративного права існує низка суперечностей. Зокрема, багато вчених визначають їх як особливих суб'єктів, інші – розглядають поряд із фізичними особами. Безумовно, ці дві категорії входять до складу поняття «фізичні особи», проте специфіка полягає в їх особливих правах й обов'язках. КУпАП у ст. 16 визначив, що іноземці й особи без громадянства, які перебувають на території України, підлягають адміністративній відповідальності на загальних підставах із громадянами України. Питання про відповідальність за адміністративні правопорушення, учинені на території України іноземцями, які згідно із чинними законами та міжнародними договорами України користуються імунітетом від адміністративної юрисдикції України, вирішуються дипломатичним шляхом, ідеться насамперед про осіб, які наділені консульським чи ди-

пломатичним імунітетом, які, як правило, не можуть бути суб'єктом адміністративної відповідальності до настання певних юридичних фактів – позбавлення спеціального імунітету. Отже, питання щодо обсягу адміністративної правосуб'єктності іноземців та осіб без громадянства зводиться до того, що всі вони користуються рівними правами та несуть адміністративну відповідальність на рівні з громадянами України, а тому можуть бути суб'єктами адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, у тому числі за порушення правил про валютні операції та вчинення дій, що полягають у протидії тимчасовій адміністрації або ліквідації банку, але вимоги щодо досягнення віку на момент учинення адміністративного правопорушення та осудності за них також поширюються.

Поняття спеціального суб'єкта адміністративної відповідальності відображається крізь призму ознак, які включаються до складу правопорушень законодавства про банки та банківську діяльність, із чого випливає, що спеціальний суб'єкт адміністративного правопорушення і є спеціальним суб'єктом адміністративної відповідальності.

Беручи до уваги концептуальні дослідження вчених-адміністративістів, можна зробити висновок про прагнення останніх систематизувати існуючий спектр різних категорій, що охоплюються поняттям «спеціальний суб'єкт адміністративного правопорушення». У кожному окремому випадку для визначення правового статусу певної категорії беруться насамперед їх класифікуючі ознаки, проте їх правова природа та сутність залишаються поза увагою та потребують комплексного пізнання. Враховуючи той факт, що адміністративній відповідальності властива формалізація ознак спеціальних суб'єктів, адже виконання тих чи інших функцій входить до їх правового статусу та закріплено на законодавчому рівні, наявність вини в діях конкретного суб'єкта, а також самої дії чи бездіяльності як порушення покладених на них обов'язків, що є нормативно-правовим закріпленням та визначенням конкретних дій чи бездіяльності як адміністративного правопорушення, дозволяє стверджувати, що спеціальними суб'єктами адміністративної відповідальності є особи, які наділені розпорядчими повноваженнями, а також здійснюють контрольні функції шляхом виконання службових обов'язків.

Найчисельнішою групою спеціальних суб'єктів адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність є посадові особи.

Законодавець закріплює на законодавчому рівні особливості адміністративної відповідальності посадових осіб, проте не дає визначення самого поняття «посадова особа». Так, відповідно до ст. 14 КУпАП посадові особи підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з недотриманням установлених правил у сфері охорони порядку управління, державного та громадського порядку, природи, здоров'я населення та інших правил, забезпечення виконання яких входить до їх службових обов'язків.

Вважаємо, що особливості адміністративної відповідальності посадових осіб, закріплені в адміністративному законодавстві, не повною мірою відповідають правовій дійсності, оскільки законодавцем визначена специфіка лише щодо посадових осіб, які обіймають посади державних службовців, проте посадові особи, які займають керівні посади в підприємствах, установах, організаціях приватної власності, залишені



поза увагою, що, зокрема, суперечить суб'єктному складу адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, оскільки суб'єктами останньої є не лише державні службовці, але й посадові особи приватного права. З метою повного та всебічного дослідження етимологічного змісту поняття «посадової особи» та виокремлення особливостей її адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність вважаємо за доцільне звернути увагу на сукупність наукових досліджень щодо визначення дефініції «посадова особа» в цілому.

Загальне визначення поняття «посадова особа» закріплено в ст. 2 Закону України «Про державну службу». Так, посадовими особами вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій, тобто законодавець відносить до посадових осіб виключно державних службовців, що не відповідає положенням адміністративного законодавства в частині визначення категорій осіб, які підлягають адміністративній відповідальності, оскільки працівники, які не є державними службовцями, а перебувають на громадській службі, за характером своїх повноважень також належать до складу посадових осіб. При цьому вважаємо за необхідне звернути увагу, на те, що чинний Закон України «Про державну службу» діє до 1 січня 2016 року, у зв'язку з прийняттям нового Закону України «Про державну службу», проте в останньому поняття «посадова особа» взагалі не наводиться, що унеможлиблює існування об'єктивного та законодавчо-закріпленого визначення посадової особи в цілому, адже замість того, щоб ліквідувати існуючі протиріччя та колізії в чинному законодавстві, закріпивши універсальне визначення поняття «посадова особа», законодавець вирішив узагалі не згадувати про останнє, тим самим створивши умови для подальшого існування прогалин у чинному законодавстві України та розробці наукових досліджень, яких на сьогодні існує чимало [13].

На думку П.М. Білого та А.С. Васильєва, посадовими особами у відповідних статтях КУпАП визнаються працівники, які перебувають на державній або громадській службі та займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-владних, адміністративно-управлінських функцій, унаслідок яких виникають визначені правові наслідки для осіб та організацій, яким вони адресовані [14, с. 51].

Відносно абстрактним є визначення поняття «посадова особа» в Митному кодексі України. Так у п. 43 ст. 4 закріплено, що посадові особи підприємств – керівники та інші працівники підприємств (резиденти та нерезиденти), які внаслідок постійно або тимчасово виконуваних ними трудових (службових) обов'язків відповідають за додержання вимог, встановлених Митним кодексом України, законами та іншими нормативно-правовими актами України, а також міжнародними договорами України, укладеними у встановленому законом порядку [15].

Враховуючи відсутність законодавчого визначення посадової особи в КУпАП, серед широкого кола адміністративістів використовується поняття «службова особа», яке закріплено в примітці до ст. 364 Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року № 2341-III, що набрав законної сили 1 вересня 2001 року. Зазначимо, що це

визначення є ідентичним до визначення поняття «посадова особа», закріпленого в ст. 164 Кримінального кодексу УРСР від 28 грудня 1960 року (який діяв до 1 вересня 2001 року), тобто законодавець у зв'язку з прийняттям нового кримінального закону замінив поняття «посадова особа» поняттям «службова особа», відповідно до якого службовими особами є особи, які постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом [16].

Визначення службової особи в Кримінальному кодексі України за своїм змістом є значно ширшим за обсягом на відміну від поняття «посадової особи», закріпленого в Законі України «Про державну службу», оскільки до складу службових осіб віднесені категорії осіб незалежно від перебування на державній службі, а в залежності від функцій та обов'язків, що покладені на відповідну особу.

У зв'язку з необхідністю однакового застосування кримінального законодавства України Пленум Верховного Суду України в п. 1 Постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 року. № 5 вказав на необхідність офіційного тлумачення змісту поняття «службова особа» та зазначив, що «до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними та фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості». Організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ й організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири та інші). Адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки з управління або розпорядження державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є в начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомих ревізорів та контролерів тощо [17].

Характеризуючи особливості адміністративної відповідальності посадових осіб, П.М. Білий, А.С. Васильєв та М.С. Студенкіна вказували, що адміністративні проступки посадових осіб поділяються на декілька різновидів. До адміністративної відповідальності можуть бути



притягнуті посадові особи, по-перше, за порушення своїми діями загальноприйнятих у суспільстві правил; по-друге, за давання підлеглим вказівок, що суперечать вимогам цих правил; по-третє, за неприйняття заходів із забезпечення виконання правил підлеглими їм особами, якщо забезпечення їх виконання входить до кола службових обов'язків конкретної посадової особи [18, с. 195].

З огляду на зазначене вважаємо за необхідне розрізнити поняття «посадова особа» та «службова особа» як тотожні поняття-синоніми. При цьому аналіз КУпАП в частині закріплення адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність дає можливість стверджувати про те, що вказані поняття розмежовуються, проте таке твердження є хибним, оскільки розмежування робиться та ґрунтується на підставі функціональних обов'язків окремого працівника, що в будь-якому випадку підпадає під організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, які є визначальними під час визначення окремого працівника як посадової особи (наприклад, ст. 163-12 КУпАП закріплює відповідальність посадових осіб, а в ст. 162-2 КУпАП передбачено адміністративну відповідальність службових осіб підприємств, установ, організацій, які є відповідальними за додержання порядку відкриття та/або використання валютних рахунків юридичних осіб за межами України). Оскільки в адміністративному законодавстві різняться та залишаються не визначеними поняття «посадова» та «службова особа», пропонуємо під поняттям «посадова особа» і, відповідно, «службова особа» як суб'єктів адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність розуміти особу, яка постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснює функції представника органів державної влади чи місцевого самоврядування, а також обіймає посаду постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, установах чи організаціях незалежно від форми власності, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконує такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

З аналізу визначеного поняття для посадової та службової особи характерними ознаками є такі: 1) це особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представника влади (як органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування України); 2) вказані особи обіймають посаду постійно чи тимчасово на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форми власності, пов'язану з виконанням спеціальних функцій: організаційно-розпорядчої та адміністративно-господарської; 3) виконання організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій може здійснюватись і незалежно від того постійно чи тимчасово особи обіймають певну посаду; у такому разі виконання зазначених функцій здійснюється на основі спеціальних повноважень, які виникають на підставі рішення органу державної влади, місцевого самоврядування, центрального органу державного управління зі спеціальним статусом, органом чи посадовою підприємства, установи, організації, а також на підставі встановленого законом порядку, у тому числі рішення суду,

тобто виконання таких функцій, як правило носить разовий характер, а рішення про надання спеціальних повноважень носить індивідуальний характер та стосується конкретної посадової особи; 4) виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій належить до трудових обов'язків конкретних осіб та здійснюється, як правило, на підставі посадової інструкції, причому може здійснюватись поряд із іншими функціями, наприклад виробничими, професійними, технічними; 5) посадовими і службовими особами можуть бути будь-які фізичні особи, тобто до вказаної категорії належать громадяни України, особи без громадянства, іноземці, які на законних підставах перебувають на території України.

У разі вчинення адміністративного правопорушення у сфері порушення законодавства про банки та банківську діяльність посадовою чи службовою особою, не пов'язаною з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, вказана особа нестиме адміністративну відповідальність на загальних підставах, тобто як звичайний громадянин [19, с. 62].

Серед інших фізичних осіб, які є суб'єктами адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, чільне місце посідають посадові особи банківських установ. До складу посадових осіб банківських установ належать особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням обіймають посади в банківських установах, філіях іноземних банків, що створені та діють відповідно до вимог чинного законодавства України, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням. Зокрема, до організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій належить здійснення операцій з електронними грошима; здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг; контроль за дотриманням та виконанням банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України; обов'язки, покладені на посадову особу щодо подання інформації з питань діяльності платіжних систем до Національного банку України.

Зрештою, можна зробити висновок, що, окрім загального поняття «посадова особа» як суб'єкта адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність, чинне адміністративне законодавство закріплює й інші категорії осіб (наприклад, фізичні особи-підприємці, службові особи підприємств, установ, посадові особи небанківських фінансових установ тощо), які характеризуються специфічними ознаками, як правило, залежно від функцій та посадових обов'язків, покладених на ту чи іншу посадову особу, що відображає певний ступінь розгалуженості та диференційованості організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, покладених на відповідну посаду, а тому поняття «посадова особа» є системним та включає інші категорії осіб, які входять до складу загального поняття «посадова особа».

**Висновки.** Таким чином, суб'єктом адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність здебільшого виступають посадові особи, які у свою чергу різняться в залежності від різних критеріїв, насамперед від сфери їхньої діяльності, а також у залежності від займаної посади, що не лише впливає на відповідну правову кваліфікацію адміністративних правопорушень, але й свідчить про наявність чи відсутність

складу адміністративного правопорушення конкретного виду та можливості притягнення до адміністративної відповідальності, оскільки в переважній більшості специфічним виступає саме суб'єкт адміністративного правопорушення, а отже, і суб'єкт адміністративної відповідальності. Водночас фізичні особи виступають суб'єктами адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність значно рідше, що зумовлено специфікою самої банківської діяльності, яка є структурним елементом фінансової системи держави, що вимагає реалізації конкретних нормативно-закріплених функцій та повноважень, що, як правило, покладені на осіб, які мають певні професійні навички, пов'язані зі сферою їхньої діяльності, тобто посадовими особами.

Отже, відсутність законодавчого визначення посадової особи в адміністративному законодавстві створює низку суперечностей та не закріплює повною мірою всіх специфічних ознак, які притаманні вказаному суб'єкту, що вимагає нормативно-правового закріплення поняття «посадова особа» в КУпАП. Вважаємо, що найбільш доцільним є доповнення ст. 14 КУпАП, яка закріплює відповідальність посадових осіб, приміткою з визначенням поняття «посадова особа» (як, наприклад, у примітці до ст. 364 Кримінального кодексу України).

Потребує законодавчого закріплення й поняття «службова особа», що відповідно до нашої позиції є абсолютно тотожним за змістом і значенням поняттю «посадова особа». Проте з метою однакового правозастосування вказаних понять необхідним є визначення вказаних понять як тотожних в адміністративному законодавстві, що дозволить об'єднати різні за формою категорії суб'єктів адміністративної відповідальності за порушення законодавства про банки та банківську діяльність у єдину цілісну систему.

Певним чином проблему може бути вирішено й шляхом прийняття офіційних роз'яснень та узагальнень судової практики з приводу однакового застосування адміністративного законодавства в частині поняття «посадові та службові особи» як суб'єктів адміністративної відповідальності Пленумом Вищого адміністративного суду України, який відповідно до своїх повноважень наділений компетенцією приймати відповідні роз'яснення, які, хоч і матимуть рекомендаційний характер, структурують розбіжності в процесі правозастосування.

#### Список використаної літератури

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – № 51. – Ст. 1122.
2. Бахрах Д.Н. Административная ответственность : [учеб. пособ.] / Д.Н. Бахрах. – М., 1999. – 112 с.

3. Коваль Л.В. Адміністративне право : [підручник] / Л.В. Коваль. – К., 1998. – 211 с.

4. Адміністративна відповідальність в Україні : [навч. посіб.] / за ред. А.Т. Комзюка. – Х., 1998. – 78 с.

5. Адміністративне право України : [підручник для юрид. вузів і фак-тів] / [Ю.П. Битяк, В.В. Богущий, В.М. Гарашук та ін.] ; за ред. Ю.П. Битяка. – Х., 2000. – 520 с.

6. Адміністративне право України. Академічний курс : [підручник] : у 2 т. / ред. кол.: В.Б. Авер'янов (голова). – К., 2004–. – Т. 1 : Загальна частина. – 2004. – 584 с.

7. Коваль Л.В. Адміністративне право України : [підручник] / Л.В. Коваль. – К., 1998. – 136 с.

8. Герасименко С. Суб'єкт адміністративного проступку / С. Герасименко // Право України. – 1999. – № 4. – С. 41–44.

9. Чернецький О.Л. Правове регулювання адміністративної відповідальності неповнолітніх в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О.Л. Чернецький ; Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2007. – 205 с.

10. Федорчак І.В. Суб'єкт адміністративного правопорушення у сфері земельних правовідносин / І.В. Федорчак. // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. 6. – Т. 2. – С. 62–65.

11. Сидор М.Я. Щодо визначення фізичних осіб як суб'єктів адміністративного права та обсягу їхньої дієздатності і правоздатності / М.Я. Сидор // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 276–282.

12. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19–20. – Ст. 179.

13. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

14. Білий П.М. Адміністративна відповідальність посадових осіб / П.М. Білий // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2002. – № 1. – С. 31–35.

15. Митний кодекс України від 13 березня 2012 року // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 44–48. – Ст. 552.

16. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.

17. Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного суду України від 26 квітня 2002 року // Юридичний вісник України. – 2002. – № 28. – Ст. 21.

18. Іщенко В.В. «Фізичні особи як суб'єкти адміністративної відповідальності за порушення у сфері оподаткування» / В.В. Іщенко // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 4. – С. 192–201.

19. Федорчак І.В. Суб'єкт адміністративного правопорушення у сфері земельних правовідносин / І.В. Федорчак // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. № 6. – Т. 2. – С. 62–65.

УДК 342.924:061.1(4СС)

## ПРОЦЕДУРНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К АДМИНИСТРАТИВНЫМ АКТАМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Ирина ПАТЕРИЛО,

кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского, трудового и хозяйственного права  
Днепропетровского национального университета имени Олеся Гончара

### SUMMARY

The article deals with the acts of European Union which provide requirements to administrative acts. The principles of administrative procedures have been dealt with. The principles which public administration should take into account when it executes discretionary authorities have been researched. It has been proposed to refer to EU experience related the public administration tools during adoption of the Administrative Procedure Code of Ukraine and a general act on public administration.

**Key words:** public administration, administrative act, principles, administrative procedure, discretionary authorities.

### АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы нормативные документы Европейского Союза, в которых установлены процедурные требования к административным актам. Рассмотрены принципы административных процедур. Изучены принципы, которыми должна руководствоваться публичная администрация во время реализации дискреционных полномочий. Предложено учесть опыт Европейского Союза в сфере инструментов деятельности публичной администрации при принятии Административно-процедурного кодекса Украины и закона о публичной администрации.

**Ключевые слова:** публичная администрация, административный акт, принципы, административная процедура, дискреционные полномочия.

**Постановка проблемы.** С принятием Закона Украины «Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» [1] наше государство взяло на себя обязательства привести отечественное законодательство в соответствие с законодательством Европейского Союза. Вследствие этого все отрасли украинского права, включая административное, должны «ориентироваться» на европейское право. Особенно это касается института административных актов, поскольку именно через него публичная администрация вступает в отношения с частными субъектами и осуществляет на них соответствующее организационно-правовое воздействие. Таким образом, необходимым является анализ опыта Европейского Союза в сфере инструментов деятельности публичной администрации, который (опыт) преимущественно все еще остается вне сферы исследований отечественных ученых-административистов, что, собственно, и предопределяет актуальность данной статьи и ее научную новизну.

**Изложение основного материала.** Изучая особенности административных актов в странах Европейского Союза, сосредоточим свое внимание прежде всего на требованиях, установленных к ним нормативными документами Европейского Союза. В данном случае речь идет о Резолюции (77) 31 Комитета министров Совета Европы о защите личности в отношении актов административных органов власти от 28 сентября 1977 года [2], рекомендации № R (80) 2 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно осуществления административными органами власти дискреционных полномочий от 11 марта 1980 года [3] и рекомендации № R (87) 16 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных процедур, затрагивающих права большого количества лиц от 17 сентября 1987 года [4].

Как следует из названных документов, во время подготовки и издания административных актов субъекты публичной администрации должны учитывать прежде всего принципы административных процедур, закрепленные в названной выше резолюции от 28 сентября 1977 года (77) 31 о защите лица относительно актов административных органов власти. Они касаются защиты частных лиц в административных процедурах в отношении тех или иных мер или решений, принятых при применении властных полномочий, учитывая их характер, которые непосредственно затрагивают их права, свободы или интересы [5, с. 271]. К этим принципам относятся следующие:

1) право быть выслушанным:

– в отношении любого административного акта, который по своему характеру может неблагоприятно влиять на права, свободы или интересы лица. Такое лицо может предъявить факты и аргументы и в соответствующих случаях доказательства, которые будут учтены административным органом;

– в соответствующих случаях лицо, которого это касается, сообщает в надлежащее время и способ, приемлемый для дела, о его правах;

2) доступ к информации – по своему запросу соответствующее лицо до принятия административного акта должным образом получает информацию обо всех существующих фактах, касающихся принятия такого акта;

3) помощь и представительство – лицу может предоставляться помощь или обеспечиваться представительство в административной процедуре;

4) изложение мотивов – если административный акт является таким, что по своему характеру неблагоприятно влияет на права, свободы или интересы лица, такое лицо получает информацию о мотивах, на которых он основывается. Информация о мотивах отмечается в акте или передается соответствующему лицу, в частности, по ее запросу, в письменной форме и в течение разумного срока;

5) указание средств правовой защиты – если административный акт, предоставленный в письменной форме, неблагоприятно влияет на права, свободы или интересы лица, то в нем указываются обычные средства правовой защиты против такого воздействия, а также сроки для их использования [2].

В свою очередь, несмотря на то, что подавляющее большинство административных актов принимается субъектами публичной администрации на основании дискреционных полномочий, Комитетом министров Совета Европы были разработаны и закреплены в Рекомендации от 11 марта 1980 года № R (80) 2 об осуществлении административными органами власти дискреционных полномочий ряд принципов, которыми должны руководствоваться все указанные субъекты в контексте выполнения ими дискреционных полномочий [5, с. 278]. Они делятся на три группы: 1) основные, 2) по поводу административной процедуры и 3) в сфере контроля. В соответствии с основными принципами в ближайшей сфере административный орган при осуществлении дискреционных полномочий имеет такие полномочия:

1) не имеет других целей, чем те, для которых полномочия были предоставлены;

2) придерживается объективности и беспристрастности, учитывая только те факты, которые касаются определенного дела;

3) придерживается принципа равенства перед законом путем предотвращения несправедливой дискриминации;

4) поддерживает соответствующий баланс между любыми неблагоприятными последствиями, которые его решение может иметь для прав, свобод или интересов лиц, и целями, которые он преследует;

5) принимает решение в течение срока, который является разумным, учитывая вопросы, о которых идет речь;

6) последовательно применяет любые общие административные указания, учитывая одновременно конкретные обстоятельства каждого дела [3].

К процедурным принципам реализации публичного управления при осуществлении дискреционных полномочий относятся следующие:

1) любые общие административные указания, которыми регулируется осуществление дискреционного полномочия: обнародуются или передаются соответствующим образом и в такой степени, необходимой для соответствующего лица, по его запросу, до или после принятия акта, касающегося этого лица;

2) если административный орган в ходе осуществления дискреционного полномочия отступает от общих административных указаний таким образом, что негативно влияет на права, свободы или интересы соответствующего лица, последнее получает информацию о мотивах принятия такого решения. Это осуществляется либо путем изложения мотивов в акте, либо путем передачи их в письменной форме соответствующему лицу по его запросу в течение разумного срока [3].

К принципам по контролю принадлежат следующие положения:

1) акт, принятый в ходе осуществления дискреционных полномочий, подлежит контролю в отношении его законности со стороны суда или иного независимого органа. Такой контроль не исключает возможности предварительного контроля со стороны административного органа, уполномоченного принимать решение о его законности и сути дела;

2) если законом не устанавливаются временные рамки для принятия решения в ходе осуществления дискреционного полномочия и административный орган не принимает решение в течение разумного срока, неприятие такого решения может быть подвергнуто контролю со стороны органа, уполномоченного на это;

3) суд или другой независимый орган, который контролирует выполнение дискреционного полномочия, имеет такие полномочия относительно получения информации, которые необходимы для выполнения такой функции [3].

Среди инструментов деятельности публичной администрации европейских стран стоит также отметить категорию административных актов, затрагивающих права значительного числа лиц, например, административные акты, на основании которых реализуются крупные инфраструктурные проекты: строительство аэропорта, автомобильной магистрали и тому подобное. Такие проекты, соответственно, затрагивают интересы частных лиц, а потому необходимо существование совершенных и взвешенных процедур выдачи названных актов [5, с. 280]. Учитывая это, Комитетом министров Совета Европы было принято рекомендацию от 17 сентября 1987 года № R (87) 16 относительно административных процедур, затрагивающих права значительного числа лиц, подразумевая при этом такие категории лиц:

– большое количество лиц, которым административные акты адресованы (лица первой категории);

– большое количество лиц, личные права, свободы или интересы которых может затрагивать административный акт, даже если он не подходит им (лица второй категории);

– большое количество лиц, которые, согласно национальным правом, имеют право заявлять определенный коллективный интерес, что может затрагиваться административным актом (лица третьей категории) [4].

Названным документом закреплено две категории основных принципов в ближайшей сфере:

1) принципы, применяемые для принятия вышеупомянутых административных актов и для контроля за ними. К ним относятся следующие требования:

– если компетентный орган предлагает принять такой административный акт, соответствующие лица должны быть надлежащим образом уведомлены и обеспечены такими факторами, которые окажут им возможность оценить возможные последствия этого акта для их прав, свобод и интересов;

– учитывая предмет и последствия предложенного административного акта, представленные интересы, статус или количество соответствующих лиц или необходимость обеспечить эффективное управление, компетентный орган может решить, что на всех или на некоторых этапах процедуры лица второй категории с общими интересами назначают одного или более общих представителей; лиц третьей категории представляют ассоциации или организации;

– по просьбе лиц первой категории, в соответствии с такими представительными договоренностями, которые могут быть наложены на них, лица других категорий должны иметь надлежащий доступ ко всем имеющимся факторам, которые касаются принятия акта;

– учитывая предмет и последствия предложенного административного акта, представленные интересы, статус или количество соответствующих лиц, или необходимость обеспечить эффективное управление, компетентный орган может решить, что процедура участия продолжится согласно одной (или более) из следующих форм: письменные



замечания; закрытое или открытое слушание; представительство в совещательном органе компетентного органа. Если выбранная процедура является процедурой представительства соответствующих лиц в совещательном органе, лица первой категории и, в соответствии со следующими представительными договоренностями, лица второй категории также имеют право предоставлять факты и аргументы и (в определенных случаях) имеющиеся доказательства;

– компетентный орган должен принять во внимание факты, аргументы и доказательства, представленные соответствующими лицами во время процедуры участия;

– административный акт должен быть обнародован. В публичном уведомлении должно быть указано, если оно само не содержит этой информации, каким образом соответствующие лица могут получить доступ к основным выводам, которые возникают из процедуры; мотивов, на которых основывается административный акт; информации об обычных средствах правовой защиты от административных актов и сроках, в течение которых они должны быть использованы. Лица первой категории должны быть лично уведомлены о административном акте и о его мотивах. Мотивы могут содержаться в самом акте или быть уведомлены этим лицам письменно по их просьбе в течение определенного времени. Также указанным лицам предоставляется информация об обычных средствах правовой защиты от акта и сроках их использования;

– административный акт должен подлежать контролю со стороны суда или другого независимого органа. Такой контроль не исключает возможности предварительного контроля, осуществляемого административным органом. Если процедура контроля охватывает большое количество лиц, суд или другой контролирующий орган может, имея определенное отношение к правам и интересам сторон, согласно основным принципам, осуществить различные шаги для усовершенствования процедуры (например, требовать от участников с общими интересами выбрать одного или более общих представителей, заслушивать и окончательно решать апелляции, осуществлять сообщение путем публичного объявления) [4];

2) принципы, которые должны защищать соответствующих лиц, если административный акт может иметь последствия на территории соседнего государства. К таким правилам относятся следующие положения:

– если административный акт может затрагивать права, свободы лиц или интересы на территории соседнего государства, процедура административной участия, указанная в основных принципах, должна быть доступной для заинтересованных лиц в этом государстве на недискриминационной основе;

– доступ к процедуре контроля должен быть обеспечен без дискриминации на основе гражданства или проживания;

– доступ к процедуре административного участия и процедуре контроля может подлежать принципам взаимности [4].

**Выводы.** Таким образом, подводя итог, отметим, что институт административных актов в европейском административном пространстве характеризуется высокой степенью правового нормирования, центральное место в котором отведено процедурной составляющей. Такой подход является довольно необычным для украинского законодательства, в котором до сегодняшнего дня все еще не закреплена полная система процедурных принципов, что исключительно негативно сказывается на законности деятельности публичной администрации, связанной с принятием административных актов. Учитывая это, при внедрении концепции публичной администрации и определении направлений административной реформы необходимо учитывать соответствующий европейский опыт и лучшую административную практику по этим вопросам. В частности, изложенные положения могут быть ценными при разработке Административно-процедурного кодекса Украины и закона о публичной администрации.

#### Список использованной литературы

1. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

2. Резолюція (77) 31 Комітету міністрів Ради Європи про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади, прийнята 28 вересня 1977 р. на 275-й нараді заступників міністрів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lib.podelise.ru/docs/1398/index-1531.html?page=41>.

3. Рекомендація № R (80) 2 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнята 11 березня 1980 р. на 316-й нараді заступників міністрів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lib.podelise.ru/docs/1398/index-1531.html?page=42>.

4. Рекомендація № R (87) 16 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно адміністративних процедур, які зачіпають права великої кількості осіб, прийнята 17 вересня 1987 р. на 410-й нараді заступників міністрів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lib.podelise.ru/docs/1398/index-1531.html?page=43>.

5. Загальне адміністративне право : [навчальний посібник] / Р.С. Мельник, В.М. Бевзенко ; за заг. ред. Р.С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014. – 376 с.

УДК 342.951:(351.82:339.727.22/24)(477)

## АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОПУСКУ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В ЕКОНОМІКУ УКРАЇНИ

Галина ПУЗАНОВА,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права та державного управління  
Міжнародного гуманітарного університету

### SUMMARY

In the article the concept of foreign investment as objects of civil rights owned by the foreign investor is not withdrawn and is not limited in circulation on the territory of the receiving state. Determined that foreign investment is an independent initiative, systematic, at his risk the activities of foreign investors on the territory of the receiving state in the types and forms is not limited by law in order to achieve a profit or other socially significant effect. To consider the question of the admission of foreign investments in the Ukrainian economy, conditions, and requirements for foreign investments are regulated by administrative law.

**Key words:** foreign investment, activity of foreign investment, admission of foreign investment, administrative-legal regulation of the admission of foreign investment.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто питання поняття іноземної інвестиції як об'єктів цивільних прав, що належать іноземному інвестору, не вилучених і не обмежених у звороті на території приймаючої держави. Визначено, що іноземне інвестування – це самостійна ініціативна, систематична, на власній ризик діяльність іноземних інвесторів на території приймаючої держави у видах та формах, не обмежених законодавством, з метою одержання прибутку або досягнення іншого соціально значимого ефекту. Розглянуто питання допуску іноземних інвестицій в економіку України, умови та вимоги до іноземних інвестицій, регламентовані нормами адміністративного права.

**Ключові слова:** іноземна інвестиція, іноземне інвестування, допуск іноземних інвестицій, адміністративно-правове регулювання допуску іноземних інвестицій.

**Постановка проблеми.** Україна, як і інші країни світу, зацікавлена в іноземних інвестиціях та створює умови для здійснення іноземними інвесторами діяльності на території держави. Однак важливими для держави є такі питання, як захист економічного суверенітету держави, прав та законних інтересів громадян країни, протидія монополізму та недобросовісної конкуренції тощо, що здійснюються за допомогою норм різних галузей законодавства, насамперед адміністративного права. Зазначене обумовлює актуальність різних питань адміністративно-правового регулювання іноземного інвестування в Україні.

Під час підготовки цього дослідження були використані наукові праці таких українських та зарубіжних учених: В.А. Бабенка, Є.Р. Бодунова, Ю.П. Бурила, О.М. Вінник, Н.М. Вознесенської, Н.В. Воротиної, П.П. Гончарова, О.В. Ковальчук, Г.М. Костюнина, Т. Косянчук, О.В. Клим, М.М. Ливенцева, О.М. Лощикіна, В.І. Любимова, А.В. Омельченка, Г.Й. Пузанової, О.П. Рябченко, Н.О. Саніахметової, В.М. Селиванова, В.В. Соловарова, М.Г. Дорасва, Ю.Н. Старілова, В.В. Сухонос, І.З. Фархутдінова, В.Д. Чернадчук, Т.О. Чернадчук, М. Чернухи та інших.

Після спаду в 2012 році світовий обсяг прямих іноземних інвестицій (далі – ПІІ) знову почав збільшуватися, і їх приплив зріс на 9% в 2013 році до 1,45 трлн. доларів. ЮНКТАД констатує, що потоки ПІІ збільшилися в 2014 році до 1,6 трлн. доларів, а в 2015 році прогнозує збільшення до 1,7 трлн. доларів та в 2016 році до 1,8 трлн. доларів за порівняно більш швидкого зростання в розвинених країнах. Водночас нетривка ситуація на деяких ринках і ризики, пов'язані з політичною невизначеністю та регіональною нестабільністю, можуть негативно позначитися на передбачуваному притоку ПІІ [1], що можна віднести й до України, де політична криза негативно позначилась на економічних процесах.

Так, за останні роки спостерігається різке зниження ПІІ в економіку України, наприклад, за період січень-вересень 2014 р. обсяги прямих інвестицій наростаючим підсумком із початку року склали 48522,6 млн дол. США, що майже на 13,9% менше аналогічного періоду 2013 року [2], що підкреслює необхідність вдосконалення державної політики іноземного інвестування (далі – ДПІІ).

Використовуючи різні методи наукового дослідження, автор ставить за мету аналіз норм адміністративного права, які регулюють допуск іноземних інвестицій в економіку України, з'ясування завдань та значення адміністративного законодавства для розвитку економічних процесів в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Публічно-правові засоби впливу, закріплені законодавчо, забезпечують проведення економічної політики держави щодо іноземних інвесторів. У зв'язку з множинністю різних за своїм характером правових норм, що регулюють іноземне інвестування, слід розглянути питання про адміністративно-правове регулювання, оскільки саме норми адміністративного права забезпечують реалізацію ДПІІ.

Роль держави, як вказує О.В. Клим, полягає у встановленні єдиного для всіх суб'єктів підприємництва адміністративно-правового режиму для забезпечення ефективної підприємницької діяльності та в контролі за дотриманням цього режиму. В адміністративно-правовому розумінні державне регулювання являє собою комплекс дій спеціальних суб'єктів публічної влади, які за допомогою багатоманітного, нормативно закріпленого інструментарію методів та засобів здійснюють організуючий вплив на конкретні суспільні відносини [3, с. 484].

Говорячи про іноземні інвестиції як об'єкт адміністративно-правового регулювання, необхідно виходити з того, як і яким чином норми адміністративного

права впливають на правовідносини, які виникають під час здійснення діяльності іноземних інвесторів на території України. При цьому необхідно враховувати ті особливості, які пов'язані з ДПП. Державна політика іноземного інвестування – це цілеспрямована діяльність органів державної влади з вирішення економічних проблем, досягнення й реалізації загально визначених цілей економічного розвитку суспільства або його окремих сфер, з використанням правових, економічних та адміністративних методів та засобів впливу на іноземних інвесторів [4, с. 579].

Адміністративно-правове регулювання іноземного інвестування є одним із видів державного впливу на суспільні відносини, що здійснюється уповноваженими державними органами за допомогою специфічної системи правових засобів із метою впорядкування цього виду суспільних відносин. Ю.М. Старілов зазначає, що адміністративно-правове регулювання являє собою систему [8, с. 397]. Можна виділити такі елементи системи адміністративно-правового регулювання іноземного інвестування: 1) норма права – зафіксована в нормативно-правових актах, що визначає міру необхідної та належної поведінки іноземних інвесторів як учасників суспільних правовідносин та органів державної влади; 2) юридичні факти – конкретні життєві обставини, з якими пов'язане виникнення, зміна або припинення правовідносин у сфері іноземного інвестування; 3) правовідносини у сфері іноземного інвестування, визначені нормами права; 4) акти реалізації прав та обов'язків іноземних інвесторів та державних органів, визначених нормами діючого законодавства; 5) правова відповідальність іноземних інвесторів у випадках порушення норм діючого законодавства.

Публічне регулювання економічних процесів повинне органічно поєднуватися з ринковими механізмами, не підмінюючи та не зменшуючи ролі останніх. Таке регулювання є складовою частиною сучасної ринкової економіки, що й визначає його зміст. З урахуванням пріоритетності публічної адміністрації виконує такі основні функції у сфері економіки: 1) організаційна; 2) контрольна; 3) захисту ринкових основ господарювання; 4) регулятивна [9, с. 463–464].

Організаційна функція включає нормотворчу діяльність, тобто створення правової основи здійснення господарської діяльності та організаційних структур публічної адміністрації, які будуть забезпечувати реалізацію цих норм. Контрольна функція включає в себе контроль за дотриманням правових норм і законодавства у сфері господарювання. Функція захисту господарських відносин насамперед спрямована на захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання; недопущення концентрації, узгоджених дій суб'єктів господарювання та регулювання цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій; здійснення контролю щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері державних закупівель тощо.

Зміст регулятивної функції полягає в тому, що публічна адміністрація для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного й соціального розвитку застосовує різноманітні засоби та механізми регулювання господарської діяльності, до яких, відповідно до ст. 12 Господарського кодексу України, належать такі: ліцензування, патентування та квотування; сертифікація

та стандартизація; застосування нормативів і лімітів; регулювання цін і тарифів; державне замовлення; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Іноземне інвестування як самостійний напрям економічної діяльності, що має свої особливості, регулюється нормами конституційного, адміністративного, податкового, митного, банківського та інших норм права. При цьому до теперішнього часу в законодавстві, правовій науці України та зарубіжних країн не склалася єдина понятійна база основних понять іноземного інвестування, тому органи державної влади, використовуючи різні правові поняття, не досить ефективно впливають на процеси іноземного інвестування.

Під час аналізу іноземних інвестицій як об'єкта адміністративно-правового регулювання насамперед визначимося з поняттям «іноземна інвестиція». Зазначимо, що поняття «іноземна інвестиція» є похідним від поняття «інвестиції». Ці поняття використовуються в низці галузей законодавства, тобто є міжгалузевими поняттями. Законодавчі визначення цих правових дефініцій та їх особливості містять такі закони: «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 року [10]; «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 року [11]; «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 року [12] (далі – Закон), де закріплено, що іноземні інвестиції – цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Тобто в зазначених визначеннях особливою відмінністю «інвестиції» від «іноземних інвестицій» є належність останніх іноземному інвестору.

Таким чином, поняття «іноземна інвестиція» міститься в декількох законодавчих актах України та не визначається однозначно, що підкреслює недосконалість правового регулювання цього напрямку діяльності. Проте невизначеність правових понять негативно впливає на процес правового регулювання іноземного інвестування, у тому числі й такого його напрямку, як адміністративно-правове регулювання.

Н.М. Вознесенська зазначає, що в нашому складному, динамічному світі видозмінюються багато правових категорій, концепцій і понять для того, щоб логічно відповідати стрімкому розвитку світових економічних відносин [13, с. 167], що можна віднести й до такої правової категорії, як «іноземна інвестиція».

В.В. Сухонос, В.Д. Чернадчук, Т.О. Чернадчук відзначають, що, визначаючи правовий зміст поняття «іноземні інвестиції», слід звернути увагу на такі положення. Будь-яка інвестиція – це майно або майнові права, які є об'єктом права власності. Наступним важливим елементом правової характеристики іноземних інвестицій є те, що під іноземними інвестиціями розуміють усі майнові цінності, які дозволені для інвестування національним законодавством або міжнародними договорами відповідних держав [14, с. 156].

Не вдаючись у дискусію щодо зазначених правових дефініцій, підкреслимо особливості іноземних інвестицій: 1) іноземні інвестиції – це об'єкти права власності, які належать іноземному інвестору; 2) іноземними інвесторами є суб'єкти: юридичні особи, які створені відповідно до законодавства іншого, відмінного від законодавства України; фізичні особи – іноземці, які не мають постійного місця проживання на території України та не обмежені в дієздатності; іноземні держави, міжнародні урядові та

неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визначаються такими відповідно до законодавства України (ст. 1 зазначеного закону).

Слід погодитися з вченими, які стверджують, що відсутність єдиної позиції в уявленні про те, що таке інвестиції, позначається й на міжнародному правопорядку щодо цього питання. Так, один із найбільш значущих міжнародно-правових актів у регулюванні інвестиційних процесів – Вашингтонська конвенція про порядок вирішення спорів між державою та іноземними особами 1965 року – не містить поняття «інвестиції» [15, с. 467–483]. Це створює нестабільність у єдиному уніфікованому підході про інвестиції. Оскільки кожна держава, будучи приймаючою стороною, у внутрішньому законодавстві встановлює власні юридичні критерії міжнародних інвестицій, які часто дуже відрізняються один від одного, та, як наслідок, практика міжнародних капіталовкладень відчуває певні труднощі в результаті нестабільних і неоднакових правових режимів інвестування в різних державах.

У сучасному розумінні «іноземні інвестиції» визначаються як об'єкти цивільних прав. Такої точки зору дотримуються такі вчені, як П.П. Гончаров [16], Н.М. Вознесенська [13, с. 169], Г.И. Пузанова, яка вказує, що іноземні інвестиції – це об'єкти цивільних прав, що належать іноземному інвестору, які не вилучені та не обмежені в обігу на території приймаючої держави [17, с. 79]. Саме з таких позицій будуть розглянуті іноземні інвестиції як об'єкт адміністративно-правового регулювання.

Крім того, для подальшого дослідження необхідно вказати, що таке поняття іноземного інвестування не закріплено в чинному законодавстві України. Закон України «Про інвестиційну діяльність» у ст. 2 визначає поняття інвестиційної діяльності як сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій [10].

О.М. Винник підкреслює, що іноземне інвестування як економіко-правова форма інвестування – це вкладення іноземним інвестором у розташовані на території України об'єкти господарської та інших видів діяльності іноземних інвестицій із метою отримання прибутку, що здійснюється в межах спеціального правового режиму, складовими якого є гарантії захисту прав і законних інтересів іноземних інвесторів, реєстрація іноземних інвестицій, надання іноземним інвесторам пільг, встановлення низки обмежень тощо [18, с. 336–337].

Частково погоджуючись з О.М. Винник щодо визначення поняття «іноземного інвестування» та притаманних йому ознак, автор вважає, що іноземне інвестування є на прямом підприємницької діяльності іноземних інвесторів на території іноземної держави відповідно до її законодавства.

Тому автор визначає іноземне інвестування як самостійну, ініціативну, систематичну на власний ризик діяльність іноземних інвесторів на території приймаючої держави у видах та формах, не обмежених законодавством, з метою одержання прибутку або досягнення іншого соціально значимого ефекту.

Іноземне інвестування як вид діяльності являє собою процес, який включає певні стадії, що регламентовані чинним законодавством: допуск іноземних інвестицій в економіку держави, здійснення діяльності на її території, припинення діяльності. Таким чином, початковою стадією процесу іноземного інвестування є допуск іноземних

інвестицій в економіку приймаючої держави. Відповідно, з метою дослідження проаналізуємо це питання.

Адміністративні норми за обсягом регулювання можна поділити на загальні, міжгалузеві й галузеві. При цьому в регулюванні іноземного інвестування важливу роль відіграють норми міжгалузевого характеру, тобто норми, які регулюють управлінські відносини спеціального характеру, що виникають в окремих галузях державного управління, наприклад, норми фінансового, валютного, митного та іншого права.

Основним джерелом регулювання іноземного інвестування є Конституція України від 28 червня 1996 року [19], що встановлює правові основи економічної політики, правові основи фінансового, валютного, митного регулювання іноземного інвестування тощо.

Господарський кодекс України (далі – ГК) [6] регулює основні засади господарювання в Україні та господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності. ГК України є законом загальної дії, регулюючим відносини господарювання в Україні. Він не дає визначення поняття «іноземна інвестиція», однак у ст. 391 закріплює, що іноземні інвестори мають право здійснювати інвестиції на території України у вигляді іноземної валюти, що визнається конвертованою Національним банком України (далі – НБУ), будь-якого рухомого й нерухомого майна та пов'язаних із ним майнових прав; інших цінностей (майна), які відповідно до закону визнаються іноземними інвестиціями. Заборона або обмеження будь-яких видів іноземних інвестицій може здійснюватися виключно законом.

Закон України «Про інвестиційну діяльність», який є загальним законом, регламентуючим здійснення інвестування на території держави, дає визначення інвестицій як цінностей та вказує їх види (ст.1), однак він не містить яких-небудь умов та вимог до інвестицій.

Закон України «Про режим іноземного інвестування» є спеціальним законом, який визначає особливості режиму іноземного інвестування на території України, виходячи з цілей, принципів і положень законодавства України. Стаття 2 цього закону закріплює, що іноземні інвестиції можуть здійснюватися у визначених видах, при цьому перелік таких видів законодавець залишає відкритим, у зв'язку із чим виникає питання, яка мета конкретизації видів інвестицій. Крім того, у ст. 2 зазначеного закону, поряд із переліком видів іноземних інвестицій, знайшли правове закріплення й пред'явлені до них певні вимоги, які вважаємо доцільним розглянути більш докладно.

1. Законодавець зазначає, що вартість іноземних інвестицій повинна бути виражена в іноземній валюті, яка визнана конвертованою НБУ, що стосується всіх видів вкладень іноземного інвестора.

Відзначимо, що режим здійснення валютних операцій на території України визначається Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19 лютого 1993 року [20], що стосується й іноземних інвестицій.

Згідно з вказаним декретом постановою НБУ від 4 лютого 1998 року із змінами та доповненнями був затверджений «Класифікатор іноземних валют» [21], яким були визначені вільно конвертовані валюти, які широко використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями та продаються на головних валютних ринках світу (1 група): австралійські долари, англійські фунти стерлінгів, датські крони, долари США, ісландські крони, канадські долари,



норвезькі крони, шведські крони, швейцарські франки, японські ієни, євро, СПЗ, золото, паладій, платина, срібло. Отже, тільки в такому виді іноземних валют можуть здійснювати вклади іноземні інвестори та визначається вартість іноземних інвестицій.

2. Для здійснення іноземних інвестицій в Україні в грошовій формі іноземний інвестор зобов'язаний відкрити інвестиційний рахунок для перерахування на нього іноземних інвестицій та для здійснення інвестиційної діяльності в Україні, а також для повернення іноземної інвестиції та прибутків, доходів, інших коштів, одержаних іноземним інвестором від інвестиційної діяльності в Україні, що регулює Інструкція про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затвердженої постановою Правління НБУ від 12 листопада 2003 року [22].

3. Вартість іноземних інвестицій у вигляді грошових вимог та прав на вимоги виконання договірних зобов'язань повинна бути виражена в конвертованій валюті та підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями, а також бути гарантована першокласними банками.

4. Якщо іноземна інвестиція є яким-небудь видом інтелектуальної власності (наприклад, авторські права, права на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів і послуг, ноу-хау тощо), то її вартість, крім того, що повинна бути виражена в конвертованій валюті та підтверджена згідно із законами (процедурами) держави інвестора або міжнародними торговельними звичаями, має бути підтверджена експертною оцінкою в Україні та здійснюється відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 року [23].

Однак «Порядок державної реєстрації (перереєстрації) іноземних інвестицій та її анулювання», затверджений постановою Кабінету Міністрів України зі змінами, внесеними згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2013 року [24], у Додатку 2 вказаного порядку визначає, що обсяг іноземних інвестицій може бути оцінений в іноземній конвертованій валюті та у валюті України за домовленістю сторін на основі цін міжнародних ринків або ринку України, тобто дає право учасникам іноземного інвестування самостійно визначити вартість іноземної інвестиції без її підтвердження експертизою.

5. Чинним законодавством регламентований порядок ввезення іноземних інвестицій у вигляді матеріальних об'єктів на територію України. Стаття 287 Митного кодексу України від 13 березня 2012 року [25] визначає особливості оподаткування митом деяких товарів та закріплює, що товари (крім товарів для реалізації або використання з метою, безпосередньо не пов'язаною з провадженням підприємницької діяльності), які ввозяться на митну територію України на строк не менше трьох років іноземними інвесторами відповідно до Закону України «Про режим іноземного інвестування» з метою інвестування на підставі зареєстрованих договорів (контрактів) або як внесок іноземного інвестора до статутного капіталу підприємства з іноземними інвестиціями, звільняються від сплати ввізного мита. Під час відчуження таких товарів раніше трьох років із часу зарахування їх на баланс ввізне мито сплачується на загальних підставах.

Тобто законодавство визначає порядок пересічення іноземними інвестиціями митного кордону як внесок в уставний капітал іноземних інвестицій. Так, відповідно

до статей 18 і 24 цього закону іноземний інвестор зобов'язаний видати митному органу вексель. Кабінет Міністрів України постановою від 7 серпня 1996 року затвердив Порядок видачі, обліку і погашення векселів, виданих під час ввезення в Україну майна як внеску іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за договорами (контрактами) про спільну інвестиційну діяльність, та сплати ввізного мита в разі відчуження цього майна [26]. Вексель видається іноземним інвестором із метою гарантування та сплати ввізного мита в разі дострокового відчуження цього майна.

6. Для того, щоб іноземний інвестор мав гарантії, визначені законом, він зобов'язаний здійснювати державну реєстрацію іноземних інвестицій. Відповідно до ч. 2 ст. 13 Закону України «Про режим іноземного інвестування» постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2013 року було затверджено Порядок державної реєстрації (перереєстрації) іноземних інвестицій та їх анулювання [27].

Державна реєстрація (перереєстрація) іноземних інвестицій та її анулювання здійснюються Радою міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими держадміністраціями в семиденний строк із дня подання іноземним інвестором документів для реєстрації (перереєстрації) іноземних інвестицій або її анулювання.

Державна реєстрація іноземних інвестицій здійснюється шляхом присвоєння органом державної реєстрації інформаційному повідомленню реєстраційного номера, який на всіх трьох примірниках засвідчується підписом посадової особи та скріплюється печаткою органу державної реєстрації, та внесення таким органом відповідного запису до журналу обліку. Указане положення також закріплює підстави та порядок перереєстрації іноземних інвестицій, скасування та анулювання реєстрації іноземних інвестицій.

**Висновки.** Проведений аналіз дозволяє вказати, що в Україні існує досить складна процедура допуску іноземних інвестицій в економіку держави, що включає низку умов і вимог, які мають бути дотримані іноземними інвесторами. Можна виділити такі напрями адміністративно-правового регулювання допуску іноземних інвестицій в економіку України, які визначені чинним законодавством:

- 1) законодавчо встановлені вимоги до категорії валюти іноземної інвестиції;
- 2) порядок переміщення іноземної інвестиції через митний кордон;
- 3) порядок оформлення переміщення іноземної інвестиції через митний кордон;
- 4) порядок видачі векселів, їх облік та погашення під час оформлення ввезення іноземної інвестиції як внеску в статутний капітал підприємства з іноземними інвестиціями або іноземного підприємства;
- 5) порядок зарахування іноземної інвестиції на баланс і підтвердження цього факту фіскальними органами;
- 6) державна реєстрація іноземних інвестицій;
- 7) експертиза іноземних інвестицій;
- 8) гарантії першокласних банків за деякими видами іноземних інвестицій;
- 9) підтвердження вартості згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями тощо. Зазначене вище є далеко неповним переліком законодавчо встановлених процедур та вимог, які мають бути виконані іноземними інвесторами під час вкладення

іноземних інвестицій в об'єкти господарської діяльності на території України та які можуть бути визначені як умови допуску іноземних інвестицій в економіку держави, урегульовані нормами адміністративного законодавства.

Практично всі розвинені країни (Німеччина, США, Англія та інші) не мають спеціального законодавства про іноземні інвестиції та поширюють на них загальний режим інвестування, установлений для вітчизняних інвесторів. Безумовно, певні обмеження на участь іноземного інвестора на внутрішньому ринку закріплені в кожній країні, які, як правило, пов'язані з конкретними територіями або галузями. Крім того, у більшості зарубіжних країн законодавчо не закріплено якихось додаткових умов і вимог до іноземних інвестицій, що регламентують їх допуск на територію приймаючої держави.

Керівництво щодо режиму іноземних інвестицій Світового банку стверджує, що під час визначення механізму допуску іноземного капіталу необхідно виходити з основного положення, що рівний режим інвесторів, які діють у рівних обставинах, а також вільна конкуренція між ними є умовами для створення сприятливого інвестиційного клімату. Ніщо не може служити підставою для надання іноземному інвестору більш пільгового режиму, ніж національному інвестору за аналогічних обставин [28, с. 17].

Згідно із цим міжнародно-правовим документом держава, застосовуючи систему допуску, зобов'язана спрощувати допуск і здійснення інвестицій національними приватними особами інших держав, а також уникати створення не виправдано складної процедури регулювання або встановлення в законі умов, виконання яких є необхідним для отримання допуску.

Кожна держава зберігає за собою право регулювати допуск іноземних приватних інвестицій. Під час формулювання норм та їх застосування держави будуть брати до уваги наявний досвід правового регулювання, який свідчить про те, що в окремих випадках виконання вимог законодавства, сформульованих як умови для допуску іноземних інвестицій, нерідко не виправдовує себе, тому найбільш ефективним рішенням проблеми правового регулювання іноземних інвестицій є відкритий доступ, можливо, у рамках списку галузей, відкритих для іноземних приватних інвестицій, однак за умови існування списку обмеженого числа галузей, видів діяльності, закритих для іноземних інвестицій або таких, що вимагають оцінки умов допуску.

Проведений аналіз зарубіжного законодавства та рекомендацій міжнародних фінансових інститутів дозволяє зробити висновок про необхідність вдосконалення механізму адміністративно-правового регулювання допуску іноземних інвестицій в економіку України.

### Список використаної літератури

1. Доклад о мировых инвестициях 2014 год. Обзор. Инвестиции в достижение ЦУР: план действий [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir).
2. Державна служба статистики [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://ovu.com.ua/articles/594-derzhavna-sluzhba-statistiki-ukrayini/publisher>.
3. Клим О.В. Загальна характеристика адміністративно-правового регулювання підприємницької діяльності в Україні О.В. Клим // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – № 35. – С. 512.
4. Пузанова Г.І. Поняття державної політики іноземного інвестування / Г.І. Пузанова // Митна справа. – 2011. – № 5. – С. 575–579.

5. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 527.

6. Господарський кодекс : Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

7. Актуальні питання реформування правової системи України : зб. наук. ст. за матеріалами XI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луцьк, 13–14 червня 2014 р.) // уклад. Л.М. Джурак. – Луцьк : Вежа-Друк, 2014. – 252 с.

8. Старилів Ю.Н. Курс общего административного права : в 3 т. / Ю.Н. Старилів. – М. : НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2002–. – Т. 1 : История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – 2002. – 728 с.

9. Курс адміністративного права України : [підручник] / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, І.Д. Пастух, В.Д. Сущенко та ін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 872 с.

10. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

11. О внешнеэкономической деятельности : Закон Украины от 16 апреля 1991 г. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

12. Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19 березня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.

13. Вознесенская Н.Н. Современное понятие «иностранные инвестиции» / Н.Н. Вознесенская // Закон. – 2012. – № 5. – С. 167–174.

14. Чернадчук В.Д. Основи інвестиційного права України : [навч. посіб.] / [В.Д. Чернадчук, В.В. Сухонос, Т.О. Чернадчук]; за заг. ред. В.Д. Чернадчука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Суми : Університетська книга; К. : Книгиня Ольга, 2005. – 384 с.

15. Задыхайло Д.В. Инвестиционное право Украины : сборник нормативно-правовых актов с комментариями / Д.В. Задыхайло. – Х. : Спада, 2002. – 752 с.

16. Гончаров П.П. Государственное регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации: Административно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / П.П. Гончаров. – М., 2003. – 26 с.

17. Пузанова Г.І. Міжнародно-правове визначення іноземної інвестиції як юридичної категорії / Г.І. Пузанова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 3. – С. 76–79.

18. Вінник О.М. Інвестиційне право : [навч. посіб.] / О.М. Вінник. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К. : Правова єдність, 2009. – 616 с.

19. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

20. Про систему валютного регулювання і валютного контролю : Декрет Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.

21. Об утверждении Классификатора иностранных валют : Постановление Национального банка Украины от 4 февраля 1998 года № 34 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 35. – Ст. 2132.

22. Інструкцію про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах : Постанова Правління Національного банку України від 12 листопада 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 51. – Ст. 2707.

23. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні : Закон України від 12 липня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 47. – Ст. 251.

24. Порядок державної реєстрації (перереєстрації) іноземних інвестицій та її анулювання : Постанова Кабінету Міністрів України зі змінами, внесеними згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2013 року // Офіційний вісник України. – 2012. – № 47. – Ст. 1840.

25. Митний кодекс : Закон України від 13 березня 2012 року // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 44–48. – Ст. 552.

26. Порядок видачі, обліку і погашення векселів, виданих під час ввезення в Україну майна як внеску іноземного

інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за договорами (контрактами) про спільну інвестиційну діяльність, та сплати ввізного мита у разі відчуження цього майна : Постанова Кабінету Міністрів України від 7 серпня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/937-96-%D0%BF>.

27. Порядок державної реєстрації (перереєстрації) іноземних інвестицій та їх анулювання : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 березня 2013 року // Офіційний вісник України. – 2013. – № 19. – Ст. 649.

28. Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции: вызов экономическому суверенитету / И.З. Фархутдинов // Московский журнал международного права. – 2008. – № 3/71. – С. 5–20.



## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.921

### SOLICITOR IN CIVIL PROCESS OF UKRAINE: LOOK AT THE PROBLEM

**Svitlana BYCHKOVA,**

Doctor of Law, Professor, National Academy of Internal Affairs

**Ganna CHURPITA,**

Candidate of Law, Associate Professor, National Academy of Internal Affairs

#### SUMMARY

The scientific article investigates the relevant issues of solicitor's participation in civil process of Ukraine. Civil procedural rights and obligations of a solicitor as a representative in a civil case are defined, correlation of civil procedural status of a solicitor and other contractual representatives is analysed. A number of recommendations for improving the civil procedural legislation of Ukraine in a relevant context are developed.

**Key words:** solicitor, representative, civil procedural status, civil procedural rights, civil procedural obligations.

#### АНОТАЦІЯ

Наукова стаття присвячена дослідженню актуальних проблем участі адвоката у цивільному процесі України. Визначено цивільні процесуальні права та обов'язки адвоката як представника в цивільній справі, проаналізовано співвідношення цивільного процесуального статусу адвоката та інших договірних представників. Розроблено низку рекомендацій щодо удосконалення цивільного процесуального законодавства України у відповідному контексті.

**Ключові слова:** адвокат, представник, цивільний процесуальний статус, цивільні процесуальні права, цивільні процесуальні обов'язки.

**Introduction.** Sometimes individuals do not wish or cannot personally participate in the civil proceedings. In this case, they are entitled to authorize other persons – representatives to perform legal proceedings on their behalf. In cases set by law legislator can also empower the representative. Legal entities generally always realize their procedural rights and perform their obligations in court through their representatives. Thus, the purpose of the procedural representation is rendering to a person assistance in performing his right to protect his rights, freedoms and interests, ensuring more full and effective implementation of civil procedural rights granted to a person and carrying out of civil procedural obligations imposed to this person.

Part 1 art. 40 of Civil procedural code of Ukraine (hereinafter – CPC of Ukraine) contains the statutory rule under which other persons who reached 18 years old and have civil procedural capacity can have a solicitor as a representative in a court.

Therefore, within this scientific exploration we will focus on some problematic aspects of participation of a solicitor in a civil process that caused by special legal nature of this person.

Reform of the civil procedural legislation of Ukraine, which also resulted in a reform of the institute of advocacy, causes uncertainty in understanding the relevant legislative provisions. And as a result there problems raised with their usage in practice and scientific discussions in the science of civil procedural law. Although some aspects of participation of a solicitor in a civil process have been researched in the works of well-known scientists (Yu. Bilousov, A. Vlasov, S. Vasiliev, V. Komarov, V. Kravchuk, I. Pavlunyk, O. Svyatotskyi, A. Selivanov, V. Tertysnikov, O. Uhrynovskaya, E. Fursa, S. Fursa, Yu. Chervonyi, M. Stephan, V. Yarkov), today problems still remain unresolved. Among them is the civil procedural status of a solicitor as a representative in civil process.

**The purpose of the article.** The investigation of problematic aspects of civil procedural status of a solicitor as a representative in civil process and the development of scientifically based proposals for improvement of the legislation of Ukraine in a relevant context was set as a purpose of this article.

In general, as rightly noted by S. Fursa and E. Fursa, procedural performance of a solicitor in a civil case is carried out in accordance with the CPC of Ukraine, so it could be possible not to isolate participation of a solicitor in a civil proceeding if this activity would have clear approaches and limits [11, p. 54].

Indeed, a solicitor involved in civil cases as a representative of parties, third parties, applicants, other interested persons, state bodies and persons who legally have the right to protect the rights, freedoms and interests of others, and thus has both general and special civil procedural legal status arising under or in connection with his civil procedural legal subjectivity. And if a general civil procedural status of a solicitor as a representative is formed with those general civil procedural rights, obligations and interests vested to each persons involved in the cases, his special civil procedural status is a set of special civil procedural rights, obligations and interest, which solicitor as a representative is vested separately, individually. Let us consider the special civil procedural status of a solicitor as representative in details and try to determine those «borders», which should define the procedural activities of a solicitor in civil process.

According to item 1 part 1 art. 1 of the Law of Ukraine «On Legal Practice and Advocacy» (hereinafter – the Law) solicitor is a person who carries out legal practice on the grounds and in the order provided by law.

Item 2 part 1 art. 1 of the Law contains definition of legal practice – it is an independent professional activity of a



solicitor in order to provide legal defence, representation and other types of legal assistance to the client. Thus, according to the item 9 part 1 art. 1 of the Law, representation is a form of legal practice which is to ensure the rights and obligations of the clients, in particular, in civil proceedings.

CPC of Ukraine contains a similar provision, namely: in accordance with parts 1–2 art. 26, part 1 art. 40, part 1 art. 44 of the CPC of Ukraine, a solicitor in a civil process is a representative and belongs to the classification group of persons involved in the case.

The combined analysis of these legal provisions allows to make a conclusion that a solicitor, which is involved in a civil case, acquires the civil procedural status of contractual representative. Within this status a solicitor ensures the implementation of rights and obligations of the person whose interests he represents.

Thus his fundamental right is performing on behalf of the person he represents, all procedural actions that this person is entitled to perform.

It should be noted that the solicitor as a representative of a party, third person, state body or a person, who legally have the right to protect the rights, freedoms and interests of others, etc., participating in the proceedings is entitled to perform, on behalf of the person he represents, only procedural actions that this person has the right to perform, but he does not have the special subjective civil procedural rights of this person. On the basis of legal norm listed in the part 1 art. 44 of CPC of Ukraine, the civil procedure law authorizes the solicitor as a procedural representative to take on behalf of the person he represents all procedural actions that this person has the right to take. This person, in his turn, is the subject of subjective civil procedural rights; the implementation of these rights is mediated by appropriate procedural actions of his solicitor acting as a representative.

Herewith the distinction between a subject of subjective civil procedural right and a person who is authorized to perform his legal realization (a solicitor as procedural representative) is in the following:

a) the subject of the subjective civil procedural law disposes of benefits under this law, at his own discretion, and a solicitor – under and within the appropriate empowerment;

b) the actions of the subject of subjective civil procedural law create legal consequences for his own, as well as the actions of his solicitor entail legal consequences only for the person represented;

c) the subject of subjective civil procedural law may terminate the corresponding empowerment of the solicitor as his procedural representative at any time. However, the subjective civil procedural right of the subject is inalienable.

For example, a solicitor, as a representative of a plaintiff, who has the appropriate authorities, may take on behalf of the plaintiff the procedural action such as renunciation of a claim. Renunciation of a claim done by a solicitor entails procedural consequences which are the closing of the proceedings. This makes the repeated appeal to the court for the dispute between the same parties on the same subject and on the same reasons impossible for the plaintiff as a subject of a relevant subjective civil procedural right. In this case the plaintiff at any time can recall the empowerment of the procedural representative to reject the claim and commit the procedural action alone or refrain from committing.

Of particular note is the volume of the procedural actions, which a solicitor as a representative on behalf of a person he represents, can perform. However, before we start analysis

of this issue we would like to emphasize further the special approach of legislators toward those documents which certify authority of a solicitor as a representative in civil process. Thus, unlike other representatives, the empowerment of a solicitor can also be certified with a warrant, an order of the authorized body (institution), authorized by law to provide free legal assistance, or a contract. The order to be necessarily attached with an extract from the contract, which shall list the empowerments of a solicitor as a representative or restrictions of his rights to commit certain procedural action. The extract to be signed by the contracting parties (part 4 art. 42 of CPC of Ukraine).

Let's go back to the empowerments of a solicitor in civil process. In accordance with the parts 1, 2 art. 44 of CPC of Ukraine a representative who has the authority to conduct the case in a court may commit on behalf of a person he represents all procedural actions that this person has a right to perform unless certain restrictions are set in the power of attorney issued to the representative.

One can agree with V. Puchynskiy that vesting a representative of a court case with the rights and duties which are identical to those which the party has is classic situation in the countries of Anglo-Saxon legal system [9, p. 38]. However we will make the following remark on this: as it was already mentioned, a solicitor as a procedural representative does not have civil procedural rights and obligations of the party, he has the right to take on behalf of the person he represents only procedural actions that the person is entitled to perform.

Despite of the legal regulation of the volume of the procedural actions, which a solicitor is entitled to perform, this aspect still remains a subject of a scientific debate. The opinions of scientists dealing with proceedings on this subject can be divided into two groups.

The first group consists of the opinions of the following scientists (I. Il'yinska and L. Lesnytska [6, p. 21] and also Ya. Rosenberg [10, p. 103]), who shared the legislator's opinion concerning the necessity to empower the representative of civil process with the right to commit procedural actions in a scope that a person he represents has the right to perform.

According to the opinion of other scientists, a procedural representative shall be given with such scope of authorities, which should allow him to conduct representation of another person in civil process, but at the same time these authorities have to limit the possibility to determine the outcome of further development of the case [5, p. 10].

For example, N. Chechina and D. Chechot not denying the independent status of the procedural rights of the representative [12, p. 14] propose to limit him in exercising the right to appeal against decisions [1, p. 122].

Some scientists, referring to the position that «the party vested with substantive rights should determine the answers to these questions» propose to exclude from a number of the procedural actions, which the representative is entitled to perform in civil process, those actions aimed at: settlement of the voluntary agreement, change of the grounds or the subject of the claim, increase or decrease of the size of the claim or renunciation of a claim, recognition of the claim in a whole or partial [2, p. 7].

We believe that providing a procedural representative as well as a solicitor, acting in this civil procedural status, with a special subjective civil procedural right to perform on behalf of the person he represents all procedural actions that this person has the right to perform, covers fully an objective of the institute of civil process. So, having the power to commit

on behalf of the person he represents all procedural actions that the person has the right to perform, a solicitor as a procedural representative contributes more effectively to the person he represents in the exercising of his right to protect his rights, freedoms and interests. In this way, it is ensured fuller and more effective realization of civil procedural rights vested to the person and performance of obligations charged to the person including those during civil process. It is for purpose the CPC of Ukraine among the means of proving foresees the one such me as explanations of the representatives of the parties and third persons, questioned as witnesses. And among a number of general civil procedural subjective rights there is the right to give written and oral explanations to the court.

In addition, the person represented, can always limit a solicitor as a representative in commissioning of certain procedural actions either by specifying this in the power of attorney issued to him (part 2 art. 44 of CPC of Ukraine), or by submitting a written application to a court or by making an oral statement during court hearing (part 4 art. 44 of CPC of Ukraine).

Also the position of the legislator regarding consolidation of the empowerments of a representative in the civil process is fully consistent with the principle of discretionary of civil proceedings, since it fully ensures the ability of the person involved in the case and using the assistance of representative (willing to attract the representative to participate in a civil case) to manage his rights on the subject of the dispute in his sole discretion. With this the protection of the interests of the persons, who have the legal representatives, is carried out. In civil procedural legislation certain cases of non-recognition of renunciation of a claim by a court, renunciation of a claim by the plaintiff, recognition of the claim (part 5 art. 174 of CPC of Ukraine), non-recognition of the voluntary agreement (part 6 art. 175 of CPC of Ukraine) are stipulated, if certain actions are performed by a legal representative, if they are contrary to the interests of the people he represents.

Taking into account the above mentioned, we consider as inappropriate to limit the scope of the procedural actions that a representative is entitled to perform in civil procedural status including a status of a solicitor acting on behalf of a person he represents, by legal exclusion of any of these actions from a number of them.

Thus, a solicitor as a representative who has the authority to conduct the case in a court, according to part 1 art. 44 of CPC of Ukraine may perform on behalf of the person he represents all procedural actions that this person has a right to perform. However, the relevant regulation, as already noted, does not mean that a person he represents cannot limit the power of the procedural representative.

The legislator does not specify the nature and quantity of such limitations, allowing limiting the powers of a solicitor as a representative on the performance of any actions. Therefore, if a person wants to limit the right of his solicitor in commissioning certain procedural activities, he should state this in the power of attorney issued or the parties should specify this in the contract for legal assistance.

The certain attention should be drawn to the issue of exceeding of the powers by a solicitor as a procedural representative. As follows from the art. 241 of Civil Code of Ukraine, if a representative takes a procedural action that goes beyond his powers, than this action will have legal consequences for the person represented only in the case when this person approves committed procedural action. Further approval of the procedural action taken by the representative while exceeding

his powers granted to him by a person represented, creates, modifies and terminates the rights and obligations of this person from the moment of the commission of this action.

Meanwhile, since the person can vest the solicitor as a representative with the empowerments via the contract (part 4 art. 42 of the CPC of Ukraine), the rules set out in the parts 2, 4 art. 44 of CPC of Ukraine, as it seen, should be extended to such cases. Meaning that a person wishing to limit the powers of his representative can specify this in the contract concluded with this representative. This position is also shared by the Plenum of the Supreme Court of Ukraine (item 9 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine of 12 June 2009 year № 2 «On the application of the rules of civil procedure law in proceedings in the first-instance court»).

Therefore it is reasonable to amend the part 2 art. 44 of the CPC of Ukraine, by adding after the words «in the power of attorney issued to him» the words «or in the contract» and also adding to the part 4 of the same article after the phrase «limitation of the powers of the representative by the letter of attorney» the phrase «by a warrant or a contract».

Moreover, according to part 4 art. 44 of CPC of Ukraine, the power of a solicitor as a representative can be also limited by: a) the submission of a written application to the court, which must be added to the case; b) the oral statement during the hearing, which is noted in the case book.

At the same time we stress: since a solicitor as a representative is a person who is involved in the case, we believe he is in any case vested with the general civil procedural legal status, meaning that he has general civil procedural rights and obligations stipulated in art. 27 of CPC of Ukraine. For this reason the person represented, cannot limit him in carrying out those procedural action which make the content of these rights. The representative can be only limit in exercising of those procedural actions, which make the content of special civil procedural rights, in particular those provided in art. 31 of the CPC of Ukraine.

If we analyse the CPC of Ukraine and the Law on subject of the rights that a solicitor is given while performing representation in civil process, one may find out that these legislative acts empower a solicitor with some different scope of legal authorities.

As we have already noted, since solicitor belongs to the classification of persons involved in the case, he is vested with general procedural rights and obligations like all other members of civil process. In addition, pursuant to the provisions of the CPC of Ukraine he has the special civil procedural right – the right to perform on behalf of the person he represents all procedural activities that the person has the right to perform.

At the same time, the Law provides a solicitor with a wider scope of authorities while his representation and imposes additional obligations on him.

In particular, as follows from part 1 art. 20 of the Law, a solicitor shall have the following special rights: apply with legal requests, including those to obtain copies of documents, to the state government, local authorities, their officers and employees, enterprises, institutions, organizations, public unions and associations, and also to individuals (with the consent of such individuals) (art. 1); collect information about facts that can be used as evidence, in a legal way to request, receive and withdraw objects, documents, copies, get acquainted with them and interview persons with their consent (art. 7); use technical means, including the ones to copy materials of the case, in which the solicitor provides or performs other legal assistance, record procedural actions in which he is involved as

well as the progress of court hearing in the manner prescribed by law (art. 8); certify copies of documents related to the cases he is involved, unless the law stipulates another mandatory way to certify copies of the documents (art. 9); receive written conclusions of experts on matters which require specialized knowledge (art. 10); use other rights provided by law (art. 11).

It should be noted that the special rights of a solicitor mentioned above, mostly associated with evidentiary activity, and provide to a subject of civil procedural proceedings a broad scope of judicial authority in this area.

Along with the rights, based on his special material and legal status, the law imposes on a solicitor special obligations, such as: keep oath of solicitor of Ukraine and rules of legal ethics; on request of the client to provide a report on the implementation of the agreement on legal assistance; promptly inform the client on a conflict of interest; improve their skills; implement the decisions of the legal profession; protect the personal data of individuals, which he owns, according to the legislation on protection of personal data; perform other obligations provided by law and contract for legal assistance (items 1, 3 art. 21 of the Law).

It should be noted that a solicitor is endowed with these respective rights and obligations regardless to the type of civil proceedings in which he participates while representing another person.

Thus, it can be stated that a solicitor while taking part in a civil case in legal status of contractual representative, based on his special material and legal status, has a broad scope of procedural rights in the field of evidence and a wide range of obligations related to the interests of the person he represents, in the course of civil proceedings.

In connection with the fact that solicitor is endowed with the broader legal status than other contracted representatives, the discussion is regularly raised in scientific literature about whether or not to allow to the case and provide with the civil procedural status of representative those individuals who do not have expertise in law. Some scientists state that taking into account the interests of citizens they have to be guaranteed with certain level of competence of legal assistance in court, in this case they have to be secured with the mandatory rule of operating through solicitors (rule of solicitors' monopoly) at least for courts of certain level or certain categories of cases, and expand the list of persons who may not act as representatives in court [4, p. 108, 110]. For example it is recommended to reform in this way the advocacy in Russia, in particular, to establish standards for «consultants non-solicitors» that would be as close as possible to the regulation of the legal performance of solicitors [7, p. 13].

Other scientists think that generally appropriate professional qualifications (such as weight categories for athletes) must be established for representatives of the cases, for example, especially important civil cases, and it is needed to take into account that only the most experienced specialists, and not solicitors with low qualifications, are eligible to apply to a higher court (the Supreme Court of Ukraine) [3, p. 1–2].

In addition, mandatory participation of solicitors in some categories of civil cases is provided by legislation of some countries. Thus, according to item 2 § 78 of the Civil Procedural Code of Germany, the spouses must be represented in courts for family matters by solicitors who are admitted to the district court or court of the land.

However, the questions arise: can it be considered appropriate if only solicitors perform the function of procedural representative and whether it can ensure the appropriate level

of legal assistance in court? In our opinion – no. For a number of reasons.

Firstly, the introduction of relevant norm would fully contradict one of the basic principles of civil proceedings – principle of optionality, according to which individuals involved in the case, dispose their rights on the subject of argument at their own discretion and thus have right to choose which way to exercise their civil procedural rights and fulfil their civil procedural obligations.

Secondly, a representative in civil process – is a person who, above all, empowered with subjective civil procedural right to undertake procedural actions in the court in interests and on behalf of the person he represents, and not to provide qualified legal assistance to the person he represents. Of course, protection of the interests of the relevant person in this case is also possible, but it should be kept in mind that the protective function plays a supporting role in procedural representation, which main purpose is assisting a person in exercising of his civil procedural rights and fulfilment of civil procedural obligations.

Thirdly, not all persons involved in the case have financial possibility to ensure representation of their interests in court by solicitors, whose services, as a general rule, are paid.

Fourth, it is not always that a person having a certificate on legal practice can ensure an appropriate level of legal assistance in court (due to lack of education, personal qualities, age, etc.). Among the legal community there are many professionals who, not being solicitors, effectively perform representative functions in court.

So, again, let us ask a rhetorical question: whether to limit the range of procedural representatives exclusively to solicitors? We stick to the position of appropriateness of admission as representatives in the case both solicitors and other persons who meet the requirements of the law. We emphasize: this way is selected by legislator by providing this normative rule in part 1 art. 40 of CPC of Ukraine.

While researching the participation of solicitor in civil process of Ukraine, let us pay attention to the problem of the multiplicity of these entities during consideration and decision in civil cases.

According to § 84 of the Civil Procedure Code of Germany, a few authorized persons have the right to represent one side together or individually. Although the Ukrainian legislator uses the singular form of the word «representative», in our view, a person cannot be limited in number of solicitors who represent his interests.

We agree with the I. Pavlunyk who believes that, while considering the issue of multiplicity of representatives on the side of one person, one must take into account the following: a) several representatives from the side of particular person while simultaneously participating in the proceeding must agree among themselves their legal position in the case; b) any contradictions between them during proceeding are unacceptable; c) any procedural actions of one of the representatives within his authorities should be seen as those committed with the consent of other members, acting on the same side; d) the trustee may split the procedural actions between several representatives, identifying those actions that each of them is entitled to perform [8, p. 9].

The problematic aspect of the institution of multiplicity of solicitors as procedural representatives is the way of legalizing their authorities. Of course, it should be guided by the general rules of art. 42 of the CPC of Ukraine. Solicitors as contracted procedural representatives are usually assessed to the case on the



basis of attorney issued by a person involved in the case. But the questions arise: can the authorities of all solicitors in case of their multiplicity be certified with one letter of attorney? Whether it is appropriate to issue a separate letter of attorney to each of them and to provide the right to act independently of each other?

In our opinion in certain cases is not feasible to issue one letter of attorney to several solicitors on behalf of one trustee due to the following.

First of all, we should not forget that the grounds and procedures for termination of representation by proxy shall be determined in accordance with the civil legislation of Ukraine. For example, part 1 art. 250 of Civil code of Ukraine provides the representative with the right to deny those actions, identified by letter of attorney, which entails the termination of representation by proxy (item 3 part 1 art. 248 of Civil code of Ukraine). In this case, according to part 3 of art. 248 of Civil code of Ukraine, the representative shall immediately return the letter of attorney. This automatically entails termination of representation by proxy in respect of other solicitors. This seems to be inconvenient because of the need for further reissue of the letter of authority or certificate of solicitors' power of those who remained, using the procedure, specified in art. 42 of the CPC of Ukraine. The same applies to other grounds for termination of representation by proxy for one of few representatives (revocation of the letter of attorney by the person who issued it, recognition of disability of a person to whose name the letter of attorney was issued, etc.).

Also, while certifying authority of solicitors, in case of their multiplicity, special attention to be paid to one thing: it is advisable that each letter of attorney contains statement that «the most important» legal proceedings on behalf of the trustee, such as the recognition of the claim, conclusion of the amicable agreement, etc., can be implemented by solicitors only with their mutual consent. In this case, the position of the person represented, will be more secure.

Bearing this in mind, we consider as appropriate to fix in the civil procedural legislation of Ukraine the normative rule, according to which in case of certifying of multiple representatives with the letter of attorney each of them should receive a separate document with clearly defined scope of the procedural actions, he is entitled to perform, and indicating the number of actions that can be committed by procedural representatives only upon their mutual consent. The same algorithm can also be applied when authorities of a solicitor as a representative are certified with an agreement.

As a result we suggest to add the art. 42 of the CPC of Ukraine with additional part with the following content: «When authorities of representatives, in case of their multiplicity, are certified with the letter of attorney or an agreement, each of them should receive a separate document with clearly defined scope of authorities and specified number of actions that can be committed by representatives only on the basis of their mutual consent».

Conclusions. Thus, within this article we considered some problematic aspects of participation of a solicitor in a civil process of Ukraine. The major scientific achievements can be summarized with the following provisions:

1) it is inappropriate to limit the scope of the procedural actions, that the representative is entitled to perform in civil procedural status including a status of a solicitor acting on behalf of a person he represents, by legal exclusion of any of these actions from a number of them;

2) since a person may empower a solicitor, as a contracted procedural representative, along with a power of attorney also

with a contract (part 4 art. 42 CPC of Ukraine), the rules set in parts 2, 4 of art. 44 of CPC Ukraine, should be extended to such cases as well. Therefore, it is appropriate to amend the part 2 art. 44 of the CPC of Ukraine, adding to the words «in the power of attorney issued to him» the words «or in the contract» and in part 4 of the same article adding the wording «by a warrant or a contract» after the phrase «limitation of the powers of the representative by the letter of attorney»;

3) based on the fact that a solicitor as a representative is a person involved in the case, he in any case has the general civil procedural legal status. For this reason the person being represented, cannot limit him in performance of the procedural actions which are the content of these rights;

4) based on the part 1 of art. 40 of CPC of Ukraine it is necessary to allow to participate in a case contractual representatives of any persons including those who do not have judicial education however meet the requirements specified by law;

5) aiming at the improvement of civil procedural legislation of Ukraine in a context of legal regulation of the method of arrangement of the authorities of the solicitors and other contractual representatives in case of their multiplicity we suggest to add the art. 42 of CPC of Ukraine with additional part with the following content: «When authorities of representatives, in case of their multiplicity, are certified with the letter of attorney or an agreement, each of them should receive a separate document with clearly defined scope of authorities and specified number of actions that can be committed by representatives only on the basis of their mutual consent».

All other problems which arise from participation of a solicitor in civil process of Ukraine including the detailed investigation of the peculiarities of such participation in different types of civil proceedings are above scope of research of this article and provide possibilities for further scientific explorations.

## References

1. Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса / [Д. М. Чечот, Н. А. Чечина, Л. А. Кривоносова и др.] ; отв. ред. Н. А. Чечина, Д. М. Чечот. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1979. – 192 с.
2. Беспалов О. О. Повноваження представника за новим ЦПК / О. О. Беспалов // Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. – № 2(4). – С. 7.
3. Волосенко С. О. Змагальність і представництво в суді / С. О. Волосенко // Нотаріат Адвокатура Суд. – 2006. – № 1(15). – С. 1–2.
4. Гражданский процесс: [учеб.] / [А. П. Вершинин, Л. А. Кривоносова, М. А. Митина и др.] ; под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Проспект, 1998. – 472 с.
5. Ивакин В. Н. Представительство в советском гражданском процессе. Вопросы теории и практики : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : специальность 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / В. Н. Ивакин. – М., 1981. – 24 с.
6. Ильинская И. М. Судебное представительство в гражданском процессе / И. М. Ильинская, Л. Ф. Лесницкая. – М. : Юрид. лит., 1964. – 164 с.
7. Насадюк А. Унификация в обмен на монополию. Каким путем пойдет реформирование российской адвокатуры? / А. Насадюк // Юридическая практика. – 8.03.2011. – № 10(689). – С. 13.



8. Павлуник І. А. Представництво у цивільному процесі України : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. А. Павлуник. – К., 2002. – 19 с.

9. Пучинский В. К. Участники буржуазного гражданского процесса (Англия, США, Франция) : [учеб. пособие] / В. К. Пучинский. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1991. – 48 с.

10. Розенберг Я. А. Представительство по гражданским делам в суде и арбитраже / Я. А. Розенберг ; отв. ред. Я. Я. Страутманис. – Рига : Зинатне, 1981. – 148 с.

11. Фурса С. Я. Адвокат у цивільному процесі : [наук.-практ. посіб.] / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2006. – 448 с.

12. Чечот Д. М. Участники гражданского процесса / Д. М. Чечот. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – 191 с.



УДК 364.543:336.15:347.44(477+4СС)

## ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ ПАЙОВОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Дмитро КЛАПАТИЙ,

аспірант кафедри цивільного права та процесу  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

A comparative analysis of the procedure of concluding a contract of managing the assets of the share investment fund according to the laws of Ukraine and of the state parties of the European Union is conducted in article. The stages of concluding a contract are highlighted and characterized. Procedure of making an offer and an acceptance is elucidated. Experience of the state parties of the European Union in the context of legal regulation of the relations between the management company and fund investors, procedure of these relations occurrence is elucidated as well as the order of informing investors about the contract conditions. Proposals concerning the improvement of the laws of Ukraine about share investment funds are provided.

**Key words:** share investment fund, contract of managing assets of the share investment fund, offer, acceptance.

### АНОТАЦІЯ

У статті здійснено порівняльний аналіз порядку укладення договору про управління активами пайового інвестиційного фонду за законодавством України та держав-членів Європейського Союзу. Виокремлено й охарактеризовано стадії укладення цього договору. Охарактеризовано порядок здійснення акцепту та оферти на укладення договору. Висвітлено досвід держав-членів Європейського Союзу в контексті законодавчого закріплення договірних відносин між компанією з управління активами інвестиційного фонду та інвесторами фонду, особливості регламентації порядку виникнення цих правовідносин, а також порядок інформування інвесторів про умови договору. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України про пайові інвестиційні фонди.

**Ключові слова:** пайовий інвестиційний фонд, договір управління активами пайового інвестиційного фонду, оферта, акцепт.

**Постановка проблеми.** Чинне законодавство України, що регламентує особливості залучення грошових коштів індивідуальних інвесторів за допомогою пайових інвестиційних фондів (далі – пайовий фонд) з метою подальшого інвестування, перебуває на етапі свого становлення в Україні. Чимало дискусійних питань породжує правова природа правовідносин, які виникають між компанією з управління активами та учасниками пайового фонду, зокрема, у контексті процедури укладення договору управління активами пайового інвестиційного фонду (далі – договір управління активами ПФ). Тому зростає необхідність здійснення порівняльних цивільно-правових досліджень законодавчої регламентації функціонування пайових фондів в Україні та державах, у яких законодавчо закріплюється конструкція інвестиційних фондів договірного типу, яким є також пайовий фонд.

**Актуальність теми.** Наукові дослідження, присвячені правому регулюванню функціонування пайових фондів, проводилися на національному рівні та представлені працями О.М. Гнатів, В.І. Бірюкова, К.В. Шапаренкова, О.Ю. Кампі, С.О. Віхрова. Вони стосувалися насамперед цивільно-правових аспектів управління активами пайових фондів, правового статусу компанії з управління активами, особливостей розміщення, обігу та викупу інвестиційних сертифікатів пайового фонду тощо. У дисертаційному дослідженні О.А. Слободяна [1, с. 8] увага зосереджувалася на особливостях укладення договору управління пайовим фондом, при цьому здійснювався аналіз норм Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15.03.2001 р. № 2299-III (далі – Закон України

про ІСІ від 2001 р.), який був чинний на той час, проте сьогодні вже втратив чинність. Водночас комплексні дослідження правової регламентації процедури укладення договору управління активами ПФ у порівняльній перспективі не проводилися. Про актуальність цього дослідження свідчать також узяті Україною не себе зобов'язання, закріплені в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії, і їхніми державами-членами, з іншої сторони (ратифікованій Законом України від 16.09.2014 р. № 1678-VII). Додаток № 17 «Нормативно-правове наближення» до цієї угоди покладає на Україну, зокрема, обов'язок упровадити положення Директиви № 2009/65/ЄС Європейського Парламенту Ради Європи «Про узгодження законів, підзаконних та адміністративних положень, що стосуються інститутів спільного (колективного) інвестування в цінні папери, що підлягають обігу (UCITS)» від 13.07.2009 р. (далі – Директива № 2009/65/ЄС) протягом чотирьох років із моменту набрання Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії, і їхніми державами-членами, з іншої сторони, чинності [2]. З огляду на те, що більшість держав-членів Європейського Союзу вже імплементували або імплементують положення цих документів, корисним буде також вивчення зарубіжного досвіду в цьому контексті.

Теоретичною основою нашого дослідження стали праці вітчизняних і зарубіжних учених, а саме: Валлас Ван Ю. Ванг, Дж. Варбартона, В.В. Вітряського, О.М. Гнатів, Е. Дауера, О.Р. Зайцева, В.М. Коссака, І.М. Ліфшица,

М.П. Лукінської, С.А. Ножкина, О.А. Слободяна, Т.Т. Оксюка, М.С. Укпаєва та інших.

**Мета статті** полягає в проведенні аналізу правового порядку укладення договору управління активами пайового фонду за законодавством України порівняно із законодавством держав-членів Європейського Союзу, у яких передбачено аналогічну чи подібну за правовою природою конструкцію інвестиційного фонду договірної типу.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** За критерієм внутрішньої структури (побудови) інвестиційні фонди прийнято поділяти на *інвестиційні фонди договірної типу*, які створюються й функціонують згідно з нормами договірної права (наприклад, у Німеччині, Швейцарії, Франції, Люксембургу тощо) або нормами права довірчої власності (наприклад, у Великобританії, Ірландії, Новій Зеландії тощо), та *інвестиційні фонди корпоративного типу*, в основу побудови яких покладено норми корпоративного права, а сам фонд є суб'єктом правовідносин [3, с. 758; 4, с. 760]. Ключовими особливостями пайового фонду як інвестиційного фонду договірної типу є такі: 1) він позбавлений правосуб'єктності, тому не наділений статусом суб'єкта правовідносин; 2) ініціатива щодо його створення походить саме від компанії з управління пайового фонду; 3) права й обов'язки інвесторів-учасників пайового фонду та компанії з управління активами визначаються в розроблених компанією з управління правилами пайового фонду, які залежно від специфіки законодавчого регулювання конкретної країни можуть втілюватися в регламенті пайового фонду, правилах пайового фонду або договорі.

Частиною 1 ст. 42 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 р. № 5080 (далі – Закон України про ІСІ від 2012 р.) передбачається, що пайовий фонд створюється компанією з управління активами, яка повинна вчинити комплекс дій у визначеній законом послідовності. Слід зазначити, що Закон України про ІСІ від 2001 р., який визначав особливості функціонування пайових і корпоративних інвестиційних фондів до кінця 2013 р., у ст. 25 містив згадку про договір приєднання до пайового фонду та визначав порядок акцепту пропозиції компанії з управління активами укласти договір приєднання до пайового інвестиційного фонду. Таке прийняття пропозиції здійснювалось інвестором шляхом придбання інвестиційних сертифікатів пайового фонду за грошові кошти. Відповідно, була усталеною й судовою практика національних судових установ. Так, зокрема, у Рішенні Господарського суду м. Києва від 22.11.2012 р. у справі № 5011-16/11485-2012 зазначалося: «Договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Отже, проспект емісії з усіма додатками до нього (регламентом, інвестиційною декларацією тощо) і є формуляром, що містить умови договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду. Приєднання до цього договору відбувається шляхом придбання інвестиційних сертифікатів цього фонду».

Незважаючи на те, що законодавче формулювання «договір приєднання до пайового інвестиційного фонду», яке вживалося в Законі України про ІСІ від 2001 р., не зовсім правильно відображало суть правовідносин, що виникали між компанією з управління активами та учасниками пайового фонду, Закон України про ІСІ від 2001 р. чітко вказував на договірну природу правовідносин між цими суб'єктами

інвестиційної діяльності та важливо окреслював природу пайового фонду як власне договірної правової конструкції. Нині чинний Закон України про ІСІ від 2012 р. під час регламентації правовідносин між компанією з управління активами та учасниками пайового фонду взагалі не вживає термін «договір», що є, на наше переконання, його істотним недоліком. Водночас Закон України про ІСІ від 2012 р., як і підзаконні нормативні акти, прийняті на виконання цього закону, вживає терміносполучення «договір про управління активами корпоративного фонду» під час регламентації особливостей функціонування корпоративного фонду, зазначаючи при цьому, що такий договір укладається між корпоративним фондом і компанією з управління активами. Слід зауважити, що неоднозначним є також досвід правової регламентації, яка існує в зарубіжних державах. Проведений аналіз законодавства про інвестиційні фонди зарубіжних країн дозволяє виокремити два способи законодавчого закріплення договірних відносин між компанією з управління активами договірної фонду та його учасниками:

1) законодавство чітко передбачає, що між учасниками договірної фонду та компанією з управління активами укладається договір і, відповідно, вживається термін «договір». Також зазначається про існування правил фонду, положення яких і містять умови договору. До таких країн належать Росія [5], Казахстан [6], Швейцарія [7] тощо. Так, ст. 19 Закону Республіки Казахстан «Про інвестиційні фонди» від 07.07.2004 р. № 576-ІІ передбачено, що за договором довірчого управління активами пайового інвестиційного фонду інвестор передає в довірче управління управляючій компанії гроші з метою їх об'єднання з грошима інших інвесторів у пайовий інвестиційний фонд та подальшого здійснення інвестування цих грошей згідно з правилами фонду [6];

2) законодавство вказує на наявність договірних відносин між компанією з управління активами та учасниками договірної фонду, водночас термін «договір» не вживається. Правовідносини між компанією з управління активами та учасниками фонду регламентуються правилами фонду, умови яких приймають учасники фонду, придбаючи сертифікати (купони, паї тощо) фонду. Ця група країн охоплює Люксембург [8], Австрію [9], Естонію [10], Словенію [11], Словаччину [12], Францію [13], Литву [14] тощо. Наприклад, ст. 119 Закону Словенії «Про інвестиційні фонди та компанії з управління активами» передбачає, що правила пайового фонду *визначають зміст правовідносин між компанією, яка здійснює управління пайовим фондом, і володільцями інвестиційних купонів фонду* [11]. Саме такий підхід, на нашу думку, є притаманним більшості держав-членів Європейського Союзу. У свою чергу національне законодавство України не передбачає ні укладення окремого договору між компанією з управління активами та учасниками пайового фонду, ні того, що між вказаними суб'єктами існують будь-які правовідносини.

Процедуру укладення договору управління активами пайового фонду можна охарактеризувати декількома етапами. Першим етапом є розробка й затвердження в установленому порядку компанією з управління активами документів, що визначатимуть особливості функціонування пайового фонду. Саме умови, які буде визначено в цих документах, становитимуть пропозицію до укладення договору управління активами пайового фонду. Зокрема, мова йде про регламент пайового фонду, інвестиційну декларацію та проспект емісії інвестиційних сертифікатів пайового фонду. Інвестиційна декларація та

регламент пайового фонду є складовими частинами проспекту емісії. Ключовим документом є саме регламент пайового фонду. Закон України про ІСІ від 2012 р. в ст. 44 визначає перелік істотних умов і відомостей, які повинен містити регламент пайового фонду, а саме: порядок визначення вартості чистих активів фонду та ціни розміщення інвестиційних сертифікатів, порядок визначення розміру винагороди компанії з управління активами й покриття витрат, пов'язаних із діяльністю фонду, тощо. Вважаємо, що ст. 44 Закону України про ІСІ від 2012 р. передбачає не весь спектр відомостей, які повинен містити регламент пайового фонду. Не вирішує цю проблему також Положення про реєстрацію регламенту інститутів спільного інвестування та ведення Єдиного державного реєстру інститутів спільного інвестування, затверджене Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 18.06.2013 р. № 1047 [15], яке хоча й деталізує перелік обов'язкових відомостей, однак цей перелік не містить положень, що вказували б на існування договірних правовідносин між компанією з управління активами та учасниками пайового фонду (наприклад, умови про права й обов'язки учасників пайового фонду, які є власниками інвестиційних сертифікатів фонду). Так, ст. 46 Закону Литви «Про інститути спільного інвестування» передбачає, що правила інвестиційного фонду повинні визначати також права й обов'язки учасників фонду, права й обов'язки компанії з управління активами під час здійснення управління інвестиційним фондом [14].

Якщо регламент пайового фонду повинен визначати порядок функціонування фонду та зміст договірних правовідносин між учасниками фонду й компанією з управління активами, то проспект емісії містить інформацію про особливості розміщення інвестиційних сертифікатів фонду, які дають учаснику пайового фонду право на участь у пайовому фонді та право на визначену частку активів фонду. Водночас інвестиційна декларація є складовою частиною регламенту пайового фонду, що передбачає основні напрями й обмеження інвестиційної діяльності інституту спільного інвестування. Законодавство держав-членів Європейського Союзу, як правило, не виділяє такий окремий документ, як інвестиційна декларація, а інформація про напрями й обмеження інвестиційної діяльності компанії з управління активами є однією з відомостей регламенту, як це має місце, наприклад, у законодавстві Словаччини [12] та Естонії [10]. Розроблені компанією з управління активами регламент і проспект емісії інвестиційних сертифікатів в Україні та державах-членах Європейського Союзу підлягають затвердженню національним регулятором.

Наступний етап укладення договору безпосередньо пов'язаний із випуском інвестиційних сертифікатів пайового фонду, інакше кажучи, здійсненням компанією з управління активами оферти. Під час укладення будь-якого договору вагоме значення має те, чи є та або інша пропозиція офертою, оскільки в разі, якщо пропозиція укласти договір вважатиметься офертою та буде прийнята іншою стороною, оферент стає стороною договору й повинен виконати заявлені в оферті умови [16, с. 102]. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (далі – ЦК України) у ч. 1 ст. 641 передбачає, що пропозиція щодо укладення договору повинна містити істотні умови договору та виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною в разі її прийняття. А.А. Мережко, аналізуючи законодавчі вимоги до оферти, які існують у країнах загального права,

вказує, що в оферті повинен чітко виражатися намір оферента бути зобов'язаним умовами оферти в разі її акцепту, умови оферти повинні чітко визначатися, оферта повинна передаватися оферентом адресату оферти, щоб адресат міг ознайомитися зі змістом оферти [16, с. 103]. З огляду на те, що проспект емісії інвестиційних сертифікатів пайового фонду повинен містити текст регламенту пайового фонду, зареєстрований Національною комісією з цінних паперів і фондового ринку (далі – НКЦФР) і засвідчений підписом уповноваженої особи компанії з управління активами та її печаткою, проспект емісії слід вважати офертою на укладення договору управління активами пайового фонду.

Нормативна вимога про обов'язкове розміщення проспекту емісії інвестиційних сертифікатів на веб-сайті компанії з управління активами, веб-сайті фондової біржі, через яку планується здійснити розміщення інвестиційних сертифікатів протягом десяти днів із моменту реєстрації проспекту емісії, а також вимога про опублікування проспекту емісії в спеціалізованому друкованому виданні НКЦФР не пізніше ніж за десять днів до дати початку укладення договорів із першими учасниками [17] вказує на публічність договору управління активами пайового фонду, а також на те, що норма ст. 633 ЦК України, яка закріплює поняття публічного договору, є дотриманою. У разі приватного розміщення інвестиційних сертифікатів венчурного фонду публічна оферта відсутня, оскільки інвестиційні сертифікати розміщуються серед задалегідь визначеного кола осіб.

Наявність у проспекті емісії інвестиційних сертифікатів пайового фонду або в регламенті пайового фонду недостовірних відомостей може стати підставою для відмови в проведенні реєстрації цих документів НКЦФР. Загалом, якщо аналізувати норми чинного законодавства України про інститути спільного інвестування, зокрема норми Закону України про ІСІ від 2012 р., можна дійти висновку, що нормами цих документів питання правдивості інформації, розміщення рекламних матеріалів і механізмів захисту інвесторів, якщо їм завдано збитків унаслідок неправдивої інформації тощо, залишаються неврегульованими, за винятком існування загальних норм, які при цьому мають бланкетний характер. Водночас законодавство держав-членів Європейського Союзу значно більшу увагу приділяє питанням правового регулювання захисту прав та інтересів інвесторів у разі завдання їм збитків недостовірною інформацією, яку опубліковано в документах інституту спільного інвестування. Так, зокрема, ст. 158 Закону Словаччини «Про колективне інвестування» містить норму про те, що компанія з управління активами, яка в проспекті емісії цінних паперів вказала неповну або неправдиву інформацію, повинна на вимогу власника паю інвестиційного фонду відшкодувати йому вартість паю на момент його випуску, якщо така сума є більшою за суму викупу паю на момент звернення з вимогою. Якщо вартість паю під час випуску була нижчою, то, відповідно, компанія з управління активами відшкодовує вартість паю за ціною на момент звернення з такою вимогою. Водночас міститься застереження: правило не застосовується, якщо власник паю на момент укладення договору знав або міг знати, що інформація, зазначена в проспекті, є неповною або неправдивою. Окрім того, ст. 158 Закону Словаччини «Про колективне інвестування» передбачено часові межі звернення власника паю з такою вимогою [12].

Під час укладення договору управління активами пайового фонду важливою з точки зору інвестора є також



оцінка ризиків реалізації інвестором інвестиції шляхом участі в пайовому фонді. У цьому контексті погоджуємося з думкою науковців, які, характеризуючи цей договір, відносять до його істотних ознак також наявність ризикового характеру [3, с. 3]. Аналізуючи норми базового Закону України про ІСІ від 2012 р., доходимо висновку, що нормотворець взагалі не приділив увагу питанням ризиковості спільного інвестування, як і не включив до складу діяльності зі спільного інвестування таку її ознаку, як ризиковість. Загалом слово «ризик» у Законі України про ІСІ від 2012 р. вжито лише один раз щодо учасників корпоративного фонду, які «несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю інституту спільного інвестування». Водночас законодавство про інститут спільного інвестування держав-членів Європейського Союзу не лише визначає діяльність із колективного інвестування ризиковою, а й закріплює у зв'язку із цим низку гарантій для інвесторів. Яскравим у цьому контексті є законодавство Люксембургу. Так, ст. 151 Закону Люксембургу «Про інститути спільного інвестування» передбачає, що проспект емісії повинен включати інформацію, необхідну інвестору, щоб прийняти поінформоване рішення щодо способу інвестування, який йому запропоновано, зокрема, про ризики, які із цим пов'язані. Проспект незалежно від об'єктів інвестування повинен передбачати чіткий і легкий для розуміння опис інформації про ризики участі у фонді [8]. Так, наприклад, дотримання цього правила компаніями з управління активами Люксембургу можна проілюструвати положеннями проспекту емісії інвестиційного фонду «Євробанк ЛФ» (Eurobank LF) Люксембургу, де в розділі «Важлива інформація» зазначено: «Інвестування у фонд тягне за собою ризики, у тому числі ризик втрати майна» [18].

Розміщення інвестиційних сертифікатів пайового фонду тісно пов'язане з організацією компанією з управління активами пайового фонду відповідної рекламної кампанії. Чинний Закон України про ІСІ від 2012 р. передбачає, що реклама інституту спільного інвестування та його цінних паперів регулюється Законом України «Про рекламу» з урахуванням Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Жодних додаткових вимог до реклами інституту спільного інвестування Закон України про ІСІ від 2012 р. не передбачає. Водночас норми Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.1996 р. № 448/96-ВР встановлюють відповідальність юридичних осіб за розповсюдження реклами або внесення змін до реклами цінних паперів і фондового ринку без її попереднього подання НКЦФР. Цікавим у цьому контексті є зарубіжний досвід. Зокрема, ст. 128 Закону Австрії «Про інвестиційні фонди» передбачає, що реклама сертифікатів інвестиційних фондів повинна здійснюватися з одночасним посиланням на опублікований в установленому порядку проспект емісії. Водночас рекламні матеріали, які надаються інвесторам, повинні чітко вказувати, що це реклама, інформація повинна бути правдивою, чіткою та не вводити в оману. Окрім того, ст. 128 Закону Австрії «Про інвестиційні фонди» містить застереження, що будь-яка рекламна інформація, яка запрошує придбавати сертифікати інвестиційного фонду, не повинна суперечити положенням проспекту [9]. Слід зазначити, що майже аналогічну норму закріплено в ст. 158 Закону Люксембургу «Про інститути спільного інвестування» [8].

Приймаючи рішення про вкладення своїх грошових коштів у пайовий інвестиційний фонд із метою їх подаль-

шого об'єднання з грошовими коштами інших учасників фонду й інвестування, а також про укладення договору про управління активами пайового фонду, інвестор може ознайомлюватися зі змістом умов майбутнього договору, аналізуючи проспект емісії інвестиційних сертифікатів фонду. Окрім того, за наявності відповідних рекламних матеріалів інвестор також може оцінити перспективу колективного інвестування за допомогою фонду. Якщо національне законодавство України питанню прийняття інвестором інформованого рішення про участь або неучасть у пайовому фонді шляхом ознайомлення з достатньою та зрозумілою для нього інформацією приділяє незначну увагу, то законодавство країн Європейського Союзу, навпаки, детально регламентує обов'язок компаній з управління активами надати інвестору інформацію повною мірою та в доступній формі. Цьому слугувало прийняття Директиви № 2009/65/ЄС, якою було запроваджено поняття «key investor information» («ключова інформація для інвестора»). Згідно зі ст. 78 Директиви № 2009/65/ЄС держави-учасниці повинні вимагати від інвестиційних компаній та компаній з управління активами інвестиційних фондів розробляти документ, який міститиме ключову інформацію для інвестора. Така інформація повинна містити основні положення схеми UCITS щодо його ідентифікації, опис інвестиційних цілей та інвестиційної політики, інформацію про попередній досвід діяльності, можливі витрати й пов'язані видатки, інформацію про профіль інвестицій (ризик/винагороду за ризик тощо) [19]. Резюмуючи положення Директиви № 2009/65/ЄС, можна виокремити такі основні вимоги, що стосуються ключової інформації для інвестора: 1) інформація повинна викладатися лаконічно, «нетехнічною» мовою, давати змогу зробити порівняння та бути зрозумілою для інвесторів; 2) має чітко вказуватися, де можна отримати більш детальну інформацію про інститут спільного інвестування, текст проспекту емісії, річний або піврічний звіт; 3) ця інформація є інформацією, що надається інвестору перед укладенням договору (переддоговірною інформацією), є правдивою, чіткою та не вводить в оману; 4) сторона не несе цивільну відповідальність лише на підставі ключової інформації для інвестора, якщо така інформація вводить в оману, є неточною та не відповідає проспекту.

Так, наприклад, ст. 138 Закону Австрії «Про інвестиційні фонди» містить вимогу про те, щоб таку інформацію для інвестора було надано заздалегідь, до початку здійснення пропозиції оформити підписку на паї інвестиційного фонду. Окрім того, ця ж норма містить положення, згідно з яким компанія з управління активами, якщо вона здійснює випуск паїв не безпосередньо, а через посередників (агентів), повинна забезпечити посередника ключовою інформацією для інвестора, щоб посередник міг ознайомлювати потенційного інвестора з такою інформацією [9]. У Люксембургу імплементація в законодавство норм про ключову інформацію для інвестора сприяла формуванню єдиного підходу в галузі спільного інвестування, у якій до цього часу документи, які інвестиційні компанії пропонували інвесторам для ознайомлення, були різними як за змістовним наповненням, так і за зовнішнім оформленням. Водночас ключова інформація для інвестора дозволяє досягти двох цілей: забезпечити прозорість функціонування схеми колективного інвестування та ознайомити інвестора про істотні умови участі у фонді, а також дати змогу інвестору зробити порівняння умов інвестування в той чи інший фонд [20].

Акцепт оферти є наступним етапом укладення договору про управління активами пайового фонду. Порядок здійснення акцепту оферти викликає в науковців чи не найбільше дискусійних питань. Якщо позиція науковців, згідно з якою договір управління активами пайового інвестиційного фонду є договором приєднання, тобто інвестор фонду, укладаючи договір, приєднується до встановлених компанією з управління пайового фонду умов договору, що відображені в регламенті пайового фонду, є усталеною [1, с. 9; 21, с. 218], то дискусії викликає саме питання про те, з якого моменту вважається, що інвестор приєднався до договору про управління активами пайового фонду. Так, О.Р. Зайцев обґрунтовує позицію, що акцептом оферти на укладення договору управління активами пайового фонду слід вважати подання заявки на придбання паїв пайового фонду [21, с. 226]. Іншої думки дотримується О.А. Слободян, який вказує, що саме сплата грошових коштів інвестором свідчить про укладення договору управління пайовим інвестиційним фондом. При цьому вчений або юридична особа, що заявка на придбання цінних паперів є свідченням наміру інвестора придбати відповідну кількість інвестиційних сертифікатів пайового фонду [1, с. 8]. Даючи відповідь на це питання, слід проаналізувати положення ст. 45 Закону України про ІСІ від 2012 р., яка передбачає, що учасником пайового фонду є фізична або юридична особа, яка є власником інвестиційного сертифікату такого фонду. Водночас ст. 51 Закону України про ІСІ від 2012 р. передбачає, що особа, яка придбає інвестиційні сертифікати пайового фонду в їхнього емітента, зобов'язується оплатити такі цінні папери не пізніше трьох робочих днів із дня укладення *договору про придбання цінних паперів інституту спільного інвестування*. З наведених законодавчих положень постає, що особа стає учасником фонду, тому між нею й компанією з управління активами виникають правовідносини щодо управління активами фонду із часу, коли така особа оплатить вартість інвестиційних сертифікатів фонду та права на ці інвестиційні сертифікати будуть зараховані на рахунок інвестора – учасника пайового фонду. Відповідно, за своєю правовою природою договір про управління активами пайового фонду є реальним, тобто вважається укладеним із моменту сплати грошових коштів інвестором у рахунок придбання інвестиційних сертифікатів пайового фонду.

Однією з новел Закону України про ІСІ від 2012 р. є договір про придбання цінних паперів інституту спільного інвестування. Законодавство, яке діяло до набуття чинності Законом України про ІСІ від 2012 р., передбачало, що придбання цінних паперів інституту спільного інвестування здійснювалось на підставі заявки на придбання цінних паперів інституту спільного інвестування (далі – заявка), а сама заявка не відкликала. Безвідкличність заявки вказувала на те, що особа бере на себе зобов'язання оплатити вартість відповідної кількості цінних паперів, які були зазначені в заявці. У разі ж порушення цього зобов'язання така заявка анулювалася [22]. Нагомисть сьогодні законодавство передбачає, що одночасно з поданням заявки з особою укладається договір про придбання цінних паперів інституту спільного інвестування (далі – договір про придбання цінних паперів). Положення законодавства про те, що заявка не відкликається, уже втратило чинність. Отже, подання особою заявки та укладення нею договору про придбання цінних паперів опосередковує акцепт пропозиції на укладення договору

про управління активами пайового фонду. Вважаємо, що акцептом із боку потенційного учасника пайового фонду на укладення договору про управління активами пайового фонду буде вважатися належне виконання ним договору про придбання цінних паперів, тобто оплата вартості заявленої кількості інвестиційних сертифікатів фонду. Незважаючи на те, що законодавець вживає словосполучення «договір про придбання», аналіз чинного законодавства, як і текстів відповідних договорів, дає підстави вважати, що мова йде саме про договір купівлі-продажу цінних паперів [23]. Згідно зі ст. 655 ЦК України покупець приймає або зобов'язується прийняти майно чи товар та сплатити за нього певну грошову суму. З огляду на положення ст. 599 ЦК України, згідно з якою зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином, вважаємо, що в разі належного виконання умов договору про придбання цінних паперів (зокрема, з боку покупця-інвестора – оплати вартості інвестиційних сертифікатів пайового фонду, а з боку продавця – зарахування прав на вказані цінні папери на рахунок інвестора) договір про придбання цінних паперів буде вважатися виконаним, а зобов'язання за ним вважатимуться припиненими. Тому думка, що акцепт пропозиції на укладення договору про управління активами пайового фонду полягає в належному виконанні особою обов'язку щодо оплати інвестиційних сертифікатів, підтверджується. З огляду на це доходимо висновку, що акцепт пропозиції на укладення договору про управління активами пайового фонду здійснюється конклюдентними діями, які полягають у переданні майна (грошей) у пайовий інвестиційний фонд у рахунок оплати вартості інвестиційних сертифікатів пайового фонду за договором про придбання цінних паперів. У свою чергу договір про управління активами пайового фонду вважатиметься укладеним з учасником пайового фонду з моменту зарахування прав на інвестиційні сертифікати на рахунок учасника пайового фонду.

Загалом спосіб укладення договору про управління активами шляхом придбання цінних паперів пайового фонду та приєднання до правил фонду (тобто потенційний учасник фонду подає заявку на придбання цінних паперів та оплачує їх вартість, а компанія з управління активами зараховує права на цінні папери на рахунок учасника пайового фонду в разі існування цінних паперів у бездокументарній формі) є усталеним для більшості держав-членів Європейського Союзу. Зокрема, мова йде про законодавство Австрії, Литви, Естонії, Фінляндії, Словаччини тощо. Водночас цікавим є досвід Словенії в цьому контексті. Так, ст. 131 Закону Словенії «Про інвестиційні фонди» передбачає, що особа-підписник на цінні папери фонду приєднується до правил фонду, надаючи компанії з управління активами декларацію про приєднання (*declaration of accession*). Така декларація подається в письмовій формі або в іншій формі, передбаченій правилами фонду. Крім того, така декларація повинна вказувати, що вона стосується правил фонду, містити найменування фонду, найменування й зареєстроване місцезнаходження компанії з управління активами фонду, твердження про те, що особа-підписник приєднується до правил фонду, твердження про те, що особа-підписник отримала витяг із проспекту емісії до моменту приєднання до правил фонду тощо [11]. Наведений досвід Словенії яскраво вказує на спосіб укладення договору про управління активами інвестиційного фонду шляхом приєднання до стандартних умов, розроблених компанією з управління активами та погоджених національним регулятором.

**Висновки.** Таким чином, чинне законодавство України, яке визначає особливості функціонування пайових фондів, на відміну від законодавства держав-членів Європейського Союзу, чітко не вказує на існування договірних відносин між компанією з управління активами та учасником фонду, тому в цій частині законодавство потребує змін шляхом закріплення норми, що регламентує пайового фонду визначає зміст правовідносин між компанією з управління активами та учасником фонду. Окрім того, у законодавстві необхідно зазначити, що інвестор, придбаваючи інвестиційні сертифікати пайового фонду, приєднується до договору про управління активами пайового фонду.

Чинне законодавство України приділяє незначну увагу питанням належного інформування інвесторів про умови інвестування за допомогою пайового фонду, а також про пов'язані із цим ризики. У такому контексті корисним буде досвід зарубіжних країн, законодавство яких передбачає затвердження «ключової інформації для інвестора», що дає можливість інвестору в доступній формі прийняти правильне інвестиційне рішення.

Акцепт пропозиції на укладення договору про управління активами пайового фонду полягає в належному виконанні інвестором умов договору про придбання інвестиційних сертифікатів, а саме оплаті вартості таких сертифікатів.

#### Список використаної літератури

1. Слободян О.А. Цивільно-правове регулювання управління пайовим інвестиційним фондом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.А. Слободян. – К., 2013. – 19 с.
2. Нормативно-правове наближення : Додаток № 17 до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії, і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
3. Thompson J.K. Governance Systems for Collective Investment Schemes in OECD Countries / J.K. Thompson, S.-M. Choi [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/1918211.pdf>.
4. Warburton A.J. Should Mutual Funds Be Corporations? A Legal & Econometric Analysis / A.J. Warburton // The Journal of Corporation Law. – 2008 – № 3. – P. 746–776.
5. Об инвестиционных фондах : Федеральный Закон Российской Федерации от 29.11.2001 г. № 156-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_157068](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_157068).
6. Об инвестиционных фондах : Закон Республики Казахстан от 07.07.2004 г. № 576-II [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=1049233](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049233).
7. Federal Act on Collective Investment Schemes of Switzerland of 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052154/index.html>.
8. Law of Luxembourg on undertakings for collective investment of 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois\\_reglements/Legislation/Lois/L\\_171210\\_UCI\\_upd\\_120713.pdf](http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois_reglements/Legislation/Lois/L_171210_UCI_upd_120713.pdf).
9. Investment funds act of Austria of 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.voeig.at/voeig/internet/4.nsf/sysPages/18B78875180CEE25C125750B002DFFBD/\\$file/InvFG\\_englisch\\_2013.pdf](http://www.voeig.at/voeig/internet/4.nsf/sysPages/18B78875180CEE25C125750B002DFFBD/$file/InvFG_englisch_2013.pdf).
10. Investment Funds Act of Estonia of 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013021/consolide>.
11. Investment Funds and Management Companies Act of Slovenia of 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/slovia.pdf>.
12. Act of Slovak Republic of 2011 on Collective Investment № 203/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbs.sk/\\_img/Documents/\\_Legislativa/\\_FullWordingsOther/A203\\_2011.pdf](http://www.nbs.sk/_img/Documents/_Legislativa/_FullWordingsOther/A203_2011.pdf).
13. French Monetary and Financial Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [file:///C:/Users/Admin/Downloads/COMOFI+%C3%A0+jour+L+version+EN+novembre+2010%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/COMOFI+%C3%A0+jour+L+version+EN+novembre+2010%20(1).pdf).
14. The Law of Lithuania on Collective Investment Undertakings of the Republic of Lithuania of 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/regulators/lith\\_coll.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/regulators/lith_coll.pdf).
15. Положення про реєстрацію регламенту інститутів спільного інвестування та ведення Єдиного державного реєстру інститутів спільного інвестування : затверджене Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 18.06.2013 р. № 1047 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
16. Мережко А.А. Договор в частном праве / А.А. Мережко. – К., 2003. – 176 с.
17. Положення про порядок реєстрації проспекту емісії та випуску інвестиційних сертифікатів пайового інвестиційного фонду : затверджене Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 20.06.2013 р. № 1103 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
18. Eurobank LF – Fund's Prospectus [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.bancpost.ro/Retail-Banking/Investments/Direct-investment-in-the-LF-funds/Funds-documents>.
19. UCITS Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.esma.europa.eu/system/files/L\\_302\\_32.pdf](http://www.esma.europa.eu/system/files/L_302_32.pdf).
20. The KIID introduces transparency and comparability to the fund-buying process for the first time [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.alfi.lu/publications-statements/express-%E2%80%93alfi-podcast>.
21. Зайцев О.Р. Договор доверительного управления паевым инвестиционным фондом : дисс. ... канд. юрид. наук / О.Р. Зайцев. – М., 2005. – 383 с.
22. Положення про порядок розміщення, обігу та викупу цінних паперів інститутів спільного інвестування : затверджені Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 09.01.2003 р. № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
23. Правила (умови) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами : затверджені Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 12.12.2006 р. № 1449 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.



УДК 347.23

## ДОБРОСОВІСНЕ НАБУТТЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА ЗА ПРАВОМ УКРАЇНИ ТА ДОСВІД ДЕЯКИХ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

Максим КОРЧАГІН,

здобувач

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article is devoted to research of bona fide acquisition of immovable thing from an unauthorized person. The practical issues of applying provisions of civil legislation were identified, the modern scientists' point of view related to impossibility of vindication and bona fide acquisition of immovable thing was analyzed. It was proved that the bona fide acquisition of movables and immovables are components of the unique institute of civil law although they have peculiarities due to applying different legitimation facts. The ways to improve mechanism of bona fide acquisition of immovable thing were defined.

**Key words:** vindication, bona fide acquisition, immovable thing, legitimation fact, state registration, ownership.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню добросовісного набуття нерухомої речі від неуповноваженої особи. Виявлено практичні проблеми застосування норм цивільного законодавства, проаналізовано точки зору сучасних науковців щодо неможливості ввідикації та добросовісного набуття нерухомості. Обґрунтовано, що добросовісне набуття рухомих і нерухомих речей є складовими єдиного інституту приватного права, хоча й мають свої особливості внаслідок використання різних легітимізаційних фактів. Визначено шляхи удосконалення механізму добросовісного набуття нерухомості.

**Ключові слова:** ввідикація, добросовісне набуття, нерухомість, легітимізаційні факти, державна реєстрація, володіння.

**Постановка проблеми.** Аналіз історичних витоків інституту добросовісного набуття майна дає підстави для висновку про те, що його правила сформувалися в умовах поступового спрощення та одночасної інтенсифікації торгового обороту рухомих речей. Рухомі речі кваліфікувалися як товар і цим протиставлялися нерухомості, оборот якої був значно повільнішим та зазвичай вимагав виконання формальностей. Тому як об'єкти добросовісного набуття від неуповноваженої особи традиційно розглядалися рухомі речі. Тільки на вказані об'єкти розповсюджують дію правил про добросовісне набуття майна й окремі сучасні дослідники [1]. Водночас нині нерухомість уже не може розглядатися як об'єкт, що не має товарних ознак. У зв'язку із цим усталені аргументи, на підставі яких нерухомість виключалася з об'єктів добросовісного набуття, підлягають переоцінці.

**Актуальність теми дослідження** полягає в тому, що питання про можливість добросовісного набуття нерухомого майна від неуповноваженої особи, умови та механізм такого набуття не отримали належної розробки в доктрині приватного права України. Крім того, українські суди під час розгляду справ усе частіше стикаються з правовими конфліктами між власником та набувачем нерухомого майна від особи, яка не була власником. У такій ситуації очевидно, що формування виваженої, обґрунтованої та усталеної судової практики можливе лише за умови глибокого наукового осмислення феномену добросовісного набуття нерухомого майна, певною відправною точкою для чого може слугувати це дослідження.

**Метою** цієї статті є доведення можливості добросовісного набуття нерухомості у власність від неуповноваженої особи, визначення механізму такого набуття за чинним цивільним законодавством України та розробка пропозицій щодо удосконалення вказаного механізму.

**Виклад основного матеріалу.** У контексті поставленої проблеми насамперед необхідно визнати, що навіть за

часів розквіту цивілістики в дореволюційні часи багато дослідників не визнавали нерухомі речі об'єктом торгового обороту, товаром [2, с. 177; 3, с. 59–60]. Як зауважував Р. Мінцлов, коли вже з'явилися навіть ордерні папери, земля все ще переходила з рук у руки дуже важкими, неповороткими, стародавніми способами [4, с. 75]. Проте вже в ті часи стало зрозумілим, що наявність чи відсутність особливих правил переходу прав на об'єкт не може бути визначальним фактором для віднесення цього об'єкта до категорії товару. Тому, наприклад, Н.Й. Нерсесов був змушений визнати, що неможливість нерухомих речей бути предметом торгових угод обумовлена лише історичними звичаєвими [5, с. 145–146]. Ще більш акцентовано висловився Г.Ф. Шершеневич, на думку якого лише забобони не дозволяють підвести нерухомі речі під поняття товару [6, с. 3].

Однак сьогодні наведені вище підходи вчених взагалі не повинні якимось чином впливати на застосування правил про добросовісне набуття майна до нерухомості. Справа в тому, що в правовій системі України не проводиться чіткої межі між торговим та цивільним оборотом. Оскільки інститут добросовісного набуття закріплений у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), а визнання нерухомості об'єктом цивільного обороту ніколи не заперечувалося [7, с. 72], не можна відкидати добросовісне набуття нерухомого майна з викладених історичних причин.

В українському праві інститут добросовісного набуття майна від неуповноваженої особи отримав своє нормативне закріплення в ЦК України. Згідно зі ст. 388 ЦК України, якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише в таких випадках: 1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; 2) було викрадене у власника



або особи, якій він передав майно у володіння; 3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом. У свою чергу, згідно зі ст. 330 ЦК України в разі відчуження майно особою, яка не мала на це права, добросовісний набувач набуває право власності на нього, якщо відповідно до ст. 388 цього кодексу майно не може бути витребуване в нього.

Зі змісту наведених норм права вбачається, що об'єкт добросовісного набуття від неуповноваженої особи в українському праві не обмежений яким-небудь конкретним благом, а характеризується через категорію «майно». Згідно із ч. 1 ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. При цьому відповідно до ст. 179 ЦК України річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки, а згідно з положенням ст. 181 ЦК України нерухомість є різновидом речі. З урахуванням наведеного відсутні формальні підстави заперечувати можливість добросовісного набуття нерухомої речі від невідомого за українським законодавством.

Однак труднощі в застосуванні ст. ст. 330, 388 ЦК України до правовідносин із приводу нерухомого майна можуть бути продемонстровані на прикладах із судової практики.

Так, в одній із справ судами було встановлено, що в 2006 році позивач подарував земельну ділянку та садовий будинок, а в 2007 році обдарований продав набувачу вказані об'єкти нерухомості. У 2010 році позивач звернувся з позовом про витребування майна та усунення перешкод у користуванні майном до набувача. Відмовляючи в задоволенні позову, суд першої інстанції виходив із того, що набувач є добросовісним, тому спірне майно не може бути від нього витребуване згідно зі ст. 388 ЦК України. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та задовольняючи позов, апеляційний суд виходив із того, що судовим рішенням в іншій справі було визнано недійсними договори дарування земельної ділянки та будинку на підставі ст. 225 ЦК України, а відтак садовий будинок і земельна ділянка *вибули з володіння позивача не з його волі, а шляхом оформлення від його імені недійсних правочинів* (курсив наш – М. К.) у момент, коли він не міг розуміти значення своїх дій та керувати ними, тобто нерухоме майно вибуло з володіння позивача в результаті неправомірних дій не з його волі. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ погодився з висновками апеляційного суду та залишив його рішення без змін [8]. Постановою від 10 жовтня 2012 року Верховний Суд України відмовив набувачу в задоволенні його заяви про перегляд ухвали касаційного суду [9]. На прикладі цієї судової справи наочно демонструється те, як замість встановленої в ст. 388 ЦК України умови вибуття майна з володіння власника поза його волею суди під час розгляду віндикаційного позову керувалися фактом укладення договору з вадами волі. Проте укладення договору з такою вадою не означає, що й фактична передача речі відбулася поза волею власника.

Схожий підхід використовували й господарські суди. Так, в одній зі справ було встановлено, що за договором оренди КОМТ передав нежили приміщення в оренду ЗАТ «К». У подальшому рішенням міськрайонного суду Дніпропетровської області в першій позові про визнання недійсним договором оренди було відмовлено, а зустрічні позовні вимоги задоволено та визнано за ЗАТ «К» право

власності на приміщення. Через рік це судові рішення було скасоване апеляційним судом, а справу направлено на новий розгляд до суду першої інстанції, який залишив позов без розгляду. Проте до моменту скасування рішення міськрайонного суду ЗАТ «К» уклало з ДП «ЛД» (покупець) біржовий контракт купівлі-продажу приміщень. У подальшому майно було декілька разів продано, передавалося в іпотеку, було предметом звернення стягнення шляхом прямого продажу кредитором та інших правочинів про його відчуження. У 2012 році заступник прокурора м. Києва звернувся до господарського суду м. Києва в інтересах держави в особі Міносвіти та КОМТ із позовом до останнього покупця ТОВ «Б» про визнання права власності держави та витребування нерухомості із чужого незаконного володіння. Скасовуючи попередні судові рішення та приймаючи нове рішення про задоволення позову, Вищий господарський суд України виходив з того, що відповідно до вимог ст. ст. 330, 388, 658 ЦК України право власності на *майно, яке було передане за угодами щодо його відчуження поза межами волі власника* (курсив наш – М. К.), не набувається також добросовісним набувачем, оскільки може бути в нього витребуване. Положення ст. 346 ЦК України щодо підстав припинення права власності не передбачають припинення права в разі, коли після прийняття незаконного судового рішення майно вибуло з володіння власника та в подальшому було декілька разів відчужено за угодами, укладеними іншими особами без участі та згоди дійсного власника [10]. Як і в попередньому прикладі, для винесення рішення за цією справою та захисту прав власника суди відійшли від змісту норм ст. ст. 330, 388 ЦК України, адже очевидно, що передача речі державою у володіння КОМТ, як і передача майна КОМТ в орендне користування ЗАТ «К», була зроблена добровільно. Дійсно, подальше *оформлення* (у тому числі державна реєстрація) права власності відбулося внаслідок скасованого, а отже, неправосудного судового рішення, поза волею власника. Однак із точки зору ст. ст. 330, 388 ЦК України обставини оформлення права за продавцем не мають значення для добросовісного набуття майна, оскільки важливо лише те, чи існувала воля на втрату володіння. Крім того, підставою для задоволення позову стало не оформлення права власності за орендарем поза волею власника, а передача майна *за договором, який було укладено без участі та поза волею власника* (курсив наш – М. К.).

Таким чином, під час розгляду спорів про віндикацію майна, у межах яких вирішується й питання про добросовісне набуття майна, замість встановлення наявності чи відсутності волі власника на втрату володіння нерухомою річчю, як це визначено в ст. 388 ЦК України, суди вважають факт укладення договору без згоди власника достатнім для витребування майна. Самі суди не пояснюють причин, з яких начебто однозначна норма закону в процесі правозастосування зазнає таких перетворень. Відсутнє відповідне обґрунтування й в науковій літературі. Більше того, серед цивілістів, особливо російських, останнім часом усе більше поширюється думка про неможливість володіння нерухомим майном та, відповідно, неможливість застосування віндикації, що взагалі ставить під сумнів добросовісне набуття рухомих речей від неуповноваженої особи.

Так, аналізуючи норми BGB, С.А. Сініцин дійшов висновку, що норми про володіння та його захист більшою мірою розраховані на рухоми речі. Щодо нерухомості навіть у посесорному процесі позивачем може бути лише особа, вказана в записі, унаслідок чого володіння та

власність у поземельній книзі є юридично нероздільним цілим [11, с. 46]. За такого підходу, на думку вченого, визнання можливості використання виндикаційного позову щодо нерухомості суперечить розвитку майнового обороту. Оскільки єдиним доказом володіння став реєстраційний запис, воно набуло рис правового відношення, яке можна припинити за умови попереднього оспорування відповідного запису в судовому порядку. У німецькому праві єдиним способом оспорування закріпленого в поземельній книзі правового положення є позов про виправлення запису, який не має нічого спільного з виндикацією [12, с. 21–22]. Аналогічних висновків дійшов Д.В. Мурзін, для якого в разі внесення нерухомості до поземельної книги мова про володіння взагалі не йде, а відтак і виндикаційна модель працювати не може. Учений зазначає, що ані в сучасному зарубіжному законодавстві, ані в проекті Цивільного уложення не можна знайти чіткої норми чи роз'яснення про те, що виндикація нерухомості неможлива, проте є сенс поставити питання саме так [13, с. 428].

На думку Є.О. Суханова, норми цивільного кодексу про виндикацію та обмеження виндикації повністю розраховані на витребування із чужого незаконного володіння тільки рухомих речей. Оскільки єдиним доказом права на нерухоме майно є державна реєстрація, якщо відповідач значиться в реєстрі, то в позивача відсутнє право на пред'явлення виндикаційного позову й спір повинен зводитися до спору про правильність запису, тобто засновуватися на позові про визнання права. Якщо ж у реєстрі значиться позивач, то мова повинна йти про негаторний позов [14, с. 15]. Виндикації тут місця немає.

Цю позицію підтримав також О.М. Ерделевський, на думку якого тільки володіння рухомою річчю можна втратити в точному значенні цього слова, тільки її можна витребувати в незаконного володільця за нормами про виндикацію. Щодо нерухомості мова йде про негаторний позов. Таким чином, цим вимогам не може бути протиставлене заперечення про добросовісність набуття, пов'язане з виндикаційним позовом [15, с. 95].

З наведеного вбачається, що концепція добросовісного набуття майна, яка заснована на обмеженні виндикації, під час застосування до нерухомості зіткнулася не тільки з прагненням судів «відкоригувати» норму, а й з активною критикою в доктрині. Для обґрунтованого вирішення цієї проблеми слід розглянути такі аспекти.

Насамперед необхідно врахувати, що згідно із ч. 1 ст. 397 ЦК України володіння визнається фактом безвідносно до різновиду об'єкта володіння. У контексті цивілістичних традицій і врахування історії вітчизняної цивілістики слід зазначити, що в доктрині, законодавстві та судовій практиці Російської імперії підтверджувалося використання як володільницького захисту [16, с. 25], так і виндикаційного позову [17, с. 19] щодо нерухомості. При цьому необґрунтованим вбачається змішування виндикаційного та негаторного позову щодо нерухомого майна. Якщо один із сусідів ставить двері на вході до під'їзду будинку, він створює перешкоди в користуванні, не маючи при цьому володіння квартирами інших сусідів. Звичайно, якщо він проникає до чужої квартири та змінює замки у дверях, він також перешкоджає власнику квартири в користуванні нею. Проте таким же чином перешкоджає власнику в користуванні рухомою річчю особа, яка незаконно утримує цю річ. У двох останніх прикладах головним є те, що перешкоди в користуванні річчю є наслідком позбавлення власника володіння. Тому не випадково позови

про виселення в судовій практиці зазвичай кваліфікуються як різновид виндикації [18], а не як негаторні вимоги [19].

Сумнівним вбачається також посилання на начебто існуючу однозначну позицію німецької доктрини, яка не визнає виндикацію нерухомості. Наприклад, відомий німецький дослідник Я. Шапп прямо вказує на застосування вимоги про видачу речі за § 985 BGB (виндикаційний позов) до рухомих і нерухомих речей. При цьому вчений співвідносить виндикаційні вимоги за § 985 BGB із вимогами про виправлення поземельної книги за § 894 BGB та говорить про їх певну схожість, але не тотожність чи взаємозамінність [20, с. 56–60].

Враховуючи наведене, обґрунтовано вбачається точка зору, яка не ототожнює володіння з реєстраційним записом та допускає застосування виндикації до нерухомого майна [21, с. 89–90; 22, с. 33]. Тому формальних перешкод для застосування ст. ст. 330, 388 ЦК України до нерухомого майна немає. Однак слід погодитися з Є.О. Сухановим у тому, що норма про обмеження виндикації розрахована передусім на витребування рухомих речей, не враховує специфіки правового режиму нерухомості, унаслідок чого породжує спірні ситуації, пов'язані з необґрунтованим применшенням значення записів у реєстрі прав [23, с. 134]. Головна перешкода для правильного функціонування норм про добросовісне набуття нерухомого майна полягає в тому, що дія ст. 388 ЦК України заснована на володінні.

Маючи у своїй основі принцип публічності, механізм добросовісного набуття майна повністю сформований навколо легітиміційних фактів, тобто обставин, які підтверджують належність права певній особі. У зарубіжній цивілістиці давно визнано, що такими фактами, які виконують функцію гласності для речових прав, виступають володіння для рухомих речей та реєстраційний запис для нерухомих речей [24, с. 94; 25, с. 46–47]. Відповідно, умови добросовісного набуття рухомого та нерухомого майна мали свої особливості, обумовлені специфікою вказаних легітиміційних фактів.

Якщо в силу принципу внесення всі права на нерухомість виникають, змінюються чи припиняються (з юридичних причин) тільки з моменту реєстрації, то логічним доповненням принципу внесення є засада достовірності: усе, що є в книзі, вважається правильним, а все, чого немає в книзі або ж що суперечить книзі, вважається неправильним [26, с. 36]. В іншому разі в приватних осіб не було б заінтересованості в дотриманні принципу внесення та забезпеченні правильності реєстру. Спільна дія принципів внесення, достовірності та відкритості має своїм наслідком засаду публічної віри: якщо заінтересована особа може в будь-який момент отримати відомості з поземельної книги, які будуть достовірними, оскільки права виникають та переходять лише з моменту внесення запису, ця особа має підстави та право покласти на зміст книги, а виражена довіра не повинна виступати для неї джерелом шкоди [27, с. 142–143]. Цим забезпечується безповоротність прав добросовісного набувача нерухомого майна [28, с. 74].

Водночас принциповим є розуміння того, що запис прав до вотчинної книги сам по собі не створює безповоротності та неспростовності цих прав. Записи можуть бути оскаржені учасниками договору чи їх спадкоємцями та знищені за судовим рішенням. Проте ці права є безповоротними для третіх добросовісних осіб, які не були учасниками правочину, що став підставою для запису. Кожна третя особа, яка в подальшому вступає в угоду з покупцем за попереднім договором, вправі покласти на достовірність

відомостей, перевірених публічною владою [29, с. 31]. Як бачимо, зазначена конструкція в основних рисах схожа з моделлю добросовісного набуття рухомої речі, а умови добросовісного набуття нерухомості, які обговорювалися в науковій літературі, були однотипними з умовами набуття рухомих речей не від власника [30, с. 52]. Аналогічними вважала умови добросовісного набуття обох видів майна й Редакційна комісія зі складання Проекту Цивільного Уложення Російської Імперії. Наслідком такого набуття в обох випадках комісія вважала ефект безповоротності, відповідні норми проекту щодо обох видів речей були побудовані за одним принципом, а різниця полягала лише в самому легітиміційному факті та відсутності вимоги про вийняття нерухомості з володіння власника за його волею, що якраз і позиціонувалось як особливість з огляду на правовий режим нерухомості [31, с. 590–605].

Проведений аналіз свідчить про те, що добросовісне набуття рухомих і нерухомих речей є складовими єдиного загального інституту набуття майна від неуповноваженої особи. Говорячи словами Й.О. Покровського, вони викликані єдиною метою та просякнуті єдиною ідеєю [32, с. 201]. Водночас особливості легітиміційних фактів у процесі історичного розвитку призвели до окремого регулювання правовідносин добросовісного набуття цих видів речей, зокрема як обмеження ввідикації для рухомих речей та як принципу публічної достовірності запису про права на нерухоме майно. Іноді норми фактично єдиного інституту вміщуються навіть у різні закони.

Саме неврахуванням цих особливостей можна пояснити висновки, наприклад, К.І. Скловського. Для підтримки своїх роздумів про те, що миттєве набуття нерухомості поза межами набувальної давності є демонстративною неповагою до права власності, учений відзначав неможливість добросовісного набуття нерухомості за нормами Німецького цивільного уложення, § 932 якого розрахований виключно на рухомі речі [33, с. 481–484]. Проте, хоча зазначена норма дійсно стосується лише рухомих речей, добросовісне набуття нерухомих речей урегульоване в § 892 Німецького цивільного уложення, у силу якого зміст поземельної книги визнається достовірним щодо особи, яка внаслідок вчинення правочину набула право на земельну ділянку чи право, що обтяжує це право, за виключенням випадків, коли в поземельну книгу внесене заперечення або про недостовірність запису відомо набувачу [34, с. 339].

**Висновки.** З наведеного зрозуміло, що норми ст. ст. 330, 388 ЦК України в чинній редакції первісно були розраховані на оборот рухомих речей і тому нездатні забезпечити однаково ефективний і несуперечливий механізм добросовісного набуття нерухомого майна. Сама по собі ця ситуація не є проблемою, але в такому разі добросовісне набуття нерухомості повинно отримати своє нормативне регулювання в законодавстві про реєстрацію речових прав на нерухоме майно.

Водночас у праві України, як і законодавстві деяких інших країн Співдружності Незалежних Держав, принцип публічної достовірності запису про речові права на нерухоме майно повною мірою не впроваджений. Такий висновок обґрунтовується положеннями закону, які передбачають можливість оспорювання (повороту) державної реєстрації [35, с. 225–226; 36, с. 56]. Звичайно, слід мати на увазі, що сама по собі можливість оскарження запису ще не доводить відсутність принципу публічної достовірності, вона існує навіть у системі Торренса, яка вважається найбільш сприятливою для захисту набувача. Сила цього принципу

не в тому, що неможливо спростувати запис шляхом його виправлення, а в погашенні можливості виправити запис як тільки внесене до поземельної книги право отримав добросовісний набувач [37, с. 134–135]. На жаль, положення Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» не дають підстав вважати, що це правило встановлене безпосередньо або принаймні може бути виведене шляхом тлумачення норм.

Згідно з приписами ст. 1 вказаного закону державна реєстрація речових прав на нерухоме майно є офіційним визнанням і підтвердженням державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. У ст. 3 зазначеного закону закріплено принципи внесення та відкритості реєстру, а також встановлено, що держава гарантує достовірність зареєстрованих прав на нерухоме майно та їх обтяжень. При цьому в ч. 2 ст. 26 цього закону передбачено можливість скасування судом рішення про державну реєстрацію прав, унаслідок чого до державного реєстру вноситься запис про скасування державної реєстрації прав. Жодних умов скасування запису, обмежень щодо часу, коли таке оскарження можливе, правових наслідків скасування запису та можливості добросовісного набуття нерухомого майна особою, яка довірилася скасованому запису в державному реєстрі, законом не встановлено.

За таких обставин Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» не містить норм, які б давали судам змогу належним чином захистити права добросовісного набувача нерухомої речі, який уклав договір купівлі-продажу з особою, яка не була дійсним власником цієї речі, але щодо якої існував запис у державному реєстрі про право власності. У зв'язку із цим для захисту інтересів набувачів суди змушені застосовувати ст. ст. 330, 388 ЦК України. У свою чергу, ці норми не дозволяють належним чином захистити права власника нерухомості, оскільки надають значення не державній реєстрації, а втраті володіння, яке навіть не є умовою переходу права на нерухоме майно від уповноваженої особи. Як наслідок, судам доводиться відступати від дійсного змісту норм ст. ст. 330, 388 ЦК України для того, щоб їх застосування не порушувало баланс прав та законних інтересів власника та набувача.

Водночас рано чи пізно судова практика буде змушена визнати неможливість застосування чинної редакції ст. ст. 330, 388 ЦК України до спорів щодо нерухомого майна. І вельми бажаним було б, якщо до цього часу шляхом внесення змін до ЦК України чи до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» інститут добросовісного набуття нерухомих речей набув своїх усталених рис, як це зроблено, наприклад, у праві Німеччини. Для цього потрібно обумовити можливість такого набуття не володінням, а записом про державну реєстрацію права власності.

#### Список використаної літератури

1. Спасибо І.В. Набуття права власності від неуповноваженого відчувача за оплатним договором / І.В. Спасибо // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 3(54). – С. 289–297.
2. Цитович П. Учебник торгового права. Выпуск 1 / П. Цитович. – К. : СПб. : Изд-е Н.Я. Оглоблина, 1891. – 300 с.
3. Каминка А.И. Очерки торгового права / А.И. Каминка. – М. : Центр ЮрИноР, 2002. – 547 с.



4. Минцлов Р. Соображения относительно применения в России закона «Об укреплении титулов владения» / Р. Минцлов // Журнал гражданского и уголовного права. – 1887. – Кн. 9. Ноябрь. – С. 75
5. Нерсесов Н.И. Конспект лекций по торговому и вексельному праву / Н.И. Нерсесов. – Посмертное изд., испр. и доп. А.Г. Гусаковым. – М.: Типография Рассвет, 1896. – 272 с.
6. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права : в 4 т. / Г.Ф. Шершеневич. – СПб.: Издание Бр. Башмаковых, 1908. – Т. 2 : Товар. Торговые сделки. – 1908. – 624 с.
7. Гуляев А.И. Торговля и торговые установления / А.И. Гуляев. – М.: Издание В.М. Саблина, 1912. – 341 с.
8. Ухвала Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 лютого 2012 року по справі №6-14559св11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21608152>.
9. Постанова Верховного Суду України від 10 жовтня 2012 року по справі №6-117цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26497404>.
10. Постанова Вишого господарського суду України від 4 вересня 2012 року по справі №5011-62/1265-2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3811815.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3811815.html).
11. Сеницын С.А. Защита владения и вещных прав в гражданском праве России и Германии : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С.А. Сеницын. – М., 2010. – 195 с.
12. Сеницын С.А. Защита владения и вещных прав в гражданском праве России и Германии : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С.А. Сеницын. – М., 2010. – 30 с.
13. Мурзин Д.В. К вопросу о соотношении норм о бесповоротности прав и приобретательной давности / Д.В. Мурзин // Цивилистические записки : межвузовский сборник научных трудов / Редкол.: С.С. Алексеев, Б.М. Гонгало, Д.В. Мурзин, С.А. Степанов. – Вып. 4. – М.; Екатеринбург : Статут ; Ин-т частного права, 2005. – С. 330–345.
14. Суханов Е.А. О понятии недвижимости и его влиянии на иные гражданско-правовые категории / Е.А. Суханов // Вестник гражданского права. – 2008. – № 4. – С. 6–16.
15. Эрделевский А. О защите права собственности на недвижимое имущество / А. Эрделевский // Хозяйство и право. – 2007. – № 2. – С. 92–96.
16. Гуляев А.М. Иски о восстановлении нарушенного владения в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената / А.М. Гуляев. – 3-е изд., доп. – СПб.: Тип. Ив.Ив. Зубкова, 1914. – 62 с.
17. Лыкошин А.И. Об отыскании недвижимых имений из чужого владения / А.И. Лыкошин. – СПб.: Типография Правительствующего Сената, 1888. – 80 с.
18. Постанова Вишого господарського суду України у справі № 8/255-08/4 від 22 червня 2010 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2867539.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2867539.html).
19. Постанова Вишого господарського суду України у справі № 12/304/08 від 8 липня 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2403715.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2403715.html).
20. Шапп Я. Основы гражданского права Германии : [учебник] / Я. Шапп. – пер. с нем. – М.: БЕК, 1996. – 304 с.
21. Подшивалов Т.П. Негаторный иск и защита прав на недвижимое имущество / Т.П. Подшивалов // Закон. – 2011. – № 1. – С. 86–95.
22. Витрянский В. Некоторые проблемы защиты права собственности на недвижимость / В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2008. – № 5. – С. 32–41.
23. Суханов Е.А. Комментарий к Обзору судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения / Е.А. Суханов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2009. – № 2. – С. 126–144.
24. Druey J.N. Law of Property / J.N. Druey // Introduction to Swiss Law / edited by F. Dessementot, T. Ansay. – Third edition. – The Hague : Kluwer Law International, 2004. – P. 94.
25. Van Erp S. Property rights: a comparative view / S. van Erp, B. Akkermans // Property Law and Economics / edited by Boudewijn Bouckaert. – Cheltenham, Northampton : Edward Elgar, 2010. – P. 46–47.
26. Башмаков А.А. Основные начала ипотечного права / А.А. Башмаков. – Ливава : Тип. М. Петерсона, 1891. – 268 с.
27. Фрейтаг-Лоринговен А.Л. Материальное право Проекта Вотчинного Устава / А.Л. Фрейтаг-Лоринговен. – Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1914. – Т. 1. – 356 с.
28. Крат В. Державна реєстрація прав на нерухомість: світовий досвід / В. Крат // Українське комерційне право. – 2009. – № 9. – С. 72–79.
29. Нейперт А.Н. Главные основания ипотечной системы / А.Н. Нейперт // Журнал Министерства юстиции. – 1895. – № 9. – С. 1–92.
30. Вербловский Г. Новейший проект вотчинного устава / Г. Вербловский // Вербловский Г. Вопросы русского гражданского права и процесса / Г. Вербловский. – М.: Тов-во Тип-и А.И. Мамонтова, 1896. – С. 43–64.
31. Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной Комиссии) : в 2 т. / сост. А.Л. Саатчиан ; под ред. И.М. Тютрюмова. – СПб.: Издание Книжного Магазина «Законоведение», 1910. – Т. 1. – 1362 с.
32. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – изд. 4-е, испр. – М.: Статут, 2003. – 540 с.
33. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве / К.И. Скловский. – 4-е изд., перераб., доп. – М.: Статут, 2008. – 922 с.
34. Гражданское уложение Германии (Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz) : ввод. закон к Гражд. уложению ; пер. с нем. ; науч. редакторы В. Бергманн и др. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Wolters Kluwer Russia, 2008. – 816 с.
35. Петров Е.Ю. К вопросу о публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним / Е.Ю. Петров // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. – М.: Статут, 2001. – С. 225–226.
36. Бевзенко Р.С. Принципы государственной регистрации прав на недвижимое имущество: опыт построения системы / Р.С. Бевзенко // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2006. – № 12. – С. 46–62.
37. Фрейтаг-Лоринговен А.Л. Материальное право Проекта Вотчинного Устава. Том I / А.Л. Фрейтаг-Лоринговен. – Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1914. – 470 с.



УДК 347.4

## ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРІВ ЕНЕРГОПОСТАЧАННЯ ТА ЇХ МІСЦЕ В СИСТЕМІ ДОГОВОРІВ

**Вікторія КРИВОРУЧКО,**

старший викладач кафедри філософії, політології, психології і права  
Одеської державної академії будівництва та архітектури

### SUMMARY

In this article explores features of energy supply contracts. Comparison of this agreement with other types of contacts. Explains the specific of energy supply contracts, due to their difference with other treaties. Formulates proposals on the separation of such agreement in a separate category of contracts. In addition, the author examines the controversial issue of special physical properties of the energy that goes beyond the traditional understanding of things. Given this difference justifies its position of power supply contracts from other contracts and provides its proposal reflected energy contracts in certain articles of the Civil Code.

**Key words:** energy supply contact (treaty), supply contact (treaty), sale contract, thermal energy, electric power.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються особливості договорів енергопостачання, їх порівняння з іншими видами договорів. Розкривається специфіка договорів енергопостачання, що є відмінною від інших суміжних видів договорів, а також формулюються пропозиції вирішення питання про необхідність виділення таких договорів у самостійну категорію. Крім того, автор розглядає дискусійні питання щодо особливих фізичних властивостей енергії, що виходять за межі традиційного розуміння речі. З огляду на це обґрунтовується позиція щодо відмінності договорів енергопостачання від інших видів договорів. Автором запропонована пропозиція щодо відображення договорів енергопостачання в окремих статтях цивільного кодексу.

**Ключові слова:** договір енергопостачання, договір поставки, договір купівлі-продажу, тепла енергія, електроенергія.

**Постановка проблеми.** Реформування електроенергетики в Україні зумовлює тенденції правового регулювання у сфері енергопостачання. Крім того, слід звернути увагу на ускладнення договірних зв'язків (моделей) унаслідок перетворення організаційної структури галузі. Прийняття Закону України «Про електроенергетику» призвело до появи значної кількості нових договірних форм, покликаних урегулювати відносини, пов'язані з реалізацією та придбанням електро- і теплоенергії. Запропонована система договорів у сфері електроенергетики досить заплутана та далека від оптимальної. Проте під час формування системи договорів у сфері теплоенергетики автори Закону України «Про теплопостачання» за основу, як правило, приймають систему договірних регулювання, передбачену згаданим законом про електроенергетику. Однак творці Цивільного кодексу України йдуть у розріз зі згаданими вище законами, зачіпаючи при цьому регулювання договірних відносин у сфері електроенергетики.

**Мета статті** – розкрити проблему особливостей договорів енергопостачання, проаналізувати вираз особливостей договорів енергопостачання в предметі та методах постачання теплової та електричної енергії, а також вирішити питання про необхідність чіткого визначення поняття договору енергопостачання на нормативному рівні.

**Виклад основного матеріалу.** Змішуючи різні по суті зобов'язання, законодавець вносить плутанину в правозастосовну діяльність, що призводить до прийняття незаконних та необґрунтованих рішень, оскільки правозастосовні органи повинні керуватися насамперед буквальним значенням слів і виразів, що містяться в законі.

Так, у Цивільному кодексі України надано поняття договору енергопостачання, яке сформульовано таким чином: «За договором поставки енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу одна сторона (постачаль-

ник) зобов'язується надати іншій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання. Також зазначено, що до цього договору застосовуються загальні положення про договір купівлі-продажу, положення про договір поставки, якщо інше не встановлено законом і не впливає із суті відносин сторін» [11, с. 437].

Господарський кодекс України дає свою інтерпретацію поняття договору енергопостачання: «За договором енергопостачання підприємство (енергопостачальник) відпускає електричну енергію, пару, гарячу і перегріту воду (далі – енергію) споживачеві (абоненту), який зобов'язаний оплатити прийняту енергію та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного обладнання, яке ним використовується» [12, 578].

Зі змісту наведених норм цивільного та господарського права видно, що договором енергопостачання властива низка характерних рис, відсутніх у значній кількості цивільно-правових договорів. До таких належать необхідність мати приєднану до енергопостачальної організації мережу, обов'язок абонента дотримуватись передбаченого договором режиму споживання енергії, забезпечувати безпеку експлуатації мереж, що перебувають у його веденні.

У теорії цивільного права домінуючою тенденцією розвитку науки про зобов'язання є їх диференціація за метою та предметом договірних відносин [4, с. 17]. Особливості різних договірних зв'язків, що відображають специфіку діяльності, дають підстави для виділення самостійних договірних типів. Застосовуване в цивілістиці поняття «тип договору» передбачає наявність самостійних майнових

відносин, у кінцевому рахунку надання цим відносинам цілком певної договірної форми [4, с. 84–85]. Для того, щоб правильно оцінити важливість певних юридичних ознак і встановити, наскільки відповідні правові особливості цього договору характеризують його як самостійний тип або як окремих різновид іншого типу договору, в основу розмежування має бути покладена правова природа договору, його правовий результат.

У юридичній літературі переважає точка зору, згідно з якою під дію договору енергопостачання підпадають усі відносини, що складаються під час постачання електричної, теплової енергії, пару, гарячої та перегрітої (підігрітої) води, газу, нафти й нафтопродуктів. У будь-якому разі такі договори розглядаються як однотипні [2, с. 36]. Однак навряд чи можна погодитися з авторами, які стверджують, що правила енергопостачання застосовуються до постачання газом, нафтою й нафтопродуктами. На думку інших авторів, договори з постачання газом, нафтою, нафтопродуктами та інші являють собою різновиди договору енергопостачання [3, с. 14].

Справа в тому, що постачання (передача, доставка) нафтою, газом, ресурсами, товарами через приєднану мережу є технічною особливістю (одним зі способів) виконання зобов'язань, що випливають із подібних договорів, і самі по собі ніяк не можуть служити вищою ознакою для виділення самостійного типу договору. Як такий критерій виділення договору енергопостачання в окремий вид розглядається об'єкт цього договору – енергія. Саме особливості об'єкта зумовлюють необхідність спеціальних правил, що регулюють правовідносини, пов'язані з постачанням енергії через приєднану мережу. Якщо ж мова йде про правовідносини, об'єктом яких є енергія, а не ресурси та інші товари, то передача їх покупцеві (споживачеві) через приєднану мережу є лише одним із можливих способів виконання зобов'язань. Ту ж нафту або нафтопродукти можна доставити покупцю в цистернах, а газ – у балонах. Подібні відносини будуть регулюватися договором поставки або договором купівлі-продажу.

Питання про подібність договорів на постачання електричної і теплової енергії, що дозволяє виділити самостійний договір енергопостачання, уперше поставив С.М. Корнеєв [5, с. 29]. Найбільш послідовно відстоює цю позицію А.М. Шафір, який зазначає, що договори на постачання через приєднану мережу опосередковують відносини з постачання електроенергії та тепла тільки приєднаною мережею (тобто електромережі або трубопроводу). Лише в цьому випадку мається зумовлена безперервним характером постачання безпосередня залежність діяльності постачальної організації і споживача, у результаті якої договірні відносини поширюються на сферу використання енергії. Тому договором енергопостачання повинні регулюватися відносини, пов'язані з постачанням через приєднану мережу лише в тих випадках, коли через неї подається енергія, а не будь-які ресурси або товари [13, с. 7].

Сутність названих вище договірних конструкцій у сфері обігу електричною та тепловою енергією можна виразити одним поняттям – «придбання та реалізація енергії». З одного боку, іменуючи договірні форми обороту електричною або тепловою енергією договором поставки або купівлі-продажу, автори відповідних законопроектів не вчинили «революції», оскільки й договір поставки, і договір енергопостачання належать до типу зобов'язань купівлі-продажу. Проте ні договір купівлі-продажу, ні

договір поставки як окремих договір купівлі-продажу (у тому вигляді, як вони зараз урегульовані цивільним кодексом України), не призначені для регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією (придбанням) електричної та теплової енергії. Об'єктом зазначених договорів є товари, що розуміються як речі (індивідуально – певні або визначені родовими ознаками).

Відповідно, проблема бачиться в тому, що більшість норм, які регулюють обов'язки продавця (постачальника) щодо передачі товару у власність покупця, розраховані саме на відносини з передачі речей, тому не можуть поширюватися на відносини, пов'язані з реалізацією енергії: правила про відповідальність продавця в разі вилучення товару в покупця, про гарантійні терміни, про комплектність товару, про тару та упаковку та інші – незастосовні до відносин сторін, пов'язаних із придбанням (реалізацією) енергії [1, с. 276].

Оптимальною базовою договірною конструкцією, яка повинна використовуватися для регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією (придбанням) електричної та теплової енергії, є договір енергопостачання. Для всіх договірних моделей, передбачених новітнім законодавством про електроенергетику, якими оформлюють відносини з реалізації (придбання) електричної та теплової енергії, загальним залишається об'єкт договору (енергія) і спосіб виконання зобов'язання (передача енергії може здійснюватися тільки через приєднану мережу). Саме особливості об'єкта та предмета договору послужили основними вищою ознаками, що дозволили виділити договір енергопостачання в окремий вид договору купівлі-продажу. Незважаючи на свою назву, договір купівлі-продажу (поставки) електричної енергії за своєю правовою природою не може бути кваліфікований як договір купівлі-продажу або договір поставки (у такому вигляді, як вони визначені в цивільному кодексі України). Вважаємо, що предмет цього договору та його суб'єктний склад свідчать про те, що перед нами договір енергопостачання, відмінність якого від договору постачання енергетичними та іншими ресурсами (передбаченого цивільним кодексом України) зводиться до відсутності безпосереднього приєднання пристрою енергоприймача споживача до мереж енергозбутової організації за умови збереження загального принципу подачі електро- або теплоенергії на енергоприймаючий пристрій споживача через приєднану мережу. Належність мережі не енергопостачальної, а мережевої організації означає лише зменшення кола прав й обов'язків за договором, але не змінює його правову природу.

Договором енергопостачання притаманні ті риси, які не є характерними або зовсім відсутні в договорі купівлі-продажу в традиційному розумінні цього інституту [5, с. 29]. Традиційна концепція «речової» власності зумовлена тим, що в основі поняття майнових відносин лежить право власності на матеріальні об'єкти, речі, зокрема, поняття майна прирівнюється як адекватне до поняття речі [9, с. 53].

Розвиток виробництва та економіки призвели до модернізації концепції майна, до юридичного визнання нових видів майна. До майна як до об'єкта власності почали відносити електроенергію та газ, а потім й інші види енергії та сировини, що виходять за межі традиційного розуміння речі. Унаслідок особливих фізичних властивостей електроенергії, так само як і теплової енергії, не може бути предметом договору майнового найму, дого-

вору зберігання, оскільки після закінчення встановленого терміну майно, передане відповідно до зазначених договорів, повинно бути повернуто. Електро- та теплова енергія споживаються, а отже, їх неможливо повернути [8, с. 122].

Специфічна особливість відносин з енергопостачання полягає в тому, що зв'язок виробників цієї продукції та споживачів не передбачають, як правило, стадію накопичення (складування) продукції внаслідок обмеженої можливості цього на такому етапі розвитку техніки. Тому енергопостачальні організації повинні враховувати об'єктивні коливання рівня споживання енергії, а також можливий вплив діяльності одних споживачів централізованої системи енергопостачання на кількість і якість продукції, яка подається іншим споживачам.

Іншим напрямом у розширенні кола об'єктів речових прав є розробка та використання концепції «безтілесного майна», до якого не належить електроенергія, газ та цінні папери. У такому підході законодавець закладена певна прагматичність – можливість застосування загальних норм купівлі-продажу до зазначених окремих видів договорів купівлі-продажу, що дозволяє уникати дублювання норм, які регулюють подібні відносини.

Законодавчо закріплено, що об'єктом правовідносин можуть бути речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результат робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Досі в юридичній літературі немає єдиної думки про те, чи є енергія річчю. З моменту набрання законної сили Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та Господарського кодексу України вивчення цієї проблеми стало більш актуальним, оскільки законодавчо визначено, що річ – це предмет матеріального світу (ст. 179 ЦК України). Енергія не може розглядатися як звичайний предмет матеріального світу, вона являє собою властивість матерії, причому матерії, якій надано певний стан (напруга струму, температура води, пари тощо). Ця властивість виявляється в здатності виробляти корисну роботу, забезпечувати виконання різних технологічних операцій, створювати необхідні умови для трудової діяльності та відпочинку людей (освітлення, вентиляція, опалення тощо).

Необхідно також звернути увагу на різний підхід законодавця до договорів, пов'язаних із постачанням тепловою та електричною енергією через приєднану мережу, і до інших договорів, пов'язаних із постачанням через приєднану мережу газом, нафтою та нафтопродуктами та інших товарів. У першому випадку, враховуючи, що мова йде про договір енергопостачання, оскільки його об'єктом є електрична та теплова енергія, законодавець передбачив можливість регулювання зазначеного договору іншими законами та правовими актами, маючи на увазі, що в них можуть міститися правила, що належать до специфічних особливостей теплової та електричної енергії. У другому випадку, коли законодавець говорить про інші договори на постачання товарів, які не є енергією, тобто про ті, які об'єднує з договором енергопостачання лише те, що під час їх виконання також використовується приєднана мережа, норми про договір енергопостачання застосовуються, якщо інше не встановлено законом, іншими правовими актами або не випливають із суті зобов'язання.

Таким чином, договором енергопостачання охоплюються ті правовідносини, які складаються під час постачання споживачам електричної або теплової енергії через

приєднану мережу. При цьому, якщо об'єктом договору є електрична енергія, відповідні правовідносини можуть регулюватися, крім Цивільного кодексу України, іншими законами та іншими правовими актами, а також прийнятими відповідно до них обов'язковими правилами, але тільки в частині, не врегульованій цивільним кодексом. У випадках, коли об'єктом договору енергопостачання виступає теплова енергія, правила про договір енергопостачання, що містяться в Цивільному кодексі України, підлягають застосуванню тільки в тому разі, якщо інше не встановлено законом або іншими правовими актами, що регламентують постачання теплової енергії через приєднану мережу. Що стосується інших договорів, предметом яких є постачання споживачів через приєднану мережу газом, нафтою, нафтопродуктами й іншими товарами, то вони не належать до договорів енергопостачання. Коли ж мова йде про можливість застосування до відповідних договорів положень цивільного кодексу про договір енергопостачання за відсутності спеціального правового регулювання зазначених договорів, якщо інше не випливає із суті їх зобов'язань, то це є лише прийомом законодавчої техніки та ніяк не впливає на кваліфікацію зазначених договорів як договору енергопостачання чи його різновидів [2, с. 36].

Ілюстрацією до сказаного може служити правове регулювання правовідносин, пов'язаних із постачанням газу через приєднану мережу (по трубопроводах). Ще в 60-і роки О.Н. Садіков, апелюючи до прихильників виділення самостійного договору на постачання електричної, теплової енергії та газу через приєднану мережу, відзначав подібність умов договору поставки та постачання газом і вказував, що кваліфікація договору на постачання газом промислових підприємств як договору особливого виду, а не як договору різновиду договору поставки створює для практики певні труднощі [7, с. 158].

Правове регулювання правовідносин, що складаються під час забезпечення споживачів газом, в останні роки виходило з того, що зазначені відносини повинні опосередковуватися договором поставки газу, а не договором енергопостачання.

Вважаємо, що сьогодні можна говорити про єдину структуру договірних відносин із постачання енергії. Відповідно до основних принципів функціонування та розвитку оптового ринку електричної енергії (потужності) встановлюються правила його роботи, порядок розподілу навантажень між генеруючими пристроями, формування ринкової ціни на електричну енергію згідно з умовами відповідного договору [8, с. 122]. Під оптовим ринком електричної енергії (потужності) розуміється сфера купівлі-продажу електричної енергії (потужності), здійснюваної його суб'єктами в межах Єдиної енергетичної системи України. До числа суб'єктів оптового ринку електричної енергії (потужності) належить ДП НЕК «Укренерго», ДП «Енергоринок», електростанції, енергопередавальні й енергопостачальні організації.

Однак далеко не всі договори, які укладаються за участю суб'єктів оптового ринку електричної енергії, можуть бути визнані договорами енергопостачання або його різновидами. Такими є лише договори, які укладаються енергопостачальними організаціями зі споживачами (абонентами). Що стосується договорів, які укладаються між іншими суб'єктами оптового ринку електричної енергії, то вони повинні регулюватися самостійно, у тому числі й постановами Кабінету Міністрів України та Національної комісії регулювання електроенергетики України.

Договір енергопостачання належить до числа широко розповсюджених за суб'єктним складом, оскільки всі фізичні та юридичні особи в сучасному світі практично не можуть обходитися без споживання електричної та теплової енергії. Відносини, пов'язані з енергоспоживанням, опосередковуються договором енергопостачання.

**Висновки.** Таким чином, договір енергопостачання слід визнати самостійним, особливим видом договору в системі договорів. Договір енергопостачання унаслідок наявності низки особливостей повинен знайти відображення в окремих статтях цивільного кодексу. Ні договір купівлі-продажу, ні договір поставки не призначені для регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією (придбанням) електричної та теплової енергії. Обґрунтовується це тим, що договір енергопостачання відрізняється такими істотними особливостями, які в сукупності створюють якісну відмінність його й від поставки, і від купівлі-продажу, і від усіх інших договорів.

#### Список використаної літератури

1. Витрянский В.В. Договор купли-продажи и его отдельные виды / В.В. Витрянский. – М., 1999. – 284 с.
2. Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах / М.И. Брагинский. – Минск, 1967. – 260 с.
3. Гуйван П. Особенности сделок электроснабжения и их место в системе договоров / П. Гуйван // Хозяйственное право. – 2000. – № 2. – С. 13–16.
4. Калмыков Ю.Х. Правовое регулирование хозяйственных отношений: вопросы гражданского законодательства / Ю.Х. Калмыков. – Саратов, 1982. – 204 с.
5. Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями / С.М. Корнеев. – М., 1956. – 108 с.
6. Саватье Р. Теория обязательств / Р. Саватье. – М., Прогресс, 1972. – 440 с.
7. Садилов О.Н. Правовые вопросы газоснабжения / О.Н. Садилов. – М., 1961. – 188 с.
8. Сейнаров Б.М. Договор энергоснабжения / Б.М. Сейнаров // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 6. – С. 128–141.
9. Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций / Б.М. Сейнаров. – Алма-Ата, 1975. – 80 с.
10. Сейнаров Б.М. Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций : автореф. канд. юрид. Наук / Б.М. Сейнаров. – М., 1971. – 20 с.
11. Цивільний кодекс України. Коментар / за заг. ред. С.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Х., 2004. – 1112 с.
12. Хозяйственный кодекс Украины: научно-практический комментарий / под ред. Н.А. Саниахметовой. – Х., 2004. – 895 с.
13. Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы / А.М. Шафир. – М., 1990. – 340 с.



УДК 347.457

## КЛАСИФІКАЦІЯ ОБЛІГАЦІЙ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Марина МІНДАРЬОВА,  
здобувач кафедри цивільного права № 2  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

It's researched the criterion for classification bonds as an object of civil legal relationships and as a kind of securities. The author analyzes consequences of an effect of non-documentary form on commercial circulation of registered and bearer bonds. The discipline and securement functions of bonds civil circulation terms are defined and term bonds are divided on certain types. It's considered the differences between interest, discount and target bonds. Bonds with fixed interest and bonds with indexed interest as kinds of bonds are analyzed. The author proposes to divide bonds on the basis of repayment criterion on bonds with one-time complete complex repayment, bonds with partial complete complex repayment and bonds with mixed repayment.

**Key words:** securities, bonds, classification, kinds of bonds.

### АНОТАЦІЯ

Досліджуються критерії класифікації облігацій як об'єктів цивільних правовідносин та цінних паперів. Аналізуються наслідки впливу бездокументарної форми на цивільний оборот іменних та на пред'явника облігацій. Розкриваються дисциплінуюча та забезпечувальна функції строків цивільного обороту облігацій, а також проводиться розмежування строкових облігацій на окремі види. Розглядаються відмінності між відсотковими, дисконтними та цільовими облігаціями. Аналізуються облігації з фіксованою відсотковою ставкою та відсоткові індексовані облігації як різновиди відсоткових облігацій. Пропонується розмежовувати облігації за способом погашення на облігації з повним одноразовим комплексним погашенням, облігації із частковим комплексним погашенням та облігації зі змішаним погашенням.

**Ключові слова:** цінні папери, облігації, класифікація, види облігацій.

**Постановка проблеми.** Облігації займають особливе місце у вітчизняній системі об'єктів цивільних правовідносин та в системі цінних паперів, адже виступають не лише об'єктом, який здатен задовольнити певні інтереси учасників цивільного обороту, а й повноцінним фінансовим інструментом. У сучасних умовах облігації є способом залучення коштів як у діяльність окремих юридичних осіб, так і до державного бюджету України. Зокрема, як показує практика, облігаціями оформлюються відносини зовнішньої позики України з іншими державами. Крім того, наразі використання облігацій не обмежується лише сферою грошових позик. Поширеним у вітчизняній правовій системі є механізм залучення інвестицій у діяльність окремих юридичних осіб у сфері житлового будівництва шляхом придбання інвесторами цільових облігацій.

При цьому розкриття природи облігацій як об'єкта цивільних правовідносин є неможливим без проведення їх класифікації, яка демонструє всі властивості та різноманіття відповідних об'єктів правовідносин. Однак вітчизняна юридична література несправедливо залишила це питання поза увагою.

Питанню цивільного обороту облігацій присвятили праці такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як М.М. Агарков, К.М. Амбарцумян, С.С. Алексєєв, В.А. Белов, Т.В. Бобко, Т.В. Боднар, М.І. Брагінський, А.М. Ісаєв, М.Ф. Казанцев, І.С. Каззафарова, Н.С. Кузнецова, Г.П. Кухарева, С.В. Лялін, Н.І. Майданик, Р.А. Майданик, С.О. Погрібний, О.В. Розгон, В.М. Слома, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.О. Федоришин, Є.С. Філіпенко, В.П. Янишен, І.В. Яремова, В.Л. Яроцький та інші.

**Метою статті** є проведення правового аналізу підстав класифікації облігацій як різновиду цінних паперів та здійснення аналізу їх видів.

**Виклад основного матеріалу.** Групування та класифікація облігацій має як наукову, так і практичну

цінність, адже їх віднесення до певного типу може обумовлювати особливості емісії й визначати окремі специфічні умови цивільного обігу. Крім того, з наукової точки зору виявлені в процесі групування особливості облігацій створюють науковий базис для формування припущень, що є передумовою для отримання якісно нових та науково обґрунтованих знань про цивільний оборот зазначених об'єктів правовідносин.

Варто зазначити, що положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) не дають змогу визначити критерії класифікації облігацій як цінних паперів, проводячи лише видові розмежування останніх на пайові, боргові, похідні та товаророзпорядчі [1, ст. 195]. При цьому, якщо порівняти відповідне положення ЦК України зі статтею 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», можна побачити, що положення закону доповнюють наведені групи цінних паперів ще двома видами: іпотечні (пункт 3 статті 3) та приватизаційні (пункт 4 статті 3) [2, ст. 3]. Крім того, у цілому положення зазначеного закону проводять більш розгалужену класифікацію як цінних паперів загалом, наприклад, поділяючи їх на емісійні та неемісійні, документарні та бездокументарні, іменні, ордерні та на пред'явника, так і облігацій зокрема. Відповідні положення Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» є результатом вікового розвитку ринків цінних паперів, узагальнення відповідної практики та її наукового аналізу.

Водночас практична орієнтованість будь-якого нормативно-правового акта, у тому числі наведеного закону, ставить до нього вимоги чіткості та лаконічності, що має забезпечити його однозначне застосування відповідними суб'єктами задля досягнення мети правового регулювання. У зв'язку із цим, незважаючи на, як ми зазначили, розгалужену класифікацію облігацій, що пропонується Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок»,

вона, однак, уступає за обсягами пропозиціям, які знайшли висвітлення в правовій доктрині. Враховуючи наведене, вважаємо, що найбільше повний та ефективний розгляд видів облигацій у межах їх класифікацій можна забезпечити лише рухаючись від загальних критеріїв до особливих, проте з урахуванням нормативних положень законодавства. Це надає можливість, з одного боку, розглянути облигації з точки зору їх специфічних властивостей, що існують у цивільному обороті, однак на яких положення законодавства не концентрують свою увагу, а з іншого – визначити їх характерні риси, які знайшли відображення в положеннях законодавства.

Пропонуємо почати класифікацію з критеріїв, що є спільними для більшості цінних паперів та базовими для їх розмежування: форма фіксації та характер презентації. Окреслене є досить поширеними у зв'язку із чим детальний їх розгляд є малопродуктивним, а тому слід окреслити лише найбільш визначальні особливості наведеного поділу.

За першим критерієм усі цінні папери, у тому числі облигації, поділяються на документарні та бездокументарні. Документарні цінні папери втілюються в матеріальному носії, яким фактично є паперовий документ, що містить визначені положеннями нормативно-правових актів реквізити, які дозволяють ідентифікувати його як відповідний документ. У свою чергу бездокументарними цінними паперами виступають різного роду облікові та реєстраційні записи в системах обліку власників цінних паперах. Такий облік може бути як електронним, так і вестися на паперових носіях. Незважаючи на можливість відображення реквізитів облигації та відповідної інформації про неї на паперових документах за бездокументарній формі облигацій, такі документи є лише підтвердженням прав на облигацію та за нею, однак не є цінним папером.

Варто зазначити, що вітчизняне законодавство в частині другій статті 7 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» безальтернативно встановило, що облигації можуть існувати виключно в бездокументарній формі [2, ст. 7], чим фактично започатковано процес дематеріалізації цінних паперів зазначеної групи. При цьому наведений підхід є досить прогресивним, адже не містить виключень до жодних видів облигацій. Водночас у практиці інших країн часто використовується паралельне існування двох форм облигацій. Зокрема, абзацом другою частини третьої статті 2 Закону Республіки Білорусь «О ценных бумагах и фондовых биржах» визначено, що цінні папери можуть випускатися у вигляді роздрукованих на папері бланків або записів на рахунках [3, ст. 2]. У наведеному положенні йдеться про такі цінні папери, як акції та облигації, про що зазначено в преамбулі до закону. Водночас пунктом 5 постанови Ради Міністрів Республіки Білорусь «О выпуске облигаций государственного выигрышного валютного займа Республики Беларусь» від 21 жовтня 1999 року № 1627 встановлено, що облигації державної вигранної валютної позики є державними цінними паперами на пред'явника, які існують у документарній формі [4, п. 5], що свідчить про класифікаційний підхід нормотворця до обігу облигацій у частині визначення їх документарності та наукової обґрунтованості концептуального поділу облигацій на документарні та бездокументарні.

Що стосується характеру презентації як підстави класифікації облигацій, то за цим критерієм вони поділяються на іменні та на пред'явника. Частинною сьомою статті 7 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначено, що емітент може розмішувати

іменні облигації та облигації на пред'явника [2, ст. 7]. Із цього приводу слід зазначити, що вітчизняна система обліку цінних паперів, які існують у бездокументарній формі, на рахунках у депозитарних установах фактично стирає межі між іменними облигаціями й облигаціями на пред'явника, адже «прив'язка» облигації до рахунка власника фактично «пов'язує» такий цінний папір з особою, яка ним володіє, аналогічно записам на такому папері, який був класним для позначення переходу. Наведене фактично виключає ризики можливості володіння папером його невласником задля отримання виконання від емітента. В аспекті ж безальтернативного віднесення облигацій до бездокументарних цінних паперів розмежування їх на іменні та на пред'явника виглядає шонайменше непослідовно.

Критерієм для класифікації облигацій може бути *строк пред'явлення облигації до виконання*. За цим критерієм усі облигації можна поділити на дві великі групи: строкові та безстрокові. Наведений поділ є досить умовним, адже у вітчизняному цивільному обороті можуть перебувати лише строкової облигації, оскільки це впливає з визначення облигації, зафіксованого в статті 7 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», а також із технічних вимог, які висувуються до формування документів у процедурі емісії облигацій, зокрема відомостей, що відображаються в глобальному сертифікаті.

Строковість як ознака облигації в аспекті її бездокументарного обліку, на наше переконання, виконує дисциплінуючу й забезпечувальну функції. Дисциплінуюча функція полягає в тому, що емітент, випускаючи облигації, повинен мати певний план дій щодо грошей, які він залучає шляхом їх продажу, адже положення законодавства встановлюють низку обмежень у використанні таких коштів, а тому фактично їх залучення має цільовий характер. Крім того, зазначення інформації про мету випуску облигацій є обов'язковим елементом їх емісії. Наприклад, відповідно до Положення про порядок здійснення емісії облигацій підприємств, облигацій міжнародних фінансових організацій та їх обігу, затвердженого рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 27 грудня 2013 року № 2998, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 28 січня 2014 року за № 171/24948, наведена інформація в обов'язковому порядку відображається в рішенні емітента про публічне/приватне розміщення облигацій та проспекті емісії облигацій підприємства, щодо яких прийнято рішення про публічне/приватне розміщення (додатки 7 –8) [5]. Крім того, строковість дисциплінує й власника облигацій, надаючи йому певний період для отримання задоволення за нею.

Що стосується забезпечувальної функції, то строковість облигації є дбайливим ставленням держави до суб'єкта, який здійснює емісію облигацій, адже фактично строк пред'явлення облигації до виконання є механізмом, який може забезпечити такого суб'єкта від небажаної неплатоспроможності й від доведення до неї недобросовісними учасниками фондового ринку. Зокрема, скуповуючи облигації підприємства на фондовому ринку, їх власник отримує інструмент впливу на емітента у формі боргу, а якщо облигація не обмежується строком погашення, то такий власник може в певний момент вимагати погашення за всіма наявними в нього облигаціями. Якщо така вимога буде висунута в несприятливий із фінансової точки зору час для емітента, то це може призвести до його банкрутства.

Крім того, випуск безстрокових облигацій з урахуванням встановлених обмежень стосовно вартості всіх випусків

може обмежити можливості емітента в залученні додаткових коштів і змусувати його збільшувати статутний капітал (якщо облігації є корпоративними) задля залучення в оперативний обіг більшої кількості коштів, що без сумніву уповільнює динаміку обороту коштів між емітентом та іншими учасниками ринку. Тобто якщо сукупний випуск облігацій підприємства, що можуть одночасно перебувати в обороті, обмежується певною сумою, то в такому разі «перевищення цього ліміту» є неможливим і це змусить емітента збільшувати статутний капітал для додаткового випуску облігацій або чекати, поки власники облігацій, що перебувають в обігу, звернуться за їх погашенням або ж використають інші інструменти залучення капіталу. Враховуючи наведене, строковий погашення облігацій на тлі відсутності чітких нормативів до максимального строку початку такого погашення (строку існування відносин між власником облігації та її емітентом) забезпечує формування емітентом фінансового плану та надає йому додаткові забезпечувальні механізми під час здійснення діяльності.

У свою чергу, за часом погашення строкові облігації можуть бути поділені на окремі підвиди. Із цього приводу слід зазначити, що положення Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» у цілому класифікують такі облігації, однак не щодо всіх їх видів. Зокрема, облігації Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та державні облігації України поділяються положеннями зазначеного закону на короткострокові (до одного року), середньострокові (від одного до п'яти років) та довгострокові (понад п'ять років) (статті 8-2 та 10) [2]. Водночас, як ми зазначили, наведений поділ використовується лише щодо окреслених видів облігацій. Однак його умовність не створює перешкод для того, щоб відповідна класифікація була застосована в практичній діяльності для інших видів облігацій.

В аспекті наведеного звертає на себе увагу та обставина, що положення Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», хоча і класифікують окремі види облігацій за строком, встановлюють для довгострокових облігацій лише мінімальний (вихідний) термін їх цивільного обігу, зазначаючи, що він має бути від п'яти років. При цьому максимального терміну початку погашення облігації ані положення зазначеного закону, ані підзаконних нормативно-правових актів не встановлюють. У такому ключі фактично стирається межа між строковими та безстроковими облігаціями, адже встановлення тривалого відтермінованого моменту початку погашення облігацій фактично прирівнюється до їх безстроковості. Не зважаючи на те, що й інвестори (власники облігацій), й емітенти зацікавлені в короткостроковому обігу облігацій, адже тоді інвестор скоріше отримує винагороду, а емітент сплачує менші відсотки, положення вітчизняного законодавства передбачають можливість випуску облігацій на тривалі строки.

Підводячи межу під класифікацією облігацій за критерієм строку їх погашення, слід також звернути увагу на те, що всі строкові облігації можуть бути поділені на ті, що передбачають дострокове погашення, та ті, строк погашення яких є фіксованим, що виключає можливість дострокового пред'явлення облігації до виконання. Відповідно до частини четвертої статті 7 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» це питання вирішується емітентом і відображається в проспекті емісії облігації [2, ст. 7]. Визначальним є те, що під час розміщення облігацій порядок їх дострокового погашення, а також порядок визначення вартості таких облігацій і сум, що підлягають до сплати їх

власникам, також визначаються проспектом емісії. Враховуючи зазначене, емітент може визначити, хто саме може ініціювати дострокове погашення облігацій, мінімальні строки обігу облігацій, зі впливом яких відповідний суб'єкт може ініціювати відповідну процедуру, а також порядок проведення розрахунків.

Продовжуючи аналіз підходів до класифікації облігацій, слід зазначити, що одним із критеріїв поділу облігацій, який знайшов відображення не тільки в юридичній літературі, а в положеннях вітчизняного законодавства, є *спосіб виконання за облігацією*.

Зокрема, відповідно до частини третьої статті 7 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» емітент у порядку, встановленому Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, може розмішувати відсоткові, цільові та дисконтні облігації [2, ст. 7]. Розмежування наведених облігацій проводиться за порядком здійснення їх погашення.

Зокрема, положеннями зазначеного Закону встановлено, що відсотковими є облігації, за якими передбачається виплата відсоткових доходів.

Цільовими є облігації, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі товарів та/або надання послуг відповідно до вимог, встановлених проспектом емісії (для державних облігацій України – умовами їх розміщення), а також шляхом сплати коштів власнику таких облігацій у випадках та порядку, передбачених проспектом емісії облігацій (для державних облігацій України – умовами їх розміщення).

У свою чергу, дисконтними є облігації, що розміщуються за ціною, нижчою ніж їх номінальна вартість. При цьому різниця між ціною придбання та номінальною вартістю облігації, яка виплачується власнику облігації під час її погашення, становить дохід (дисконт) за облігацією (абзаци другий – четвертий частини третьої статті 7) [2, ст. 7].

Наведене є свідченням того, що облігація підтверджує дохідні відносини, адже результатом погашення облігації є отримання її власником суми, що, як правило, є більшою за вартість придбання облігації та її номінальної вартості. Що ж стосується цільових облігацій, то доходом за ними слід вважати різницю вартості товару на момент придбання облігації та її погашення. Фактично придбання облігації захищає відповідний товар від знецінення. При цьому пропонується статтею 7 наведеного закону поділ не є вичерпним, адже правова доктрина доповнює зазначену класифікацію ще такими видами облігацій, як індексовані, вирашні та комбіновані.

Індексовані облігації є досить привабливим фінансовим інструментом, можуть замінити договори грошових вкладів (депозитів) і, на нашу думку, розглядатися як різновид відсоткових. У такому аспекті відсоткові облігації поділяються на відсоткові з фіксованою відсотковою ставкою та відсоткові індексовані облігації. Як зазначив В.К. Кубіков, у облігаціях такого типу відсоткова ставка «плаває» на підставі індексів. Індекси можуть бути обрані індивідуально для кожного випуску та як такі індекси можуть використовуватися валютний курс долар/гривня, індекс прибутковості облігацій внутрішньої державної позики чи інші індекси [6, с. 62]. Вигода власника під час придбання такого виду облігації полягає в тому, що він фактично як і за депозитного вкладу захищає свої гроші від інфляції. Що ж стосується емітента, то випуск ним такого виду облігацій є засобом оперативного залучення грошових коштів за рахунок створення привабливого



фінансового інструмента, однак виправдовується під час використання таких коштів у ліквідних операціях.

Виграшні облигації є досить специфічним видом, який можна також віднести до одного з різновидів строкових облигацій. Їх специфіка полягає в тому, що вони погашаються шляхом виплати їх власнику номінальної вартості й нарахованих відсотків, що в цілому становлять виграш розіграшу або шляхом виплати їх власнику, крім вартості й відсотків, ще й суми виграшу. При цьому відбувається погашення саме тих облигацій, які є виграшними під час проведення розіграшу. Вітчизняне законодавство не виділяє такого виду облигацій, у зв'язку із чим погашення відсоткових облигацій у цивільному обороті України відбувається з презумпцією рівності прав усіх власників зазначених цінних паперів, а тому кожна особа, яка має облигацію, строк виконання за якою настав, має право на рівні з іншими такими ж власникам отримати в однаковий для всіх строк відповідне виконання. Яскравим прикладом використання виграшних облигацій є практика Республіки Білорусь, яка застосовує відповідні фінансові інструменти для залучення позики від громадян країни, а також осіб, що постійно проживають на її території, тобто як однієї з форм внутрішньої державної позики. Відповідні відносини врегульовуються, зокрема, такими спеціальними нормативно-правовими актами Республіки Білорусь, як постанова Ради Міністрів Республіки Білорусь «О выпуске облигаций государственного выигрышного валютного займа Республики Беларусь» від 21 жовтня 1999 року № 1627 та постанова Міністерства фінансів Республіки Білорусь «Об утверждении Инструкции о порядке проведения тиражей выигрышей по облигациям государственного выигрышного валютного займа Республики Беларусь» від 07 березня 2000 року № 16. Зазначеною постановою уряду визначено, що погашення за виграшними облигаціями здійснюється шляхом виплати номінальної їх вартості, відсотків за облигаціями та суми виграшу [4, п. 8]. При цьому відповідні положення постанови уряду деталізовані положеннями наведеної постанови Міністерства фінансів Республіки Білорусь, якою визначено, що відсоток виграшних облигацій, ставка відсоткового доходу й розмір виграшу визначають відповідно до умов конкретного випуску облигацій [7, п. 8]. У цілому ж зазначені нормативно-правові акти врегульовують процедуру проведення розіграшу, визначення кількості переможців та порядок погашення відповідних облигацій.

За своєю природою проведення розіграшу виграшів за облигаціями є лише способом визначення тих облигацій, які підлягають погашенню після його проведення з виплатою виграшів. По суті, це один із способів здійснення погашення облигацій у межах одного випуску частково (вибірково), тобто погашення позикового зобов'язання з настанням відкладальної умови. Такий вид облигацій не можна назвати безстроковим унаслідок того, що сам розіграш у межах окремого випуску проводиться не раніше визначеного строку, який фактично є настанням строку погашення облигацій, проте в такому ракурсі розіграш є лише способом визначення порядку (черговості) погашення облигацій, строк виконання за якими настав.

На нашу думку, порядок проведення розіграшів виграшів облигацій не повинен суперечити такій природі цих цінних паперів, як підтвердження позикового, повернуваного зобов'язання, що означає потенційну здатність відповідної облигації бути погашеною. Тобто процес проведення розіграшів має передбачати поступове погашення

всіх облигацій, однак із можливими особливостями, наприклад зі встановленням, що виграшні облигації погашаються номінальною вартістю, відсотками й сумою виграшу, тоді як ті, що не виграли в розіграші, – лише номінальною вартістю й відсотками. В іншому випадку фактично стираються межі між проведенням розіграшів між облигаціями та проведенням державної лотереї, а сама облигація стає лотерейним квитком.

Що стосується комбінованих облигацій, то специфікою їх природи є поєднання декількох видів погашення в рамках правовідносин між емітентом та власником, які посвідчуються такими цінними паперами. В аспекті положень вітчизняного законодавства фактично комбінований підхід закладено у визначення цільової облигації, оскільки відповідним положенням Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» передбачається, що виконання за цільовими облигаціями здійснюється шляхом передачі товарів та/або надання послуг відповідно до вимог, встановлених проспектом емісії, а також шляхом сплати коштів власнику таких облигацій у випадках та порядку, передбачених проспектом емісії облигацій (абзац третій частини третьої статті 7) [2]. Тобто в наведеному випадку під час погашення власник облигації може отримати також товари чи послуги й грошові кошти.

Крім наведених класифікацій облигацій, наука цивільного права пропонує ще декілька критеріїв для їх поділу. Зокрема, за характером погашення всі облигації можна поділити на ті, що поділяються одноразовим повним погашенням, а також ті, погашення яких відбувається частинами. Водночас, якщо прийняти до уваги ту обставину, що виконання за облигаціями може бути подвійним (виконання стосовно основного обов'язку (номінальної вартості) та виконання стосовно нарахованих відсотків), у такому разі наведене розмежування має враховуватися характером погашення. У зв'язку із цим, у залежності від погашення основної суми та доходу, на нашу думку, усі облигації можуть бути поділені на облигації з повним одноразовим комплексним погашенням, облигації із частковим комплексним погашенням та облигації зі змішаним погашенням. Характерною рисою облигацій першого типу є те, що як номінальна вартість, так і дохід погашаються одночасно у встановлені строки або достроково. Прикладом такого погашення є отримання власником облигації, незалежно від строку її обігу, одночасно й номінальної вартості та відсотків. Такий підхід є можливим для відсоткових і комбінованих облигацій. У випадку із цільовими облигаціями може мати місце лише повне або часткове виконання в залежності від того, яким саме чином погашаються облигації, адже цільові облигації не передбачають додаткового предмета виконання.

Облигації із частковим комплексним погашенням позначають порядок, погашення відповідно до якого виконання основного й факультативного обов'язку відбувається частинами, однак загалом у повному обсязі. Наприклад, якщо проспектом емісії (умовами розміщення) передбачена можливість погашення облигації та відсотків за нею частинами протягом усього строку погашення.

Що стосується змішаного погашення, то воно, як правило, використовується у відносинах із відсоткових облигацій, однак є можливість його використання і в обороті інших видів облигацій. Прикладом такого погашення може бути сплата власнику облигації сум нарахованих відсотків декілька разів протягом існування відносин між таким власником та емітентом. Зокрема, якщо облигація



випущена на декілька років, її власник може отримувати відсотки раз на рік або з іншою періодичністю, визначеною умовами розміщення облигацій. Що стосується цільових облигацій, то потенційно існує можливість їх погашення, наприклад, у випадку з будівництвом нерухомості, передачею їх власнику окремих частин майна, зокрема окремих приміщень в обумовленій договором нежитловій будівлі.

В аспекті запропонованої нами класифікації слід зазначити, що облигації із частковим комплексним погашенням або частковим основним чи факультативним погашенням можуть бути купонні або безкупонні незалежно від форми фіксації облигації (документарна чи бездокументарна). Купонні характеризуються тим, що власнику разом з облигацією надається певна кількість купонів. З настанням чергового строку виплати доходу власник облигації надає емітенту купон, за яким здійснюється виплата частини номінальної вартості облигації або частини доходу за нею в сумі, визначеної проспектом емісії та підтверженої купоном. Купон може бути відривним або поєднаним розміщенням (зображенням) чи іншим способом з іншими купонами, що визначає порядок його погашення: шляхом безпосереднього обміну на грошові кошти або шляхом представлення на ньому відмітки про погашення відповідно. Безкупонні облигації погашаються зверненням їх власників до емітента з підтвердженням права власності на облигацію або шляхом переказу емітентом частини необхідних виплат на рахунок власника цінних паперів, або видачею готівки. Зокрема, положеннями постанови Кабінету Міністрів України «Про випуски облигацій внутрішніх державних позик» від 31 січня 2001 року № 80 передбачено, що купони мають середньострокові та довгострокові державні облигації незалежно від валюти їх емісії, а також короткострокові облигації, емітовані в доларах США або Євро [8].

Ще однією поширеною класифікацією облигацій є їх розподіл за критерієм забезпеченості на забезпечені й незабезпечені (звичайні). В основу зазначеного критерію покладено саме додаткові договірні засоби забезпечення, адже фактично всі облигації забезпечуються майном емітента. При цьому законодавством встановлено «прив'язку» суми всіх випусків облигацій підприємства до його капіталу, а тому можливим є випуск облигацій на суму, що не перевищує встановлений ліміт, який, як правило, лише в декілька разів може перевищувати вартість капіталу відповідного суб'єкта. У такому ключі фактично забезпеченими є облигації, які покриваються майном емітента, однак якщо емітент здійснив випуск облигацій на суму, більшу за вартість його капіталу, то в такому разі виходить, що не всі випуски таких цінних паперів є забезпеченими. Натомість облигації підприємств можуть бути забезпечені порукою, гарантією та страховкою. Відповідні засоби забезпечення передбачені й для облигацій внутрішніх місцевих позик, що відображено в пункті 11 Положення про порядок здійснення емісії облигацій внутрішніх місцевих позик та їх обігу, затвердженого рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 квітня 2014 року № 578, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 29 травня 2014 року за № 570/25347 [9, п. 11].

Крім того, забезпеченість іпотечним покриттям є визначальною особливістю іпотечних облигацій, за посередництвом якої такі облигації віднесені положеннями Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» до окремої групи цінних паперів – іпотечних.

Що стосується державних облигацій, то, будучи частиною бюджетного процесу, вони забезпечуються державним бюджетом. В аспекті наведеного умовно всі забезпечені облигації можна віднести до тих, які забезпечуються порукою, гарантією, страховкою, іпотечним покриттям або іншими засобами забезпечення. Що стосується забезпечення облигацій власним майном, то в положеннях законодавства такі облигації прийнято називати звичайними або незабезпеченими. У зв'язку із цим державні облигації можна назвати забезпеченими лише в тому разі, якщо вони забезпечені засобами, відмінними від власного капіталу, яким в аспекті реалізації функцій держави виступає навіть не державне майно, а бюджет як план формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються, відповідно, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду (стаття 2 Бюджетного кодексу України) [10].

**Висновки.** Узагальнюючи викладене, слід зазначити, що цивільний оборот облигацій кожної країни, як правило, є унікальним. Така унікальність пов'язана з можливістю перебування в обороті лише певних видів облигацій, визначених положеннями законодавства.

У свою чергу положеннями вітчизняного законодавства передбачено можливість перебування в цивільному обороті бездокументарних іменних або на пред'явника облигацій із визначеним строком погашення, виконання за якими здійснюється грошима (відсоткові або дисконтні облигації) або товаром чи послугами (цільові облигації), які можуть бути забезпеченими або незабезпеченими, емітованими в національній або іноземній валюті.

У цілому класифікація та групування облигацій має не лише теоретичну, а й практичну цінність, яка полягає в можливості на тлі розгалуженої системи видів облигацій з'ясувати властивості конкретних цінних паперів і розмежувати їх за своєю природою в ситуаціях практики правозастосування.

#### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України (станом на 01 березня 2015 року) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лютого 2006 року № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
3. О ценных бумагах и фондовых биржах : Закон Республики Беларусь от 12 марта 1992 года № 1512-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.minfin.gov.by/upload/depceen/acts/zakon\\_120392\\_1512.pdf](http://www.minfin.gov.by/upload/depceen/acts/zakon_120392_1512.pdf).
4. О выпуске облигаций государственного выигрышного валютного займа Республики Беларусь : постановление Совета Министров Республики Беларусь от 21 октября 1999 года № 1627 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.minfin.gov.by/upload/gosdolg/vnytrennij/acts/postsm\\_211099\\_1627.pdf](http://www.minfin.gov.by/upload/gosdolg/vnytrennij/acts/postsm_211099_1627.pdf).
5. Про затвердження Положення про порядок здійснення емісії облигацій підприємств, облигацій міжнародних фінансових організацій та їх обігу : рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 27 грудня 2013 року № 2998, зареєстроване в Міністерстві юстиції України 28 січня 2014 року за № 171/24948 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 12. – Ст. 384.

6. Кублік В. Індексвані облигації – альтернатива банківського депозиту / В. Кублік // Ринок цінних паперів України. – 2009. – № 3–4. – С. 61–64.

7. Об утверждении Инструкции о порядке проведения тиражей выигрышей по облигациям государственного выигрышного валютного займа Республики Беларусь : постановление Министерства финансов Республики Беларусь от 07 марта 2000 года № 16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.minfin.gov.by/upload/gosdolg/vnytrennij/acts/postmf\\_070300\\_16.pdf](http://www.minfin.gov.by/upload/gosdolg/vnytrennij/acts/postmf_070300_16.pdf).

8. Про випуски облигацій внутрішніх державних позик : постанова Кабінету Міністрів України від 31 січня 2001 року

№ 80 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 5. – Ст. 185.

9. Про затвердження Положення про порядок здійснення емісії облигацій внутрішніх місцевих позик та їх обігу : рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 квітня 2014 року № 578, зареєстроване в Міністерстві юстиції України 29 травня 2014 року за № 570/25347 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 46. – Ст. 1216.

11. Бюджетний кодекс України (станом на 1 січня 2015 року) // Відомості Верховної Ради України – 2010. – № 50–51. – Ст. 572.



## СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

УДК 347.611(477)

## ПОНЯТТЯ СІМ'Ї ТА ЧЛЕНІВ СІМ'Ї ЗГІДНО ІЗ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Діана ФОЛОШНЯ,  
здобувач кафедри цивільного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## SUMMARY

The offered article describes the concept of family and family members under the Ukrainian legislation. In this case, the focus is that the term «family member» shall apply to persons who are related by family rights and responsibilities. It can be as residents of one family, members of different families, former members of the family, connected among themselves by personal property and(or) property rights and obligations that flow from marriage, kinship, adoption or other form of placement of children in the family. The legislative base regulating the concept of «family» and «family members» is quite broad and needs to be improved, and therefore sees the necessary resolve the issue at the level of the FK Ukraine by assigning it appropriate definitions.

**Key words:** family, family members, right of common ownership.

## АНОТАЦІЯ

У запропонованій статті розкриваються поняття сім'ї та членів сім'ї згідно із законодавством України. При цьому наголошується, що термін «член сім'ї» застосовується відносно осіб, які пов'язані сімейними правами і обов'язками. Це можуть бути лише особи, які проживають однією сім'єю, члени різних сімей, колишні члени сім'ї, пов'язані між собою особистими немайновими і(або) майновими правами й обов'язками, які випливають із шлюбу, споріднення, усиновлення або іншої форми влаштування дітей у сім'ю. Джерельна база, яка регламентує поняття «сім'я» та «члени сім'ї» доволі широка і потребує вдосконалення, у зв'язку з чим вбачається необхідність вирішення цього питання саме на рівні СК України шляхом закріплення у ньому відповідних дефініцій.

**Ключові слова:** сім'я, члени сім'ї, право спільної власності

**Постановка проблеми.** Соціально-економічні зміни, що відбулися в нашій країні за останні роки, зробили вирішальний вплив на розвиток відносин власності, в тому числі й тих, що складаються з участю членів сім'ї. Відродження права приватної власності та поява нових її об'єктів; відміна обмежень відносно складу і кількості майна; розширення рамок договірної ініціативи членів сім'ї – це ті передумови, які спричинили виникнення зовсім нових видів майнових відносин у сім'ї.

На цьому фоні особливої актуальності набуває проблема пошуку і розробки нових правових механізмів, покликаних адекватно регулювати майнові відносини в сім'ї у сучасних економічних умовах. Йдеться про ті внутрішні юридичні засоби, від якості, оптимальності й ефективності яких багато в чому залежить майбутній розвиток сімейних відносин в Україні в цілому.

При цьому вирішального значення набуває концептуальний аспект проблеми. Ідеї та теорії про сутність і роль майнових відносин у сім'ї. Це викликає необхідність перегляду ряду базових юридичних концепцій, розробки нових підходів до регулювання майнових відносин у сім'ї, визначення стратегії розвитку цих відносин та їх ефективного правового опосередкування у найближчій і віддаленій перспективі. Ці обставини дають підстави говорити про необхідність комплексного наукового дослідження поняття сім'ї та членів сім'ї згідно із законодавством України.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій,** в яких започатковано розв'язання зазначеної проблеми. Сформульовані в науковій статті результати дослідження ґрунтуються на працях українських і російських вчених-юристів радянського і сучасного періодів в галузі цивільного права: Я.Р. Веберса, О.М. Бандурки, Т.Ф. Алексеєнко,

О.Б. Безпалько, Н.Ю. Максимова, К.Л. Цимбал, К.Б. Левченко, Р.П. Манакової, С.М. Ворожейкіна, І.В. Жилинкової, Р.О. Стефанчука, Г.П. Матвєєва, Я.М. Шевченка та інших дослідників цивільного та сімейного права.

**Мета статті** полягає в науковому визначенні поняття сім'ї та членів сім'ї на підставі аналізу чинного законодавства України, теоретичних та практичних проблем, що виникають у правозастосовній практиці.

**Викладення основного матеріалу.** У юридичній літературі базовим для поняття «член сім'ї» є поняття «сім'я». Сім'я як багатогранний осередок нашого суспільства є одним із найдавніших соціальних досягнень людства і відіграє виняткову роль у житті суспільства та його стабілізації. Як первинна група особливого роду сім'я є єдиним і незамінним виробником членів суспільства, у тому числі людини-працівника, людини-власника, людини-політика, носія культурних, духовних, національних цінностей. Через свої багатогранні внутрішні та зовнішні зв'язки і соціальні функції сім'я чутливо реагує на всі соціальні, економічні, правові зміни, що відбуваються в її сфері, впливаючи таким чином на суспільство [4, с. 70].

Сьогодні вченими-цивілістами досить жваво обговорюється проблематика поняття «сім'ї» та поняття «члени сім'ї», оскільки правове регулювання вказаних питань не обмежується лише нормами сімейного законодавства України, а міститься й у джерельній базі інших галузей права.

У контексті викладеної проблеми надзвичайно актуальними є законодавче визначення та закріплення понять «сім'я», «члени сім'ї», «дитина». Слід зауважити, що ці питання були предметом наукових досліджень провідних науковців.

Однак існує низка проблем, які не були розв'язані і потребують подальшого більш детального дослідження.

Дослідження та вивчення будь-яких інститутів сімейного права неможливе без визначення змісту поняття «сім'я». Це поняття викликає інтерес і є об'єктом досліджень серед науковців різних галузей: філософії, демографії, соціології та ін., у тому числі серед юристів-науковців, зокрема в галузі сімейного права [7, с. 40].

У давньоруській мові під терміном «сім'я» розуміли товариство, засноване на договорі, угоді. У деяких законодавчих актах XV ст. слово «сім'я» замінювалося словом «картель» (промисел). Така ознака сім'ї зустрічалася і пізніше [8, с. 44]. Так, у довідковій літературі зазначалося, що сім'я є результатом тривалої еволюції людських відносин. У тлумачному словнику В. Даля значено: «Сім'я, сімейство – це сукупність близьких родичів, які живуть разом (батьки з дітьми, одружений син або незаміжня донька, які живуть окремо, складають вже іншу сім'ю)» [9, с. 44].

Поняття сім'ї вживається у соціологічному та правовому (або юридичному) значенні.

Сім'я у соціологічному значенні – це заснована на шлюбі чи кровному спорідненні невелика група людей, члени якої пов'язані спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю та взаємодопомогою [10, с. 50].

Сімейний кодекс України вперше зробив спробу дати нормативне (юридичне) визначення поняття «сім'я» через визначення складу сім'ї, підстав для її створення та ознак у ст. 3: «Сім'я є первинним та основним осередком суспільства. Сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік, у зв'язку із навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин, не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків тоді, коли спільно з ними не проживає. Права члена сім'ї має одинока особа. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства» [4].

Правовий аналіз ст. 3 СК України дає можливість прийти до висновку, що вона складається з таких частин:

1. Соціологічне визначення сім'ї – сім'я є первинним і основним осередком суспільства (ч. 1 ст. 3 СК України);

2. Юридичне визначення сім'ї – сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки (ч. 2 ст. 3 СК України);

3. Підстави створення сім'ї: сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 4 ст. 3 СК України).

Виходячи з цього, законодавець зробив спробу визначити поняття «сім'я» в юридичному розумінні у ч. 2 ст. 3 СК України. Вчений-цивіліст І.В. Жилінкова зазначає, що законодавець, намагаючись розкрити поняття сім'ї з позиції соціології, вирішує лише питання щодо місця та значення сім'ї у суспільстві [11, с. 65]. Слід погодитись з думкою І.В. Жилінкової, адже дійсно, структура та зміст ч. 2 ст. 3 СК України, яка, власне, і розкриває, за задумом законодавця, юридичне визначення сім'ї, має певні недоліки, зокрема:

– законодавець пішов шляхом простого переліку окремих ознак сім'ї, які зрештою не становлять чіткого та стислого юридичного визначення, оскільки не всі ознаки названі;

– вжиті законодавцем ознаки наявності взаємних прав та обов'язків, спільного проживання та спільного побуту можуть сприйматися неоднозначно і в такому вигляді їх цілком реально застосувати до студентів, які проживають у звичайному гуртожитку в одній кімнаті, і таким чином зробити висновок, що вони також сім'я;

– ознака спільного проживання, вказана у Кодексі, нівелюється у ньому ж положенням про її факультативність щодо подружжя, яке вважається сім'єю і без спільного проживання з поважних причин (навчання, робота, лікування, необхідність догляду за батьками, дітьми тощо). Це ж стосується і дитини, яка належить до сім'ї батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає (ч. 2 ст. 3 СК України);

– спірним видається положення Кодексу і щодо наділення правами члена сім'ї одинокі особи. Виходячи з нього, одинока особа є теж сім'єю, але це суперечить поглядам на природу сім'ї як сукупності, союзу чи об'єднання кількох осіб, тобто двох і більше;

– дещо суперечливим є положення, яке перераховує підстави створення сім'ї. Так, тлумачення ч. 4 ст. 3 СК України дає привід говорити про те, що можуть бути й інші підстави для створення сім'ї, окрім перерахованих, за умови, що це не буде заборонено законом та не суперечить тим моральним засадам суспільства. Це означатиме, що сім'єю можна буде назвати будь-яку сукупність осіб, яка не заборонена законом, не суперечить моральним засадам суспільства, спільно проживає, наділена спільним побутом та має взаємні права і обов'язки. Наприклад, групу солдат у збройних силах, які проживають у спільній казармі.

Виходячи з цього, запропонована законодавцем нормативна дефініція потребує вдосконалення як в частині її самої конструкції, так і щодо уточнення юридичного визначення сім'ї у законі.

У сімейному законодавстві поряд з терміном «сім'я» вживається термін «член сім'ї». Однак повного і чіткого правового визначення поняття члена сім'ї, так як і сім'ї, немає.

При цьому з урахуванням визначення поняття «сім'я» в СК України має бути підтриманим положення ч. 2 ст. 64 ЖК УРСР, згідно з яким до членів сім'ї віднесено дружину наймача (власника), їхніх дітей, батьків та інших осіб, якщо вони постійно проживають разом із наймачем і ведуть із ним спільне господарство.

Аналіз чинного законодавства (рішення Конституційного Суду України від 03.06.1999 р. № 5-рп/99 – справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») дозволяє зробити висновок про те, що термін «член сім'ї» застосовується відносно осіб, які пов'язані сімейними правами й обов'язками [13]. Це можуть бути лише особи, які проживають однією сім'єю, члени різних сімей, колишні члени сім'ї, пов'язані між собою особистими немайновими і (або) майновими правами й обов'язками, які впливають із шлюбу, споріднення, усиновлення або іншої форми влаштування дітей у сім'ю.

Відповідно до чинного сімейного законодавства особисті немайнові і майнові права та обов'язки можуть існувати між такими членами сім'ї: подружжям, колишнім подружжям, батьками і дітьми, усиновлювачами та усиновленими, рідними братами і сестрами, дідом (бабою) і внуками, мачухою, вітчимою і пасинком, падчерицею [5].

На думку П.В. Крашенинникова, членів сім'ї слід відмежовувати від категорії тимчасових мешканців, які хоч і користуються житловою площею, проте з позицій сімейно-правових відносин не належать до сім'ї [12, с. 79].



Окрім перерахованих кодифікованих нормативно-правових актів, поняття «члени сім'ї» застосовується ще в цілій низці законодавчих актів: Законі України «Про оподаткування прибутку підприємств» [15], Законі України «Про пенсійне забезпечення» [16], Законі України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ» [17], Законі України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» [18], Законі України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [19], Законі України «Про пожежну безпеку» [20], Законі України «Про міліцію» [21] тощо.

Висновки. Отже, поняття «член сім'ї» використовується не лише у сімейному законодавстві, а й властиве іншим галузям права: цивільному, житловому, праву соціального забезпечення, кримінальному процесу тощо. Джерельна база, яка регламентує поняття «сім'я» та «члени сім'ї», доволі широка і потребує вдосконалення. Власне, на сьогодні вбачається необхідність вирішення цього питання саме на рівні СК України шляхом закріплення у ньому відповідних дефініцій.

#### Список використаної літератури

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.
2. Закон України «Про власність» від 7 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 20. – С. 249–261.
3. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. – К.: Істина, 2003. – 464 с.
4. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. А.С. Довгерта, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця та ін. – К.: Істина, 2005. – 928 с.
5. Сімейний кодекс України : закон України від 10.01.2002 року № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
6. Черненко В. Адміністративно-правові заходи держави щодо протидії торгівлі жінками / В. Черненко // Науковий вісник Київського нац. ун-ту внутрішніх справ України. – 2006. – № 6. – С. 64–72.
7. Мальцев С.О. Насильственные преступники и их жертвы : гендерно-криминологические аспекты : юридические статьи / С.О. Мальцев // Следователь. – 2005. – №12. – С. 39–43.
8. Харчук В. Генезис спеціальних міжнародних договорів у сфері протидії рабству та торгівлі людьми / В. Харчук // Юридичний журнал. – 2010. – № 10. – С. 35–41.
9. Міленко В. Жінки і діти, які зазнали насилля в сім'ї : Робота психологічної та соціальної служби : завдання, форми і перспективи / В. Міленко // Психолог. (Шкільний світ). – 2010. – № 35/36. – С. 48–51.
10. Савчук О. Тренінг асертивності для жінок, які зазнали насильства / О. Савчук // Соціальна політика і соціальна робота. – 2000. – № 2. – С. 48–63.
11. Сімейне право України : [підручник] / За заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової. – К.: Юринком Інтер, 2004. – 264 с.
12. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. П.В. Крашенинникова и П.И. Седугина. – М.: Издательская группа «ИНФРА-М-НОРМА», 1997. – С. 79.
13. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення положень п. 6 ст. 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», ч. ч. 4–5 ст. 22 Закону України «Про міліцію» та ч. 6 ст. 22 Закону України «Про пожежну безпеку» : Рішення Конституційного Суду України № 5-рп/99 від 03.06.1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99>.
14. Сімейний кодекс України : закон України від 10.01.2002 року № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
15. Про оподаткування прибутку підприємств : Закон України від 28.12.1994 р. № 334/94-ВР // Урядовий кур'єр. – 1997. – 6 грудня. – № 105–106.
16. Про пенсійне забезпечення : Закон України від 05.11.1991 р. № 1788-XII // ВВР. – 1992. – № 3. – Ст. 10.
17. Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ : Закон України від 09.04.1992 р. № 2262-XII // ВВР. – 1992. – № 29. – Ст. 399.
18. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України від 22.10.1993 р. № 3551-XII // ВВР. – 1993. – № 45. – Ст. 425.
19. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20.12.1991 р. № 2011-XII // ВВР. – 1992. – № 15. – Ст. 190.
20. Про пожежну безпеку : Закон України від 17.12.1993 р. № 3745-XII // ВВР. – 1994. – № 5. – Ст. 21.
21. Про міліцію : Закон України від 20.12.1990 р. № 565-XII // ВВР УРСР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

# ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 346.2; 346.5

## СУБ'ЄКТИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ГОСПОДАРСЬКИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У СТРУКТУРІ ГОСПОДАРСЬКИХ СИСТЕМ

Ірина КРАВЕЦЬ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

This article is dedicated to the definition of the subject of organizational – economic authorities in the structure of modern economic systems. Here you can find definitions of such forms of economic activity organization as “administration of economic activities” and “regulation of economic activities”. The article analyzes characteristics of the subject of organizational – economic authorities and uses them to formulate the concept of the subject of organizational – economic authorities. It substantiates the main purpose of economic systems in the current economic environment, determines characteristics of economic systems and on the basis of them it formulates such notion as «economic system», place of subjects of organizational – economic authorities in this system.

**Key words:** administration of economic activities, regulation of economic activities, organization of economic activities, subject of organizational – economic authorities, economic system, center of the economic system.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена визначенню місця суб'єктів організаційно-господарських повноважень у структурі сучасних господарських систем. Обґрунтовуються поняття таких форм організації господарської діяльності, як «управління» та «регулювання». На основі сформульованих ознак визначається поняття «суб'єкт організаційно-господарських повноважень». Виявляється основна мета створення господарських систем у сучасних економічних умовах. Аналізуються ознаки господарських систем та на їх основі обґрунтовується поняття «господарська система» та місце в ній суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

**Ключові слова:** управління господарської діяльності, регулювання господарської діяльності, організація господарської діяльності, суб'єкт організаційно-господарських повноважень господарська система, центр господарської системи.

**Постановка проблеми.** Різного роду інтегровані об'єднання набувають популярності в сучасних умовах розвитку економіки України, оскільки вони створюються з метою забезпечення та розвитку конкурентоспроможності суб'єктів господарювання, що до них входять, ефективного здійснення їх господарської діяльності. Такі інтегровані об'єднання (господарські системи) відрізняються за порядком та метою створення, порядком здійснення центрами таких господарських систем своїх повноважень, характером відповідальності центрів господарських систем у разі незадовільного виконання своїх функцій та нанесення збитків суб'єктам, стосовно яких здійснювалися такі повноваження. Важливе місце в сучасних господарських системах займають суб'єкти організаційно-господарських повноважень, які й здійснюють безпосередньо організацію господарської діяльності суб'єктів господарювання, що входять до таких систем. З огляду на зазначене актуальним вбачається визначення місця в структурі сучасних господарських систем суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

**Метою статті** є визначення поняття «суб'єкт організаційно-господарських повноважень», формулювання ознак та поняття сучасних господарських систем та визначення місця в них суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

**Виклад основного матеріалу.** Перш ніж визначатися з особливостями правового становища суб'єктів організаційно-господарських повноважень та визначен-

ня їх місця в структурі сучасних господарських систем, доцільно дослідити поняття організаційно-господарських повноважень. Необхідно наголосити, що господарська діяльність є професійною та систематичною діяльністю, тобто такою, що потребує відповідної цілеспрямованої організації. У господарсько-правових нормах, як і у відповідних правових відносинах, відображаються не тільки економічні інтереси окремих учасників господарської діяльності, а й загальний економічний інтерес суспільства. Господарські правовідносини покликані бути таким засобом регламентації поведінки учасників господарської діяльності, який підпорядковує їх взаємні вольові відносини волі всього суспільства (держави), чим забезпечується єдність господарських відносин [10, с. 60–61]. Найважливішою умовою вирішення сучасних економічних проблем і є гармонійне поєднання приватних і публічних інтересів.

Зазначені доктринальні положення знайшли своє відображення й у чинному законодавстві України. Стаття 1 Господарського кодексу України (далі – ГК України) встановлює, що цей кодекс визначає основні засади господарювання в Україні та регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання [6]. Відповідно до ч. 4 ст. 3 ГК України сферу господарських правовідносин становлять господарсько-виробничі (майнові та інші відносини,

що виникають між суб'єктами господарювання під час безпосереднього здійснення господарської діяльності – ч. 5 ст. 3 ГК України), організаційно-господарські (відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю – ч. 6 ст. 3 ГК України) та внутрішньогосподарські відносини (відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами – ч. 7 ст. 3 ГК України).

Проте в ГК України поза увагою залишилося багато питань, що стосуються організаційно-господарських повноважень, на що звертають увагу сучасні дослідники господарського права. Зокрема, слід погодитися з точкою зору В.С. Щербини, що ГК України, на жаль, не розкриває змісту поняття «організація господарської діяльності» [24, с. 18]. У навчальній літературі це поняття розкрито лише деякими дослідниками [4, с. 15], незважаючи на те, що в теорії господарського права воно розглядається як одне з наріжних понять господарсько-правової науки, за допомогою якого, зокрема, розмежовуються предмети цивільного й господарського права. У ГК України також відсутнє поняття «управління господарською діяльністю», у процесі якого складаються організаційно-господарські відносини між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень.

Характеризуючи організаційно-господарські повноваження, слід наголосити, що, визначаючи свій предмет регулювання, ГК України вживає два терміни: «організація» (ст. 1 ГК України) та «управління» (ч. 6 ст. 3 ГК України), не розкриваючи ці поняття. Відтак необхідно їх розмежувати на законодавчому рівні, спираючись на відповідне теоретичне обґрунтування.

На думку А.М. Смолкіна, організація – це встановлення і забезпечення доцільних зв'язків між елементами системи [22, с. 17]. Н. Ней вважає, що організація – це одна з універсальних функцій соціального (у тому числі державного) управління [17, с. 29], тобто організація означає складову змісту управлінської діяльності щодо впорядкування певних суспільних відносин (об'єктів управління), раціональної побудови органів (апарату) управління (суб'єктів управління), а також системи управління в цілому як сукупності відповідних управлінських елементів, що перебувають у відношеннях та зв'язках між собою й утворюють органічну цілісність, єдність [25, с. 294]. На думку інших науковців, організація – це більш широке поняття, таке, що не поглинається змістом понять управління, управлінської діяльності або управлінського процесу. Управління як ціла направлена взаємодія між суб'єктом й об'єктом у системі управління виступає елементом організації процесу досягнення цілей, вирішення завдань [13, с. 13].

Представники науки адміністративного права вказують, що державне управління – це специфічний різновид діяльності органів держави, основним змістом якої є організаційний вплив із боку носіїв державно-владних повноважень на суспільні відносини та процеси з метою їх упорядкування, координації та спрямування шляхом різного роду нормотворчих і розпорядчих дій на виконання законів та інших правових актів держави [1, с. 143; 3, с. 31].

На думку О.П. Віхрова, управління в контексті ч. 6 ст. 3 ГК України можна охарактеризувати як підзаконну владну діяльність з організації господарських зв'язків, що здійснюється органами державної влади, органа-

ми місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією, а також громадянами, громадськими та іншими організаціями, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності [5, с. 18]. Проте спірною є теза, що підзаконна владна діяльність здійснюється громадянами, громадськими та іншими організаціями, навіть якщо вони виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності, оскільки вказана діяльність (підзаконна) здійснюється виключно органами державної влади та/або місцевого самоврядування.

Зміст управління як соціальної функції виявляється в організуючій діяльності, що досягається шляхом об'єднання, узгодження, регулювання, координації та контролю. Спірним у вітчизняній науці є питання щодо кількості функцій управління. Зокрема, Ю.А. Назаров вважає, що процесу управління притаманні чотири основні функції: планування, організація, мотивація та контроль [16, с. 29]. В.Я. Малиновський виокремлює п'ять функцій управління: передбачення, організація, розпорядження, координація та контроль [15, с. 204]. Деякі вчені визначають, що мета управління полягає в організації спільної діяльності людей, їх окремих груп та організацій, забезпеченні координації та взаємодії між ними, а його суть – у здійсненні керуючого впливу на певні об'єкти [7, с. 23].

В аспекті розмежування понять «організація» та «управління» необхідним також є визначення поняття «регулювання господарської діяльності», оскільки останнє здійснюється з метою упорядкування господарської діяльності суб'єктів господарювання. Державне регулювання – це організований процес керівництва, регулювання та контролю державних органів за розвитком сфер економіки та культури, інших сфер державного життя [23, с. 102]. У зміст державного регулювання включають вплив на невідповідні цьому органу виконавчої влади об'єкти [18, с. 12].

На думку Б.А. Райзберга, є всі підстави стверджувати, що категорія «управління» носить більш загальний характер, ніж категорія «регулювання» і включає її як свою складову частину. Якщо управління – це будь-який вплив суб'єкта (активної сторони) на об'єкт (пасивну сторону), що здійснюється з метою направлення його дії необхідним для суб'єкта чином, то регулювання покликане здійснювати корегування діяльності економічного об'єкта, що направляється управлінням загалом. Тобто управління визначає траєкторію руху, розвитку в цілому, тоді як регулювання розповсюджується тільки на корекцію, зміну, уточнення програмного коректування відповідно до умов, що складаються, додаткових вимог, особливих державних інтересів [21, с. 36]. Проте в наукових працях уже був підданий критиці цей суто кібернетичний підхід до розмежування таких понять [17, с. 28–29].

Слушно видається точка зору, що сьогодні щодо державного впливу на економічні суспільні відносини більш доцільно вживати термін «регулювання», а не «управління», оскільки останнє передбачає безпосередній управлінський вплив із прямим встановленням об'єктів і суб'єктів управління, кореспонденцією прав й обов'язків, адресністю управління, що в умовах ринкової економіки є не тільки надзвичайно складною справою, а й суперечить принципам ринкової економіки та існуючому в країні пра-

вопорядку [19, с. 19–20]. На підтвердження цього можна навести приклад із вітчизняного господарського законодавства (у ст. 22 ГК України йдеться про державний сектор економіки, оскільки держава не регулює, а управляє господарською діяльністю).

З огляду на зазначене вважаємо, що формами здійснення організації господарської діяльності є управління господарською діяльністю та регулювання господарської діяльності.

Управління господарською діяльністю – це комплекс необхідних заходів, що реалізуються на підставі права власності на майно, на базі якого провадиться господарська діяльність, або делегованих повноважень із метою ефективного її здійснення (збільшення доходу від використання такого майна, збільшення вартості та/або кількості майна, досягнення певного соціально-економічного ефекту), або кількості майна, досягнення певного соціально-економічного ефекту). Управління господарською діяльністю здійснюється такими суб'єктами: 1) органами державної влади, органами місцевого самоврядування щодо суб'єктів господарювання, які належать відповідно до державного/комунального секторів економіки; 2) господарськими об'єднаннями щодо учасників таких об'єднань; 3) засновниками/учасниками унітарних підприємств та контролюючими власниками корпоративних прав щодо відповідних підприємств/господарських організацій корпоративного типу; 4) іншими суб'єктами, яким організаційно-господарські повноваження щодо управління господарською діяльністю делеговані власником відповідного майна.

Регулювання господарської діяльності – це встановлення уповноваженими законом суб'єктами умов здійснення господарської діяльності господарськими організаціями всіх форм власності та індивідуальними підприємцями (громадянами, іноземцями, особами без громадянства, зареєстрованими у встановленому законом порядку як суб'єкти підприємницької діяльності) з метою гарантування свободи підприємництва, обмеження монополізму та захисту економічної конкуренції з одночасним здійсненням контролю за дотриманням встановлених правил, норм і застосування відповідальності за їх порушення. Регулювання господарської діяльності здійснюється державними органами та органами місцевого самоврядування, оскільки саме держава в особі своїх органів зобов'язана регулювати суспільні, у тому числі господарські, відносини, зокрема, під час здійснення підприємницької діяльності в країні таким чином, щоб забезпечити баланс між приватними інтересами підприємців та публічними інтересами (суспільства, держави, територіальних громад, споживачів).

Безперечно, контроль – це обов'язкова складова організації господарської діяльності (управління та/або регулювання), оскільки за його відсутності здійснення організаційно-господарських повноважень втрачає сенс. Контроль як складову регулювання господарської діяльності можна визначити як комплекс необхідних заходів, що полягають у перевірці фактичних напрямів і результатів діяльності суб'єктів господарювання встановленим державою правилам, нормам і нормативам, виявлення порушень у їх діяльності та застосування заходів відповідальності. Необхідно погодитися з думкою О.Ф. Андрійко, що майже всі органи виконавчої влади в межах своїх повноважень здійснюють функцію контролю. Проте якщо для окремих державних органів ця функція є факультативною, то для інших контроль є одним з ос-

новних чи основним видом діяльності. Функція контролю є визначальною під час наділення їх повноваженнями [2, с. 122]. Процес демократизації вніс зміни в співвідношення централізації й децентралізації управління, призначення контролю й форми та методи його здійснення. Із засобу покарання контроль, набувши інформаційно-аналітичного характеру, став невід'ємним чинником подальшого удосконалення управління [8, с. 349].

На основі аналізу відповідних актів законодавства (насамперед ГК України), що визначають правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень, враховуючи теоретичні положення господарського права (у тому числі наведені), можна виділити такі основні ознаки суб'єктів організаційно-господарських повноважень:

1) обов'язкові учасники господарських відносин з організації (управління та/або регулювання) господарської діяльності;

2) прямо або опосередковано здійснюють управління господарською діяльністю суб'єктів господарювання (визначають мету, предмет господарської діяльності, склад і компетенцію органів управління, правовий титул майна господарських організацій) та/або регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання;

3) юридичними підставами їх виникнення є нормативно-правові акти, установчі документи господарських організацій/об'єднань, організаційно-господарські договори, а фактичними – відносини власності, відносини контролю-підпорядкування, наділення організаційно-господарськими повноваженнями з регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання всіх форм власності, делегування організаційно-господарських повноважень;

4) під час реалізації своїх повноважень приймають обов'язкові рішення для суб'єктів господарювання, щодо яких вони здійснюються;

5) здійснюють контроль щодо суб'єктів господарювання, стосовно яких реалізують свої повноваження.

Узагальнивши наведені ознаки, можна дати таке визначення поняття суб'єкта організаційно-господарських повноважень:

Суб'єкт організаційно-господарських повноважень – це суб'єкт господарських правовідносин (орган державної влади, орган місцевого самоврядування, господарська організація, громадянин, іноземець, особа без громадянства), який здійснює управління господарською діяльністю суб'єктів господарювання та/або її регулювання (складовою яких є контроль) за наявності для цього правових підстав та фактичних можливостей.

Під час характеристики місця суб'єкта організаційно-господарських повноважень у структурі господарських систем доцільним є визначення ознак та поняття сучасних господарських систем.

Правове становище господарських систем та їх складових досліджувалося ще в радянській господарсько-правовій доктрині (М.І. Коляев, В.В. Лаптев, В.К. Мамутов, А.Я. Пилипенко, А.М. Плекан, Г.В. Пронська), а також у радянській адміністративно-правовій доктрині (О.П. Алехин, І.Л. Бачило, В.Г. Вишняков, Ю.М. Козлов).

Науковцями господарські системи розглядалися через призму удосконалення системи управління соціалістичною економікою, основна увага приділялася дослідженню центрів господарських систем: міністерств, відомств, державних комітетів (що було зумовлено об'єктивними причинами, зокрема наявним суспільно-економічним



устроєм СРСР), їхні теоретичні розробки мають важливе значення для осягнення суті, призначення та порядку функціонування господарських систем.

На думку В.В. Лаптева, господарська система мала такі основні ознаки:

1) мета створення, яка полягала у виробництві продукції або здійсненні іншої господарської діяльності для задоволення потреб народного господарства та населення, що забезпечувалося поєднанням цієї діяльності з керівництвом нею;

2) до складу господарської системи входили господарські органи, один із яких керував діяльністю системи та всіх її ланок;

3) наявність у ланок господарської системи господарської компетенції;

4) між ланками господарської системи існували постійні відносини, стабільні господарські зв'язки;

5) наявність у господарської системи певного майна – матеріальних та фінансових ресурсів, що дозволяли здійснювати господарську діяльність та управляти нею (оскільки система в цілому суб'єктом права не була, майно закріплювалося за центром системи та її ланками);

6) діяльність господарської системи могла бути організована та часто ґрунтувалася на засадах госпрозрахунку [14, с. 8–12].

Г.В. Пронська акцентувала увагу на призначенні галузевої господарської системи: вона була головним каналом усебічного управляючого впливу держави на низові ланки економіки та основним (у галузевому розрізі) організаційним засобом забезпечення планового пропорційного виробництва в народногосподарському масштабі [20, с. 24].

На думку М.І. Коняєва, усім господарським системам були притаманні такі ознаки, які дозволяли їм як суб'єктам мати повноваження, вступати в правовідносини під час здійснення господарської діяльності та керівництва нею.

Першою ознакою (на відміну від підприємств та інших однопорядкових господарських організацій) господарської системи була її комплексність. Вона означала таку організаційно-структурну побудову, за якої підприємство (інші однопорядкові первинні ланки економіки на рівні товаровиробників) або підприємства та виробничі (структурні) одиниці, або виробничо-господарські комплекси утворювали єдине ціле, яке очолював орган господарського керівництва (центр системи).

Другою ознакою була наявність централізованих резервів та фондів, що належали системі на праві власності або на праві оперативного управління.

Третьою ознакою було відображення у вільному балансі системи її майнової відокремленості від інших однопорядкових систем та сукупних результатів її господарської діяльності.

Четвертою ознакою, яка мала вирішальне значення для правосуб'єктності системи, було володіння правами та обов'язками за господарськими функціями, що здійснювалися централізовано та були пов'язані зі здійсненням господарської діяльності та керівництвом нею.

П'ятою ознакою, яка впливає з першої, другої та четвертої, був вступ у правовідносини та здійснення керівництва господарською системою через центр системи, що діяв у її інтересах. При цьому в системах, наділених правами юридичної особи, центр брав участь у правовідносинах від імені системи, а в інших систе-

мах центр як юридична особа діяв від свого імені. Права та обов'язки зі здійснення безпосередньо виробничої діяльності реалізувалися в будь-якій господарській системі силами всіх колективів її ланок, що утворювали єдиний виробничо-господарський комплекс.

Шостою ознакою була самостійна майнова відповідальність системи за її боргами за рахунок централізованих засобів. Якщо система – юридична особа, то вона не могла не нести й самостійну майнову відповідальність за її зобов'язаннями. Проте відповідати вона повинна була тільки за рахунок централізованих засобів, оскільки майно, закріплене за підприємствами та іншими однопорядковими організаціями, знаходилося в їх оперативному управлінні (а в колгоспів та кооперативів – у їх власності).

Більшість господарських систем знаходилося на госпрозрахунку. Фактично решта систем теж могли бути після відповідного техніко-економічного обґрунтування та організаційної підготовки переведені на госпрозрахунок [12, с. 153–155].

Усі наведені ознаки господарських систем віддзеркалюють ті суспільно-економічні умови, у яких вони були сформульовані. Однак з огляду на сучасний розвиток економічної системи України вони потребують уточнення.

Сучасні господарські системи створюються для забезпечення ефективної організації господарської діяльності суб'єктів господарювання через вдосконалення: 1) управління господарською діяльністю та 2) регулювання господарської діяльності як форм здійснення організації такої діяльності.

З огляду на призначення сучасних господарських систем, організації порядку їх функціонування можна визначити такі ознаки господарських систем:

1) мета створення господарських систем – ефективне здійснення організації господарської діяльності (управління господарською діяльністю та/або регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання) шляхом забезпечення чіткої системи взаємодії між центром господарських систем та підпорядкованими центру учасниками господарської системи, а також учасниками господарських систем між собою;

2) учасниками господарських систем є суб'єкти господарювання, суб'єкти організаційно-господарських повноважень, один із яких є центром господарської системи, а інші – підпорядкованими центру учасниками господарської системи;

3) господарські системи, як правило, створюються на підставі нормативно-правових актів, установчих документів господарських об'єднань, організаційно-господарських договорів, у яких і визначається серед іншого обсяг тих організаційно-господарських повноважень, що набуваються центром господарських систем щодо підпорядкованих йому (у межах таких повноважень) учасників господарських систем;

4) учасники господарських систем мають взаємні права та обов'язки, виконання яких забезпечує ефективне функціонування господарських систем загалом;

5) організаційно-господарські повноваження набуваються центрами господарських систем шляхом їх делегування самими учасниками господарських систем та/або на підставі нормативно-правових актів або встановлення вирішального впливу на формування складу органів управління та контролю учасників господарської системи,

результати голосування на загальних зборах та прийняття рішень цими органами, завдяки володінню контрольним пакетом акцій (відповідною часткою в статутному капіталі);

б) у межах повноважень, набутих центрами господарських систем, вони приймають обов'язкові до виконання підпорядкованими учасниками господарських систем рішення та здійснюють контроль за їхнім виконанням;

7) наявність матеріальних ресурсів (майна), що належать учасникам господарської системи на праві власності та/або інших правових титулах відповідно до законодавства України.

Точки зору науковців щодо змісту поняття господарських систем різняться. Так, на думку В.В. Лаптева, господарська система – це єдиний виробничо-господарський комплекс, що створений для планового здійснення господарської діяльності та керівництва нею, що складається з наділених господарською компетенцією господарських органів, які поєднані між собою стабільними зв'язками, один із яких є центром системи та володіє необхідним для здійснення своєї діяльності майном і діє або здатний діяти на основі госпрозрахунку [14, с. 12–13].

Г.В. Пронська стверджувала, що галузева господарська система – це складний підрозділ державного механізму, що створюється державою в складі певного комплексу підприємств та організацій і відповідного вищого за ієрархією органу з метою здійснення державного господарювання в галузевому масштабі, який діє відповідно до державного плану на основах госпрозрахунку та виконує свої функції в єдиному правовому режимі в порядку реалізації компетенції господарських органів, що є складовими цього підрозділу [20, с. 40].

Беручи до уваги визначення поняття «господарська система» зазначеними науковцями, необхідно враховувати ті історичні умови, у яких вони були сформульовані, та рівень досліджуваних ними господарських систем (зазвичай галузевий та регіональний).

На думку сучасного дослідника С.А. Кожемякина, господарська система – це сукупність господарюючих суб'єктів, інтегрованих в одне ціле на підставі договору чи статуту або шляхом участі в капіталі чи управлінні [11, с. 192]. Проте в цьому визначенні незрозумілою є мета створення такої господарської системи, а також неовним є перелік підстав створення господарської системи.

Питання інтегрованих об'єднань досліджується також сучасними економістами. Зокрема, на думку М.А. Заргани та В.Г. Андрєєвої, виробничо-господарська система – це складна система, що складається із сукупності елементів, між якими існують певні зв'язки, які взаємодіють із зовнішнім та внутрішнім економічним середовищем за допомогою певних факторів та створюють у процесі відтворення, який охоплює як виробничі сили суспільства, так і виробничі відносини людей, матеріальні блага [9, с. 51–52]. У цій дефініції наводиться виключно економічний аспект виробничо-господарської системи, що природно з огляду на те, що визначено це поняття представниками економічної науки. Під час формулювання особливостей правового становища господарських систем необхідно враховувати юридичні аспекти функціонування таких інтегрованих об'єднань.

Слід підкреслити, що наведені тут точки зору різних дослідників не охоплюють усі рівні сучасних господарських систем, у тому числі транснаціональний, національний, певного ринку товарів (робіт, послуг). При-

тримує положення щодо подібності всіх господарських систем за основними складовими [4, с. 15, 16] та враховуючи наведене, можна дати таке визначення поняття господарської системи: «Господарська система – це комплекс взаємодіючих суб'єктів господарювання та суб'єктів організаційно-господарських повноважень, створений/сформований в установленому порядку з метою забезпечення ефективності організації та здійснення господарської діяльності учасниками комплексу (центром системи та підпорядкованими йому суб'єктами) шляхом взаємного дотримання ними своїх прав та виконання обов'язків, який функціонує на базі матеріальних ресурсів (майна), які належать учасникам такого комплексу на праві власності та/або інших правових титулах відповідно до законодавства».

**Висновки.** Отже, з огляду на сформульовані поняття «суб'єкт організаційно-господарських повноважень» та «господарська система» можна визначити, що суб'єкти організаційно-господарських повноважень виступають центрами сучасних господарських систем, адже здійснюють організаційно-господарські повноваження щодо підпорядкованих їм учасників господарських систем, у тому числі шляхом забезпечення чіткої системи взаємодії між центром господарських систем та підпорядкованими центру учасниками господарської системи, а також учасниками господарських систем між собою. Оскільки суб'єкти організаційно-господарських повноважень як центри господарських систем забезпечують ефективне функціонування всієї господарської системи, у подальшому потребують дослідження питання правового становища таких суб'єктів, визначення характеру взаємовідносин між центром господарської системи та підпорядкованими йому учасниками цих господарських систем, межі та умови відповідальності центра господарської системи перед підпорядкованими йому учасниками та/або їх кредиторами.

#### Список використаної літератури

1. Авер'янов В.Б. Державне управління у змісті предмета адміністративного права / В.Б. Авер'янов // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 2 (37). – С. 139–149.
2. Андрійко О.Ф. Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади / О.Ф. Андрійко. – К. : Наукова думка, 2004. – 300 с.
3. Бахрах Д.Н. Адміністративное право / Д.Н. Бахрах, Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. – М. : Норма, 2007. – 816 с.
4. Вінник О.М. Господарське право / О.М. Вінник. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2009. – 766 с.
5. Віхров О.П. Господарське право. Спеціальна частина / О.П. Віхров. – К. : Видавничий Дім «Слово», 2004. – 344 с.
6. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.
7. Державне управління / за ред. А. Мельник. – К. : Знання-Пресс, 2003. – 343 с.
8. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.
9. Заргана М.А. К вопросу о проблемах перспективного развития производственно-хозяйственных систем в Украине / М.А. Заргана, В.Г. Андреева // Економічний простір. – 2008. – № 19. – С. 50–56.
10. Знаменский Г.Л. Хозяйственное законодательство Украины: формирование и перспективы развития / Г.Л. Знаменский. – К. : Наукова думка, 1996. – 64 с.

11. Кожемякин С.А. Формирование права хозяйственных систем как подотрасли хозяйственного права Украины / С.А. Кожемякин // Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора : сб. научных трудов / под ред. В.К. Мамутова. – Донецк : ООО «Юго-Восток, Лтд», 2005. – С. 189–193.
12. Коняев Н.И. Хозяйственные системы в период зрелого социализма: правовые вопросы / Н.И. Коняев. – Саратов : Издательство Саратовского университета, 1980. – 161 с.
13. Кубко Е.Б. Программно-целевая организация государственного управления (сущность, правовая основа, хозяйственная практика) / Е.Б. Кубко ; отв. ред. В.В. Цветков. – К. : Наукова думка, 1988. – 232 с.
14. Лаптев В.В. Правовая организация хозяйственных систем / В.В. Лаптев. – М. : Юридическая литература, 1978. – 168 с.
15. Малиновський В.Я. Державне управління / В.Я. Малиновський. – К. : Атіка, 2003. – 576 с.
16. Назаров Ю.А. Основы менеджмента / Ю.А. Назаров. – Волгоград : ИПК «Царицын», 1997. – 128 с.
17. Ней Н. Теорія управління та її місце в системі юридичних наук / Н. Ней // Право України. – 2004. – № 12. – С. 28–32.
18. Нилов К.Н. Государственное регулирование предпринимательской деятельности / К.Н. Нилов. – Калининград : Издательство Калининградского государственного университета, 2001. – 142 с.
19. Попов И.С. Правовой механизм государственного регулирования банковской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук / И.С. Попов. – М., 2000. – 208 с.
20. Пронская Г.В. Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (на примере Украинской ССР) / Г.В. Пронская. – К. : Издательское объединение «Вища школа», 1985. – 129 с.
21. Райзберг Б.А. Государственное управление экономическими и социальными процессами / Б.А. Райзберг. – М. : ИНФРА-М, 2006. – 384 с.
22. Смолкин А.М. Менеджмент: основы организации / А.М. Смолкин. – М. : ИНФРА-М, 1999. – 248 с.
23. Тихомиров Ю.А. Публичное право / Ю.А. Тихомиров. – М. : Издательство БЕК, 1995. – 496 с.
24. Щербина В.С. Господарське право / В.С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 600 с.
25. Юридична енциклопедія : в 6 т. / голова редкол. Ю. С. Шемшученко. – К. : Українська енциклопедія, 2002. – Т. 4. – 720 с.



УДК 346.5

## ЗАХИСТ ПРАВ ІНВЕСТИТОРІВ У РАЗІ ЕКСПРОПРІАЦІЇ ІНВЕСТИЦІЙ

Валерія ПОЄДИНОК,

доктор юридичних наук, доцент

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article describes the concept and types of the expropriation of investments. The criteria for distinguishing indirect expropriation and state regulatory measures that do not require compensation are defined. The attention is drawn to the understudy of the issue of protecting domestic investors from expropriation. Features of legal regulation for expropriation of investments in the USA as a country with a developed tradition of investor protection are examined. Some ways of improving the national and international law on the expropriation of investments are proposed.

**Key words:** investments, direct expropriation, indirect expropriation, compensation, state regulation.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто поняття та види експропріації інвестицій. Визначаються критерії розмежування непрямой експропріації та регуляторних заходів держави, що не потребують компенсації. Наголошується на недостатній дослідженості проблеми захисту вітчизняних інвесторів від експропріації. Розглядаються особливості правового регулювання експропріації інвестицій у США як країні з розвинутою традицією захисту прав інвесторів. Пропонуються напрями удосконалення національного та міжнародно-правового регулювання експропріації інвестицій.

**Ключові слова:** інвестиції, пряма експропріація, непрямая експропріація, компенсація, державне регулювання.

**Постановка проблеми.** Експропріація (примусове вилучення) інвестицій являє собою найбільш серйозне втручання в здійснення майнових прав інвестором і водночас яскравий прояв суверенітету держави. Захист інвесторів від експропріації інвестицій із боку приймаючих держав традиційно є однією з ключових тем інвестиційного права. Спеціальні норми-гарантії в разі експропріації посідають чільне місце в системі гарантій для інвесторів, що встановлюються як національним законодавством, так і міжнародними інвестиційними угодами.

Питання експропріації інвестицій зазвичай досліджуються виключно в контексті правового режиму іноземного інвестування. Навіть у межах цього контексту проблематика експропріації потребує подальшого дослідження з огляду на нові тенденції в міжнародно-правовому регулюванні інвестиційних відносин та практиці вирішення спорів між іноземними інвесторами та приймаючими державами. Крім того, недослідженими в юридичній науці залишаються питання захисту від експропріації вітчизняних інвесторів, у тому числі аспект їхньої дискримінації порівняно з іноземними інвесторами в частині забезпеченості відповідних прав.

**Метою статті** є дослідження особливостей правового регулювання експропріації інвестицій відповідно до міжнародного інвестиційного права та законодавства України, а також визначення напрямів удосконалення такого правового регулювання.

**Виклад основного матеріалу.** Міжнародне інвестиційне право не забороняє приймаючим державами примусово вилучати іноземні інвестиції за умови, що вилучення здійснюється за таких умов:

- у публічних інтересах;
- у недискримінаційний спосіб;
- згідно із законом;
- з виплатою компенсації [1, с. 46].

Ці чинники визначають, чи є примусове вилучення правомірним, а не чи мало воно місце взагалі. Таким чином, міжнародний інвестиційний арбітраж спершу повин

нен встановити, чи становить захід держави вилучення, і лише потім – чи правомірним було застосування цього заходу.

Термінологія міжнародних інвестиційних угод щодо примусових вилучень інвестицій не є цілком послідовною. Можна зустріти різні терміни, як-от: «експропріація», «вилучення», «націоналізація», «позбавлення» тощо. Ці терміни часто застосовуються як взаємозамінні, а їх використання зазвичай залежить від особливостей правової традиції та перекладу.

«Націоналізація» є терміном, який має чітку конотацію. Він, як правило, стосується широкомасштабних вилучень приватної власності в усіх секторах економіки або в межах певних секторів чи галузей. Прямі націоналізації в усіх секторах економіки мотивуються політичними міркуваннями; такі заходи мають на меті досягнення цілковитого контролю держави над економікою та передбачають перехід із приватної в державну власність усіх засобів виробництва. Значна кількість країн, що звільнилися від колоніальної залежності, розглядали націоналізації як невід'ємну частину їхнього деколонізаційного процесу в період після закінчення Другої світової війни. Націоналізації на галузевій основі відбуваються, коли держава прагне реорганізувати певну галузь шляхом набуття контролю над приватними підприємствами цієї галузі та створення державної монополії.

Термін «експропріація» зазвичай позначає вилучення окремих видів майна або активів окремого підприємства, коли права власності переходять до держави або передаються державою іншим економічним операторам. Експропріація може полягати в масштабному вилученні державою земель із метою їх перерозподілу, або вилученні, об'єктом якого є майно конкретного підприємства (наприклад, монополіста на певному ринку), чи конкретна земельна ділянка (наприклад, з метою будівництва дороги) [1, с. 18–19].

Як націоналізації, так і експропріації можуть бути *пря-*



та/або безпосереднє фізичне захоплення майна. Сьогодні масштабні націоналізації (експропріації) інвестицій є рідкістю, хоч деякі країни Латинської Америки, зокрема Болівія та Венесуела, нещодавно вживали таких заходів. Крім того, багатьма державами були вжиті надзвичайні заходи, включаючи придбання значних часток у капіталі суб'єктів господарювання, з метою порятунку деяких секторів економіки, уражених світовою фінансовою та економічною кризою 2008–2009 років.

При цьому деякі заходи держави, які не передбачають фізичних вилучень, можуть прирівнюватися до вилучень, оскільки повністю знищують економічну цінність інвестиції або позбавляють власника здатності використовувати своє майно, управляти ним. Ці заходи іменуються **непрямою експропріацією**.

Класичне визначення непрямої експропріації було дане в справі *Starrett Housing Corp* (1983 р.) Арбітражем з вирішення спорів між Іраном та США: «Міжнародним правом визнано, що заходи, вжиті державою, можуть становити втручання в здійснення прав власності до такої міри, що ці права стають настільки марними, що вони повинні вважатися експропрійованими, хоч держава й не мала наміру експропріювати їх і право власності на майно формально залишилося в первісного власника» (курсив наш – В. П.).

У свою чергу, міжнародне інвестиційне право розмежує пряму експропріацію та **регуляторні заходи**, тобто заходи, що вживаються державами під час здійснення їхнього права регулювати в публічному інтересі. Ці заходи зазвичай не дають підстав вимагати компенсації, хоч вони можуть мати такі самі наслідки, як і пряма експропріація. Так, у справі *Saluka Investments v. Czech Republic* арбітраж ЮНСІТРАЛ встановив, що «наразі в міжнародному праві встановлено, що держави не несуть обов'язку виплати компенсації іноземному інвестору, коли, нормальним чином здійснюючи свої регуляторні повноваження, вони в недискримінаційний спосіб добросовісно встановлюють правила, спрямовані на досягнення загального добробуту» (п. 255).

Ця сама ідея розвивається й в юридичній літературі. Як вказує М. Сорнараджа, недискримінаційні заходи, пов'язані з антимонопольним регулюванням, захистом прав споживачів, регулюванням ринку цінних паперів, захистом довкілля, територіальним плануванням, не є вилученнями, що підлягають компенсації, оскільки є необхідними для ефективного функціонування держави [2, с. 357].

При цьому дотепер відсутні загально визнана й чітка дефініція поняття непрямої експропріації та критерії відмежування її від регуляторних заходів держави, хоч це питання й має величезну вагу як для інвесторів, так і приймаючих держав. Р. Дольцера та М. Стівенс зазначають: «Для інвестора демаркаційна лінія між заходами, які не потребують компенсації, і заходами, що кваліфікуються як пряма експропріація, цілком може позначати різницю між тягарем експлуатації (або припинення) неприбуткових підприємств і правом на отримання повної компенсації (або від приймаючої держави, або за договором страхування). Для приймаючої держави відповідне визначення визначає обсяг можливостей впроваджувати законодавство, яке регулює права й обов'язки капіталовласників у випадках, коли це може потягти за собою виплату компенсації. Можна стверджувати, що держава не має змоги вживати будь-яких подібних заходів, якщо вони не можуть бути забезпечені державними фінансовими ресурсами» [3, с. 99].

Практично всі чинні міжнародно-правові документи, присвячені інвестиціям, містять положення про їх непряму експропріацію. Водночас їхня переважна більшість нічого не говорить про регуляторні заходи приймаючих держав.

Так, Керівництво Світового банку з правового регулювання прямих іноземних інвестицій 1992 р. [4] встановлює: «Держава не може експропріювати або іншим чином вилучити повністю або частково іноземну приватну інвестицію та своїй території, або вжити заходів, подібних за наслідками, за винятком випадків, коли це здійснюється відповідно до законної процедури, для добросовісного досягнення публічної мети, без дискримінації на основі державної належності та з виплатою відповідної компенсації» (секція IV (1)).

Аналогічно, згідно зі ст. 13 Договору до Енергетичної хартії [5], «капіталовкладення інвесторів Договірної Сторони на території будь-якої іншої Договірної Сторони не повинні бути націоналізовані, експропрійовані чи піддаватися заходу чи заходам, які мають аналогічні націоналізації чи експропріації наслідки, за винятком випадків, коли такі заходи відповідають умовам, визначеним вище (публічна мета, належна процедура, недискримінація та компенсація).

Новітній період характеризується спробами визначити критерії, які відмежовують непряму експропріацію від регуляторних заходів, що не потребують компенсації, як у рішеннях інвестиційних арбітражів, прийнятих на основі міжнародних інвестиційних угод, так і в самих цих угодах, включаючи «інвестиційні розділи» угод про вільну торгівлю. Певне узагальнення дозволяє виділити такі три критерії: 1) економічний вплив регуляторного заходу; 2) ступінь порушення заходом розумних очікувань, пов'язаних з інвестиціями; 3) природа, мета та характер заходу.

**Економічний вплив регуляторного заходу.** Для того, щоб бути визнаним експропріаторським, захід або низка заходів повинні справляти руйнівний та тривалий вплив на економічну цінність інвестиції та пов'язаних із нею благ інвестора. Як зазначалося вище, пряма експропріація має бути «еквівалентною» прямій експропріації за наслідками. Вплив заходу або ступінь втручання повинен бути настільки значним, щоб робити права власності «марними», тобто позбавляти продовження інвестиційної діяльності економічного сенсу.

У значній кількості справ вимоги щодо непрямої експропріації були відкинуті міжнародними інвестиційними арбітражами, оскільки негативний вплив регуляторного заходу не досяг рівня вилучення. У юридичній літературі зазначають, що, хоч «регуляторні заходи, спрямовані на захист довкілля, охорону здоров'я та забезпечення безпеки, або захист чесної конкуренції часто тягнуть за собою втрати інвестицій, вони зазвичай не досягають порогу істотного позбавлення» [6, с. 357].

**Порушення очікувань інвестора** як кваліфікаційний чинник непрямої експропріації передбачає існування очікувань інвестора на рахунок того, що певні регуляторні заходи не вживатимуться приймаючою державою. Він вимагає оцінки чи порушує розумні очікування інвестора, пов'язані з інвестиціями, особливо в тих випадках, коли вони створені спеціальними запевненнями з боку держави.

Загалом для цілей вирішення спорів про експропріацію міжнародні інвестиційні арбітражі встановлюють «високий поріг» щодо очікувань інвестора. Це означає, що легітимне очікування може виникнути передусім зі

спеціальних заяв або зобов'язань держави на користь конкретного інвестора, на які останній покладався. Посилання на легітимні очікування не може ґрунтуватися виключно на суб'єктивних уявленнях інвестора. Крім того, слід відзначити, що, започатковуючи інвестиційну діяльність, інвестор приймає інвестиційний ризик, який включає також ризик змін у регуляторному середовищі. Як зазначив арбітраж Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС) у справі *Waste Management v. Mexico*, «не є функцією міжнародно-правового регулювання експропріації виключення нормальних комерційних ризиків іноземного інвестора» (п. 159).

**Природа, мета і характер регуляторного заходу** так само є важливими елементами, які повинні братися до уваги при вирішенні того, чи мала місце непряма експропріація. Особливе значущими вони є для розмежування непрямої експропріації та регуляторних заходів, що не підлягають компенсації. «Природа» заходу визначається тим, чи є він добросовісним (*bona fide*) регуляторним актом. «Мета» передбачає з'ясування, чи переслідує захід легітимну ціль публічної політики. «Характер» заходу включає такі риси, як недискримінація, належна процедура та пропорційність.

Прикладами міжнародних інвестиційних угод, які прямо закріплюють критерії непрямої експропріації, є відносно нещодавно укладені угоди про вільну торгівлю США з Австралією, Чилі, країнами Центральної Америки, Марокко та Сінгапуром [7, с. 21], а також Модельна двостороння інвестиційна угода за участю США [8]. Так, Додаток В «Експропріація» останньої встановлює, що визначення того, чи становить дія або низка дій Договірної сторони непряму експропріацію, вимагає казуального, заснованого на фактах вивчення, зокрема, таких чинників:

1) економічний вплив дії держави, хоч окремо узятий факт негативного впливу дії або низки дій Договірної сторони на економічну цінність інвестиції не означає, що непряма експропріація відбулася;

2) міра, якою дія держави порушує визначені, розумні очікування, пов'язані з інвестицією;

3) характер дії держави (підпункт (а) п. 4 Додатку В).

Проте закріплення критеріїв непрямої експропріації та відмежування її від регуляторних дій, які не потребують компенсації, у міжнародних інвестиційних угодах досі залишається винятком, а не правилом.

Юридична наука фактично ігнорує іншу проблему експропріації інвестицій, зокрема дискримінацію вітчизняних інвесторів порівняно з іноземними в частині можливостей захисту своїх прав у разі експропріації. Для джерел із міжнародного інвестиційного права така ситуація є закономірною: «У відповідності з міжнародним правом не існує дискримінації на шкоду національним особам і на користь іноземних осіб; є дискримінація тільки на користь національних осіб і на шкоду іноземним особам» [8, с. 381].

На перший погляд здається, що ця проблема не є надто критичною для України. На відміну від більшості країн світу Україна має спеціальне інвестиційне законодавство, яке поширюється не тільки на іноземних, а й на національних інвесторів. Права вітчизняних інвесторів у разі непрямої експропріації можуть бути захищені на підставі ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність». Однак дані Єдиного державного реєстру судових рішень свідчать про те, що фактично в Україні відсутня судова практика вирішення спорів про експропріацію вітчизняних інвестицій. Поодинокі справи, рішення у яких містять посилання на ч. 2 ст. 19 Закону України

«Про інвестиційну діяльність», насправді стосуються інших порушень прав інвестора з боку державних органів і не містять аналізу критеріїв експропріації; до того ж їх сторонами здебільшого є підприємства з іноземними інвестиціями.

Відсутність відповідної судової практики свідчить про нерозвиненість на вітчизняних теренах правової традиції захисту прав інвесторів на підставі норм про експропріацію інвестицій. Це спонукає звернутися до досвіду тих зарубіжних країн, де така традиція наявна. Особливої уваги заслуговують США як країна, яка ініціювала включення положень про захист інвестицій до Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (далі – НАФТА), але потім стикнулася з тим, що їх застосування може суперечити її власним інтересам.

В американській літературі зазначають, що норми НАФТА про інвестиції встановлюють нові права та привілеї для іноземних інвесторів, які виходять далеко за рамки тих, що надаються американським громадянам або суб'єктам господарювання згідно з внутрішнім правом США, а також забезпечують механізм, доступний виключно іноземним інвесторам, з використанням якого вони можуть домагатися відшкодування за рахунок коштів платників податків витрат у зв'язку з підпорядкуванням тим самим заходам державного регулювання, яким підпорядковуються й всі місцеві суб'єкти. Поняття «регуляторних вилучень» не існує для американських громадян або компаній, оскільки неодноразово було відкинуте як Конгресом США, так і судами [9, с. 4].

Основою американської судової практики в царині примусових вилучень майна є П'ята поправка до Конституції США, яка встановлює: «Жодна особа не повинна бути <...> позбавлена життя, свободи або майна поза належною правовою процедурою; приватна власність не повинна бути вилучена для публічного користування без справедливої компенсації». Можна виділити два правила, які застосовуються судами США під час вирішення спорів щодо регуляторних вилучень. По-перше, незворотне фізичне втручання в здійснення прав приватної власності державою або уповноваженим нею суб'єктом завжди становитиме вилучення, що вимагає компенсації, за винятком, можливо, таких надзвичайних ситуацій, як пожежа. По-друге, вилучення має місце в разі, коли регулювання «позбавляє власність усієї економічної користості». За межами цих двох ситуацій – незворотного фізичного захоплення або 100-відсоткового знищення цінності – суди визначають, чи є регуляторний захід вилученням, на підставі «ad hoc вивчення фактів» (підхід, вперше сформульований у справі *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*). При цьому чинниками, що «мають особливе значення», є «економічний вплив регуляторного заходу на позивача», «міра, якою захід суперечить визначенням, пов'язаним з інвестицією очікуванням», та «характер дії держави». Таким чином, формально йдеться про ті самі критерії, що наразі отримують міжнародно-правове закріплення. Однак довести регуляторне вилучення в судах США надзвичайно складно: ці суди майже ніколи не визнають, що регуляторний захід знищив 100 відсотків цінності власності й лише зрідка встановлюють, що захід являє собою вилучення на підставі аналітичного підходу, започаткованого справою *Penn Central* [10, с. 27–28].

Загальновизнано, що США забезпечують один із найвищих рівнів правового захисту приватної власності у світі, а судова система США користується великою повагою завдяки її незалежності від політичних гравців,

компетентності та справедливості стосовно іноземних учасників процесу. Проте навіть у США можливості національних інвесторів щодо захисту від примусових вилучень інвестицій значно вужчі, ніж можливості, які надаються іноземним інвесторам згідно з міжнародними інвестиційними угодами.

**Висновки.** Зазначене визначає необхідність консервативного підходу до оцінки норм міжнародних інвестиційних угод щодо непрямой експропріації інвестицій. Потенційні негативні впливи таких норм полягають у тому, що вони: а) створюють загрозу «регуляторного застою» – ситуації, коли національні органи державного регулювання вважають за краще не вдаватися до регуляторних змін (або згортати вже розпочаті програми реформ), аніж нести витрати захисту від позовів про експропріацію та виплат відповідних компенсацій; б) надають конкурентні переваги іноземним інвесторів порівняно з вітчизняними на внутрішньому ринку.

Вважаємо, що збалансування публічних та приватних інтересів, а також усунення дискримінації національних інвесторів порівняно з іноземними в питанні примусових вилучень інвестицій потребує вжиття зусиль за двома напрямками. *Перший напрям* стосується розробки законодавчої бази, доктрини та практики захисту прав інвесторів (передусім вітчизняних) в Україні. Це у свою чергу передбачає конструктивну рецепцію підходів, напрацьованих у практиці тих зарубіжних країн, які характеризуються розвиненою традицією захисту прав інвесторів з урахуванням публічних інтересів. Ключовими моментами тут є презумпція легітимності дій держави та непоширення дії норм про експропріацію, яка підлягає компенсації, на недискримінаційні добросовісні заходи держави, спрямовані на забезпечення або захист основних публічних інтересів.

Відповідні зміни до законодавства повинні охоплювати три головні питання: 1) визначення прямої та непрямой експропріації; 2) ознаки непрямой експропріації, які повинні використовуватися в сукупності та на казуальній основі (із застереженнями, що одне лише зменшення вартості інвестиції не є підставою для встановлення експропріації, а легітимні очікування можуть виникати тільки на підставі письмових зобов'язань держави або уповноваженого нею органу на користь конкретного інвестора); 3) критерії розмежування непрямой експропріації та регуляторних заходів, що не підлягають компенсації.

*Другий напрям* передбачає удосконалення власне міжнародно-правового регулювання питань експропріації

інвестицій, зокрема *уточнення* цього регулювання з метою збільшення передбачуваності розгляду відповідних інвестиційних спорів і забезпечення послідовності арбітражної практики. Саме цій меті слугує включення до нових міжнародних інвестиційних угод детальних положень про критерії непрямой експропріації та розмежування її та регуляторних заходів, що не потребують компенсації.

#### Список використаної літератури

1. Expropriation / UNCTAD // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. – United Nations: New York and Geneva, 2012. – 184 p.
2. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment: 2nd ed. / M. Sornarajah. – Cambridge University Press, 2004. – 552 p.
3. Dolzer R. Bilateral Investment Treaties / R. Dolzer, M. Stevens. – Martinus Nijhoff Publishers, 1995. – 330 p.
4. Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Volume II: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment / The World Bank, 1992. – 50 p. – [Electronic resource] – Mode of access : [www-wds.worldbank.org/.../multi\\_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/.../multi_page.pdf).
5. Final Act of the European Energy Charter Conference: The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation / Energy Charter Secretariat. – 232 p [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.encharter.org/.../EN.pdf>.
6. Newcombe A. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment / A. Newcombe, L. Paradell. – Kluwer Law International, 2009. – 614 p.
7. Yannaca-Small C. «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» / C. Yannaca-Small. – OECD, Working paper in international investment No. 2004/4, 2004. – 22 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.oecd.org/.../33776546.pdf>.
8. Карпо Д. Международное экономическое право : [учебник] / Д. Карпо, П. Жюйар. – М. : Международные отношения, 2001. – 608 с.
9. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy: Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas // Public citizen, 2001. – 70 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : [www.citizen.org/.../ACF186.PDF](http://www.citizen.org/.../ACF186.PDF).
10. Been V. The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International «Regulatory Takings» Doctrine / V. Been, J. Beauvais // New York University Law Review, 2003. – 102 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : <http://ssrn.com/abstract=337480>.

# ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

УДК 349.23

## МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ ЯК ДОДАТКОВА УМОВА ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ

Євгенія СИДОРЕНКО,

аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### АНОТАЦІЯ

У статті висвітлюється поняття «медичне страхування» через призму трудових відносин. Розглядається значення укладення договору добровільного медичного страхування, а також особливості державного регулювання цих відносин. Актуальність дослідженого питання підтверджується попитом на такий вид страхування у процесі працевлаштування. Добровільне медичне страхування широко використовується на міжнародній арені, про що вказується у статті. Законодавство України не передбачає обов'язкового медичного страхування, що зумовлено різними причинами. У роботі проаналізовано Проект Закону України «Про загальнообов'язкове соціальне медичне страхування», встановлено його недоліки та переваги.

**Ключові слова:** добровільне медичне страхування, трудовий договір, страхувальник, страховик.

### SUMMARY

The article deals with the concept of health insurance through the prism of labor relations. We consider the value of the contract of voluntary health insurance, and features state regulation of these relations. Relevance of research question confirmed the demand for this type of insurance in recruitment. Medical insurance is widely used in the international arena, as indicated in the article. Ukraine's legislation does not provide for mandatory health insurance due to several different reasons. This paper analyzes the Draft Law of Ukraine „On mandatory medical insurance”, set its advantages and disadvantages.

**Key words:** voluntary medical insurance, employment contract, insured, insurer.

**Постановка проблеми.** Добровільне та корпоративне медичне страхування стає все популярнішим в Україні. Кожен четвертий офісний працівник є добровільно застрахованим та отримує медичну допомогу у приватних медичних закладах за рахунок роботодавця. Згідно з результатами опитування, проведеного Дослідницьким центром Міжнародного кадрового порталу hh.ua, найчастіше в рамках медичного страхування відбувається придбання медикаментів, а також надається швидка і невідкладна медична допомога. При цьому медичне страхування у європейських країнах давно є звичною практикою. Дослідження показало, що й в Україні медичне страхування набуває дедалі більшої популярності [1]. Такий підхід є невід'ємною частиною системи мотивації працівників, яка демонструє реальну турботу роботодавця і сприяє підвищенню лояльності на підприємстві. Втім, турбота про співробітників – це, в першу чергу, турбота про їхнє здоров'я.

Багато компаній, приділяючи немало часу і грошей нематеріальній мотивації співробітників, інколи в рамках програми медичного страхування оплачують медичну допомогу під час перебування за кордоном і навіть супровід вагітності й допомогу при пологах. Вартість медичної страховки досить висока, проте такі витрати виправдані. Роботодавець натомість має високий рейтинг на ринку працевлаштування і великий конкурс на робоче місце.

**Мета статті** полягає у висвітленні перспектив розвитку медичного страхування в Україні саме через призму закріплення цього виду соціального захисту у трудовому договорі.

**Об'єктом дослідження** є розгляд медичного страхування в аспекті такої галузі права, як трудове право у процесі становлення трудових відносин.

**Стан дослідження проблеми.** Актуальність зазначеної теми полягає у тому, що медичне страхування є формою захисту від ризиків, що загрожують найціннішому в особистому та громадському відношенні – здоров'ю та життю людини. Такі фахівці, як М. Клімов, Н. Андріюшина, Е. Писанець, С. Поліщук, М. Мних та інші вчені у своїх роботах розглядали необхідність та особливості медичного страхування в Україні, а також проблеми та можливі шляхи їх вирішення. Проте ця проблема потребує подальшого розгляду та вивчення.

**Виклад основного матеріалу.** Перш за все слід відмітити, що договір медичного страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання в разі настання страхового випадку оплатити медичні послуги, а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначений термін та виконувати інші умови договору [2, с. 18]. Медичне страхування може проводитися в обов'язковій і в добровільній формах. Вибір форми медичного страхування в кожній країні залежить від конкретних економічних та культурно-історичних умов, від особливостей демографічних і соціальних показників, рівня захворюваності та інших факторів, які характеризують загальний стан здоров'я і рівень медичного обслуговування.

Що стосується зарубіжного досвіду з приводу медичного страхування, то слід відмітити, що кожна держава має свої підходи до цього питання. Так, наприклад, в Австралії фінансування медичного страхування виконується за раху-



нок страхових внесків у розмірі 1% заробітної плати. Таким чином, у цій країні існує пряма залежність медичного страхування від наявності трудових відносин. Утім водночас малозабезпеченим медичну допомогу надають безкоштовно у державних медичних закладах. Добровільне медичне страхування мало розвинуте та надає додаткові послуги [3].

У Швеції, де найвищий у світі життєвий рівень, діє національна система соціального страхування загальна й обов'язкова для всього населення країни. А медичне та стоматологічне страхування є його невід'ємними частинами. Система охоплює усіх громадян країни віком від 16 років. Фінансування на охорону здоров'я та медичну допомогу здійснюється за таким принципом: 18% коштів виділяє уряд, 51% – місцеві органи влади, 31% – роботодавці. Таким чином, у цій країні також існує зв'язок між медичним страхуванням та трудовими відносинами [3].

У Грузії вже давно відбулися реформи у секторі охорони здоров'я. Держава дає можливість громадянам обирати спосіб оплати медичних послуг. Медична страховка може фінансувати роботодавця, що закріплюється умовами трудового договору. Також медичну страховку оплачує держава у вигляді ваучерів для малозабезпечених громадян або страховку купує громадянин самостійно, обираючи ті послуги, які йому необхідні. Проте тут існують недоліки системи, які полягають у тому, що зараз уряд Грузії видає незахищеним верствам населення лімітовані ваучери. Але передбачених за цими ваучерами коштів не вистачає на оплату лікування серйозних захворювань. Також недоліком є той факт, що якщо працездатного грузина не страхують на роботі, що зазвичай обходиться в 30 ларі на місяць і часто їх вираховують із зарплати, йому доводиться страхуватися самому за 80 ларі. Так чи інакше досвід Грузії в аспекті медичного страхування дає свої плоди для розробки відповідних схем для України у сфері медичного страхування громадян, працівників, малозабезпечених громадян [4].

Як стверджує С.С. Осадець, медичне страхування, яке провадиться в обов'язковій формі, набуває рис соціального страхування, оскільки порядок його проведення визначається державним законодавством. Обов'язкова форма страхування координується державними структурами. Страхові платежі, сплачувані громадянами та юридичними особами, мають форму податку [5, с. 186]. Так, з цими твердженнями можна погодитися, адже обов'язкове медичне страхування перебуває під жорстким контролем держави і характеризується безпробитковістю. Ця форма організації страхового фонду дає змогу планувати медичну допомогу завдяки тому, що надходження коштів до такого фонду характеризується стабільністю.

На жаль, у нашій країні ще законодавчо не закріплене обов'язкове медичне страхування. Це зумовлено різними причинами. Одні фахівці вважають недоцільним існування такої форми медичного страхування, інші стверджують, що ті проблеми, які існують зараз в системі охорони здоров'я, можливо вирішити тільки шляхом прийняття відповідного закону. У Верховній Раді України був зареєстрований Проект Закону України «Про загальнообов'язкове соціальне медичне страхування» № 2597 від 21.03.2013 року (далі – Проект) [6], проте його обговорення та прийняття зараз не на часі.

Відповідно до Проекту система медичного страхування передбачає, що система фінансування охорони здоров'я буде здійснюватися на трьох рівнях: обов'язкове медичне

страхування, державне фінансування та добровільне медичне страхування. Страховальниками, згідно з Проектом, визначено роботодавців, місцеві органи виконавчої влади, застрахованих осіб, Фонд страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України та центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері виконання кримінальних покарань.

Застрахованими особами можуть бути як громадяни України (працевлаштовані чи офіційно безробітні), так і працюючі в Україні іноземці. Можливість медичного страхування для громадян України, які працюють за межами України та не застраховані в системі соціального страхування держави, в якій вони перебувають, відповідно до укладеного договору про добровільну участь є безперечно позитивом запропонованої системи. Також треба зауважити, що Проект містить норми, згідно з якими медичне страхування діятиме на осіб, які мають певні відносини з державою, тобто офіційно оформлені і мають статус, наприклад, офіційно безробітного, непрацюючого інваліда тощо. Таким чином, медичне страхування також пов'язане з трудовою діяльністю особи. Цей факт також підтверджується і положенням ст. 4 вказаного Проекту, зокрема пунктом 1 ч.1 ст. 4 встановлено, що страхування не залежить від стану здоров'я та рівня доходу застрахованої особи [6].

При цьому Проектом визначено, що страхові внески будуть встановлюватись у відсотках до сум фактичних витрат на оплату праці найманих працівників. Як наслідок, виникає питання, чи залежатиме обсяг медичних послуг від сплаченої суми страхового внеску та чи не вплине високий рівень «тіньових» заробітних плат в Україні на те, що велика чисельність робітників зможе отримувати лише мінімальний пакет медичних послуг [7].

Добровільне медичне страхування може бути індивідуальним і колективним. При індивідуальному страхуванні страховальниками, як правило, виступають окремі громадяни, які уклали договір зі страховиком про страхування себе або третьої особи (дітей, батьків, родичів) за рахунок власних грошових засобів [5, с. 196]. Страхові організації укладають угоди з профілактично-лікувальними закладами (незалежно від форм власності) про надання ними медичної допомоги застрахованим за певну плату, яку зобов'язується гарантувати страховик [5, с. 188].

У нашій країні на сьогодні існують нормативні акти щодо охорони праці працівників, норми, встановлені Міністерством охорони здоров'я з приводу переліку робіт, на які не допускаються жінки та інваліди, існує нормування праці. Тобто держава турбується про своїх громадян. Проте з приводу стану здоров'я працівника законодавець виділив декілька статей, одна з яких, а саме ст. 169 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України), встановлює: власник або уповноважений ним орган зобов'язаний за свої кошти організувати проведення попереднього (при прийнятті на роботу) і періодичних (протягом трудової діяльності) медичних оглядів працівників, зайнятих на важких роботах, роботах зі шкідливими чи небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі, а також щорічного обов'язкового медичного огляду осіб віком до 21 року [8].

Зміст цієї статті має певні протиріччя та недоліки, зокрема законодавець стверджує, що медичний огляд здійснюється тільки певних категорій осіб. Також виникають дискусії з приводу віку, до якого має проводитись

обов'язковий медичний огляд. На мій погляд, медичний огляд повинен проводитися незалежно від роду діяльності працівника та його віку. Адже це вигідно обом сторонам: і працівнику, і роботодавцю. Бо в такому випадку працівник, слідкуючи за станом свого здоров'я, має можливість зробити висновки про те, чи підходять йому умови та особливості тієї чи іншої роботи. А роботодавець, маючи таку інформацію, може обирати працівників з відповідним станом здоров'я.

Тобто в процесі роботи роботодавець забезпечує регулярний, скажімо кожний рік, медичний огляд своїх працівників, в результаті якого отримуються дані про вплив роботи на стан здоров'я працівників, на основі яких ведеться статистика. Також необхідно звернути увагу на той факт, що така інформація має бути обов'язково захищена, доступ до якої матимуть лише конкретно визначені роботодавцем фахівці. Маючи такі дані, роботодавець може бачити, який працівник йому потрібен для виконання тієї чи іншої роботи. Водночас працівник, якщо має намір влаштуватися на роботу в ту чи іншу компанію, також повинен пройти відповідний огляд за власний рахунок. Такий огляд може організувати як сама компанія, так і майбутній працівник у будь-якому закладі охорони здоров'я. Як ми бачимо, законодавство у цій частині не досконале, проте законодавець дає нам альтернативу – укладати трудовий договір, де можна вказати додаткові умови, які б задовольняли інтереси обох сторін. Наприклад, у трудовому договорі в якості додаткової умови роботодавець може запропонувати проходження медичного огляду з певною періодичністю, невиконання якої без поважних причин може бути підставою для розірвання трудових відносин. Адже додаткова умова є обов'язковою для виконання обома сторонами трудового договору.

Укладаючи з працівником трудовий договір, було б доцільно запропонувати йому (працівнику) в якості додаткової умови укласти договір добровільного медичного страхування, в якому працівник виступав би страхувальником, а роботодавець – суб'єктом, який здійснював би платежі за умовами страхового поліса. Роботодавець може запропонувати працівнику в якості додаткової умови трудового договору як укладання страхового поліса, так і проходження періодичного медичного огляду з подальшим вирішенням питань у результаті проходження такого огляду.

Як стверджує В.Д. Базилевич, програми добровільного медичного страхування розширюють можливості і поліпшують умови надання профілактичної, лікувально-діагностичної та реабілітаційної допомоги [9, с. 256].

В.Д. Базилевич зазначає, що розміри страхових внесків встановлюються на договірній основі страховика і страхувальника з урахуванням оцінки ймовірності захворювання страхувальника у зв'язку із віком, професією, станом здоров'я тощо [9, с. 78].

Як уже було запропоновано, медичне страхування працівників можна включити у трудовому договорі як додаткову умову трудового договору, наслідки невиконання якої можуть бути підставою для припинення трудових відносин. Розглянемо детальніше питання про наслідки невиконання такої умови обома сторонами.

Медичне страхування може включати в себе не тільки лікування працівників від тих чи інших хвороб, а й заходи запобігання останнім. Наприклад, регулярний медичний огляд. Отже, у разі, якщо працівник з якихось причин відмовляється від умови регулярного медичного огляду

чи лікування відповідно до поліса медичного страхування, укладання якого було додатковою умовою трудового договору, то роботодавець має право витребувати у нього письмове пояснення такої відмови. На основі такого пояснення робиться попередження про наслідки невиконання додаткової умови трудового договору.

Також має місце і відсторонення від роботи, що підтверджується ст. 46 КЗпП України, згідно з якою відсторонення працівників від роботи власником або уповноваженим ним органом допускається у разі: появи на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння; відмови або ухилення від обов'язкових медичних оглядів, навчання, інструктажу і перевірки знань з охорони праці та протипожежної охорони; в інших випадках, передбачених законодавством [8].

Якщо роботодавець не виконує умови трудового договору в частині медичного страхування, а саме не здійснює фінансування за умовами поліса, то відповідно до ст. 38 КЗпП України працівник має право у визначений ним термін розірвати трудовий договір за власним бажанням, якщо власник або уповноважений ним орган не виконує законодавство про працю, умови колективного чи трудового договору [8]. Також працівник має право звернутися до суду з метою захисту своїх прав у частині невиконання роботодавцем взятих на себе зобов'язань відповідно до трудового договору. Таке ж право має і роботодавець у разі невиконання таких умов працівником.

Внесення до трудового договору такої додаткової умови, як медичне страхування мають право ініціювати обидві сторони: і працівник, і роботодавець. Медичне страхування має індивідуальний характер. Тобто роботодавець має право запропонувати страхування не всьому трудовому колективу, а певним особам, які займають відповідні посади, або одній особі, тобто будь-кому. Проте за умови, що медичне страхування працівників передбачено колективним договором, то роботодавець повинен виконувати таке зобов'язання відповідно до такого договору у повному обсязі.

**Висновки.** Таким чином, можна підсумувати, що в сучасних умовах господарювання роботодавці сьогодні все більше усвідомлюють, що для залучення кваліфікованих співробітників їм необхідно надавати ефективний соціальний пакет, куди входить і поліс добровільного медичного страхування. Наявність поліса добровільного медичного страхування робить запропонований компенсаційний пакет роботодавця більш конкурентоспроможним на ринку праці і дозволяє значно підвищити якість медичного обслуговування співробітників. Крім того, більш висока якість медичних послуг дозволяє зменшити час непрацездатності співробітників (ефективне лікування прискорює вихід співробітника з лікарняного листа).

Законодавство про охорону праці в частині медичного страхування, зокрема медичного огляду, регулює відносини роботодавця та певних категорій осіб. Проте медичне страхування всіх працівників значно полегшує контроль за виконанням законодавства в частині дотримання вимог ст. 169 КЗпП України [8]. Також завдяки цьому відбувається економія державного бюджету, а саме: перелік професій, працівники яких підлягають медичному оглядові, термін і порядок його проведення встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, за погодженням із центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері

охорони праці. Тобто держава не буде використовувати кошти для формування такої програми та контролювати її виконання.

Сьогодні фінансовий захист у зв'язку зі шкодою здоров'ю співробітників значно перевищує витрати на оплату страхового платежу [10].

З іншого боку пакет добровільного медичного страхування несе значне фінансове навантаження на бюджет підприємства за відсутності податкових пільг з добровільного медичного страхування. Крім цього, для певного «прошарку» молодих співробітників, які мають міцне здоров'я або не надають належного значення фактору підтримки здоров'я, поліс медичного страхування має низький мотивуючий ефект.

Але не потрібно забувати, що роботодавець взамін отримує скорочення витрат робочого часу і економію витрат як у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю співробітників, так і на пошук працівником медичних послуг. Так, сукупні витрати роботодавця і працівника на отримання фіксованого обсягу медичних послуг при укладенні договору добровільного медичного страхування будуть у 2,5 рази нижчі, ніж при монетизації компенсаційного пакета та придбанні цих же послуг безпосередньо працівником. Але головне – роботодавець підтверджує імідж сучасного роботодавця, конкурентоспроможного на ринку праці [11].

Доцільною буде також участь держави у процесі становлення та розвитку добровільного медичного страхування саме в аспекті трудових відносин. Адже в такому випадку будуть задоволені всі сторони: і держава, і працівник, і роботодавець.

#### Список використаної літератури

1. Медичне страхування набирає обертів // Львівський портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://portal.lviv.ua/news/2014/07/28/184700.html>.

2. Єрмілов В.С. Питання медичного страхування в сучасній Україні : пройдені шляхи і перспективи // Соціальне страхування. – 2008. – № 1 – С. 18–21.

3. Медичне страхування та його особливості в зарубіжних країнах // Інформаційно-аналітичний портал Українського агентства фінансового розвитку [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ufin.com.ua/analit\\_mat/strah\\_gynok/084.htm/](http://www.ufin.com.ua/analit_mat/strah_gynok/084.htm/).

4. Успіхи і провали медичної реформи в Грузії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uoz.km.pl.ua/index.php?newsid=484>.

5. Осадець С.С. Страхування : [підручник] / Керівник авт. колективу і наук. ред. – 2-е вид. перероб. і доп. – К. : КНЕУ, 2002. – 478 с.

6. Поліщук Є.В. Медичне соціальне страхування : проблема системи потребує системного вирішення // Соціальне страхування. – 2008. – № 2 – С. 13–16.

7. Проект Закону про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування // Верховна Рада України. Офіційний веб-портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=46242](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46242).

8. Заміховська З. Модленко Н. Медичне страхування у світі та в Україні // Правовий Альянс [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://l-a.com.ua/ukr/press/2127/>.

9. Кодекс законів про працю України : Чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 01.09.2014 р. : (відповідає офіційному текстові). – К. : Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2014. – 106 с.

10. Базилевич В.Д., Базилевич Н.С. Страхова справа. – Київ : Знання, 1998. – 354 с.

11. Рогова. Д.О. Медичне страхування як елемент ефективної мотивації персоналу // Журнал про страхування. – 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://www.bplife.com.ua/view/ua/news\\_insh\\_ukraine?ar](http://www.bplife.com.ua/view/ua/news_insh_ukraine?ar).

## ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

УДК 349.6:504.062.2:639.1.052/.057

### РОЗУМІННЯ ПРАВОВІДНОСИН ВИКОРИСТАННЯ МИСЛИВСЬКИХ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ ТА ЇХ СУБ'ЄКТИ

Леся ДАНИЛЮК,  
аспірант кафедри цивільного права  
Юридичного інституту  
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

#### SUMMARY

This article deals with the concept of «using natural resources for hunting». The author examines it in two aspects (in the broad and in the narrow sense). According to this, the determination of legal relations about using natural resources for hunting was suggested. Also the author examines the determination of subjects of legal relations about using natural resources for hunting and notes that it could be: persons, legal entities, state and local authorities. Then, the author divides the subjects of legal relations about using natural resources for hunting into basic and additional. As a result the subjective list of such legal relations was coordinated.

**Key words:** natural resources for hunting, using, legal relationships, subjects.

#### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується поняття «використання мисливських природних ресурсів». Автор розглядає його у двох аспектах (у широкому та вузькому розумінні). Відповідно запропоноване і визначення правовідносин використання мисливських природних ресурсів. Також автор розглядає визначення суб'єктів правовідносин використання мисливських природних ресурсів та зазначає, що це можуть бути фізичні особи, юридичні особи та органи державної влади і місцевого самоврядування. Далі автор поділяє суб'єктів правовідносин використання мисливських природних ресурсів на основних та додаткових. В результаті вищезазначеного з'ясований суб'єктний склад відповідних правовідносин.

**Ключові слова:** мисливські природні ресурси, використання, правовідносини, суб'єкти.

**Вступ.** Мисливські природні ресурси як об'єкти екологічного права характеризуються низкою особливостей. Відповідно, своєрідні особливості притаманні і правовідносинам використання мисливських природних ресурсів. Більше того, уже саме визначення поняття «мисливські природні ресурси» частково вказує на специфіку поняття «використання мисливських природних ресурсів». У першу чергу вона прослідковується завдяки формулюванню, відповідно до якого мисливські природні ресурси використовуються або можуть бути використанні в процесі ведення мисливського господарства (зокрема в частині їх охорони, регулювання чисельності, використання та відтворення, розвитку мисливського собаківництва, з урахуванням обмежень, визначених законодавством). Тому є вагомим підстави розглядати поняття «використання мисливських природних ресурсів» у різних аспектах.

**Мета статті** полягає у визначенні поняття «правовідносини використання мисливських природних ресурсів», «суб'єкти правовідносин використання мисливських природних ресурсів» та в безпосередньому з'ясуванні суб'єктного складу таких правовідносин.

У теорії екологічного права можна зустріти різноманітні підходи щодо понять «природокористування», «використання природних ресурсів», «користування природними ресурсами».

Ю.М. Куражковський під природокористуванням розумів здійснення будь-якої діяльності, пов'язаної з безпосереднім використанням природи та її ресурсів або впливом, що її змінює [1, с. 132].

Н.Р. Кобецька зазначає, що право природокористування розглядають у різних значеннях: 1) як об'єктивне право;

2) як суб'єктивне право; 3) як правовідносини – врегульовані нормами права суспільні відносини щодо використання корисних властивостей природних об'єктів, змістом яких є відповідні права та обов'язки природокористувачів [2, с. 68-69].

З теорії цивільного права нам відомо, що право користування у суб'єктивному значенні – це закріплена нормами права можливість вилучення корисних властивостей речі для задоволення потреб власника чи інших осіб [3, с. 322].

Надумку П.В. Тихого [4, с. 8], Н.Р. Кобецької [2, с. 69–70], Л.Д. Нечипорук [5, с. 95], поняття «природокористування», «користування природними ресурсами», «фаунокористування» не викликали жодних сумнівів в умовах виключної державної власності на природні ресурси. Ними як визначалася діяльність з експлуатації відповідних об'єктів, так і вказувалося на право користування як єдину можливу юридичну форму такої експлуатації. Проте, оскільки чинним законодавством передбачена можливість перебування деяких природних об'єктів у приватній власності, для визначення діяльності з експлуатації відповідних об'єктів доцільнішим є вживання терміну «використання», під яким розуміють дії і користувачів, і власників таких об'єктів. Частково підтримує вищезазначені позиції М.К. Черкашина, оскільки зазначає, що користування природними ресурсами можна розглядати як правомочність власника природного ресурсу та як правовий титул суб'єкта, який не є його власником [6, с. 19] (тобто вона використовує поняття «користування природними ресурсами»).

Водночас П.В. Тихий пропонує не обмежувати смислове навантаження терміну «використання» тільки



експлуатацією природних ресурсів, а враховувати також діяльність, яка безпосередньо спрямована на таку експлуатацію і потребує спільного з нею правового регулювання. Відповідно, під використанням дикої фауни, на його думку, необхідно розглядати урегульовану нормами права діяльність людей, яка полягає у вилученні та споживанні корисних властивостей відповідних об'єктів, а також діяльність, яка безпосередньо спрямована на таке вилучення та споживання [4, с. 8–9].

Л.Д. Нечипорук також вважає, що використання тваринного світу – це врегульована нормами права діяльність, яка полягає у вилученні та споживанні корисних властивостей відповідних об'єктів, а також діяльність, яка безпосередньо передусім вилученню або створює умови для такого вилучення [5, с. 175].

Як було зазначено, враховуючи визначення мисливських природних ресурсів, їх особливості як об'єктів екологічного права, поняття «використання мисливських природних ресурсів» також має свою специфіку. Її можна прослідкувати навіть через запропоноване визначення мисливських природних ресурсів. Мисливські природні ресурси – це мисливські тварини, вольерна дичина, природна підсадна дичина, продукти їхньої життєдіяльності, які знаходяться в межах мисливських угідь, продукція полювання, яка має еколого-правовий режим, які використовуються або можуть бути використанні в процесі ведення мисливського господарства (зокрема в частині їх охорони, регулювання чисельності, використання та відтворення, розвитку мисливського собаківництва, з урахуванням обмежень, визначених законодавством). Як бачимо, мисливські природні ресурси використовуються або можуть бути використанні в процесі ведення мисливського господарства (зокрема в частині їх охорони, регулювання чисельності, використання та відтворення, розвитку мисливського собаківництва, з урахуванням обмежень, визначених законодавством). Тобто можна говорити про використання мисливських природних ресурсів у двох аспектах.

У широкому розумінні використання мисливських природних ресурсів – це врегульована нормами права діяльність з охорони, регулювання чисельності, використання у вузькому розумінні, відтворення мисливських природних ресурсів, розвитку мисливського собаківництва, що здійснюється суб'єктами відповідних правовідносин в процесі ведення мисливського господарства. Зокрема мова йде про: 1) використання мисливських тварин, вольерної дичини, природної підсадної дичини – в частині їх охорони, регулювання чисельності, відтворення, розвитку мисливського собаківництва; 2) продукти їхньої життєдіяльності, які знаходяться в межах мисливських угідь – в частині охорони, регулювання чисельності, відтворення мисливських природних ресурсів.

Під використанням мисливських природних ресурсів у вузькому розумінні мається на увазі врегульована нормами права діяльність з вилучення та споживання корисних властивостей мисливських тварин, продуктів життєдіяльності (які знаходяться в межах мисливських угідь) мисливських тварин, вольерної дичини, природної підсадної дичини, продукції полювання, яка має еколого-правовий режим, а також діяльність, спрямована на таке вилучення та споживання, що здійснюється суб'єктами відповідних правовідносин у процесі ведення мисливського господарства. Тут мова йде про: 1) здійснення полювання; 2) вилучення, споживання корисних властивостей продуктів життєдіяльності (які знаходяться в межах мисливських

угідь) мисливських тварин, вольерної дичини, природної підсадної дичини, а також вчинення дій, спрямованих на таке вилучення та споживання; 3) здійснення обробки, переробки продукції полювання, яка має еколого-правовий режим та укладення договорів щодо неї.

При цьому може виникнути зауваження щодо включення до поняття «використання мисливських природних ресурсів у вузькому розумінні» обробки, переробки продукції полювання, яка має еколого-правовий режим та укладення договорів щодо неї. Адже закріплена у нормах права можливість визначити юридичну чи фактичну долю майна – це право розпорядження у суб'єктивному розумінні [3, с. 323]. Проте потрібно розуміти, що для вилучення та споживання корисних властивостей продукції полювання (крім відловлених живих мисливських тварин) вона неодмінно має піддатися обробці чи переробці, яку може здійснити як її власник самостійно, так і виконавець за договором (тобто мова йде про діяльність, спрямовану на вилучення та споживання корисних властивостей). Крім цього, укладення інших договорів щодо такої продукції полювання також фактично зводиться до діяльності з вилучення та споживання корисних властивостей чи діяльності, спрямованої на таке вилучення та споживання. Тобто право розпорядження продукцією полювання, яка має еколого-правовий режим, «поглинається» поняттям її «використання».

Як відомо, найбільш поширеною класифікацією права природокористування є поділ його на загальне та спеціальне. Відповідно, використання мисливських природних ресурсів також можна було б поділити на такі види. Однак таке використання можна здійснювати тільки у спеціальному порядку, оскільки воно завжди здійснюється в процесі ведення мисливського господарства суб'єктами, які наділені спеціальною екологічною правосуб'єктністю та за наявності спеціальних дозволів.

Отже, правовідносини використання мисливських природних ресурсів – це врегульовані нормами права суспільні відносини між відповідними суб'єктами, що виникають в процесі ведення мисливського господарства при здійсненні діяльності з охорони, регулювання чисельності, відтворення мисливських природних ресурсів, розвитку мисливського собаківництва, здійснення полювання, вилучення, споживання продуктів життєдіяльності (які знаходяться в межах мисливських угідь) мисливських тварин, вольерної дичини, природної підсадної дичини, а також вчинення дій спрямованих на таке вилучення та споживання, здійснення обробки, переробки продукції полювання, яка має еколого-правовий режим та укладення договорів щодо неї.

Суб'єкти правовідносин використання мисливських природних ресурсів – це учасники цих відносин, які наділені суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, здатні реалізовувати ці суб'єктивні права і виконувати відповідні юридичні обов'язки та нести заходи юридичної відповідальності за перевищення меж здійснення своїх суб'єктивних прав і невиконання чи неналежне виконання юридичних обов'язків.

Суб'єктами правовідносин використання мисливських природних ресурсів можуть бути фізичні особи, юридичні особи та органи державної влади і місцевого самоврядування.

П.В. Тихий зазначає, що фактичні відносини зі спеціального використання дикої фауни формуються між особами, які виявили бажання добувати диких тварин, та представниками власника відповідних об'єктів, які мають повноваження щодо розпорядження ними. Таким чином,

до взаємодії вступають дві групи суб'єктів, одні з яких безпосередньо зацікавлені у реалізації своїх інтересів (основна група), а інші наділені відповідними повноваженнями, необхідними для такої реалізації (допоміжна група). До основної групи належать юридичні та фізичні особи, а до допоміжної – центральні та місцеві органи виконавчої влади, а також інші особи, які здійснюють повноваження власника об'єктів дикої фауни [4, с. 10].

Враховуючи специфіку поняття «використання мисливських природних ресурсів», суб'єктів таких правовідносин можна поділити також на дві групи: основні та додаткові. До основних суб'єктів належать: 1) фізичні особи, які використовують мисливські природні ресурси (зокрема мисливських тварин), здійснюючи полювання, тобто суб'єкти полювання (мисливці); 2) юридичні особи, які займаються веденням мисливського господарства, тобто користувачі мисливських угідь; 3) органи державного управління в галузі мисливського господарства. Додатковими суб'єктами є: 1) фізичні та юридичні особи, які виступають однією із сторін за договорами щодо продукції полювання, яка має еколого-правовий режим; 2) фізичні особи-підприємці та юридичні особи, які займаються мисливським собаківництвом (оскільки відповідну діяльність можуть здійснювати і користувачі мисливських угідь у процесі ведення мисливського господарства та інші особи, для яких мисливське собаківництво є єдиним видом діяльності). Однак ці особи є суб'єктами таких правовідносин тільки у разі використання мисливських тварин, вольєрної дичини, природної підсадної дичини у підготовці до полювань, випробувань та змагань, а також у процесі проведення випробувань та змагань собак мисливських порід; 3) громадські організації мисливців, в які, відповідно до ст. 11 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» [7], громадяни можуть добровільно об'єднуватись з метою задоволення своїх законних інтересів у здійсненні полювання, сприяння веденню мисливського господарства, розвитку мисливського собаківництва.

Щодо суб'єктів полювання (мисливців), то, відповідно до ч. 1 та ч. 2 ст. 12 Закону України «Про мисливське господарство та полювання», право на полювання в межах, визначених для цього мисливських угідь, мають громадяни України, які досягли 18-річного віку, іноземці, які одержали в установленому порядку дозвіл на добування мисливських тварин та інші документи, що засвідчують право на полювання. Полювання з використанням вогнепальної мисливської зброї дозволяється лише особам, які в установленому порядку одержали дозвіл органу внутрішніх справ на право користування цією зброєю. Згідно з ч. 1 ст. 13 Закону іноземці можуть здійснювати полювання на території України відповідно до цього Закону. Документи на право полювання, видані відповідними органами інших держав, чинні на території України.

Як бачимо, такий зміст статей не дає чіткої відповіді на питання щодо суб'єктного складу осіб, які мають право на полювання. Тому потрібно внести зміни до відповідних статей Закону, визначивши, що суб'єктами полювання (мисливцями) є: 1) громадяни України, які досягли 18-річного віку, володіють повним обсягом дієздатності та отримали у встановленому законодавством порядку документи, що засвідчують право на полювання; 2) іноземці, які отримали документи, що засвідчують право на полювання у порядку, встановленому законодавством держави, громадянами якої вони є.

Як інформує Державне агентство лісових ресурсів України, в державі зареєстровано близько 620 тисяч мисливців або 1,4% до населення країни [8]. За даними Української асоціації власників зброї, опираючись на інформацію, яка отримана з повідомлень профільного відомства та приватних джерел, можна тільки приблизно поррахувати, що офіційно зареєстрованих мисливців в Україні приблизно 800 тис. (це ті, які займаються полюванням), тих, хто не полює, але має мисливську зброю, ще 800 тис. [9]. Щодо Івано-Франківської області, то, згідно з даними Івано-Франківського обласного управління лісового та мисливського господарства, на сьогодні в нашій області зареєстровано близько 8 тисяч мисливців. Щорічно ряди мисливців зростають на 250-350 осіб. Участь у полюванні щороку приймає близько 4 тис. осіб [10].

Що стосується юридичних осіб, які займаються веденням мисливського господарства, тобто користувачів мисливських угідь, то, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про мисливське господарство та полювання», це спеціалізовані мисливські господарства, інші підприємства, установи та організації, в яких створені спеціалізовані підрозділи для ведення мисливського господарства з наданням в їх користування мисливських угідь.

Відповідно до інформації Державного агентства лісових ресурсів України площа наданих в користування мисливських угідь в Україні становить 46 млн. га, із них організаціям УТМР надано 29,5 млн. га або 64,3%, підприємствам Держлісагентства надано 4,8 млн. га або 10,5%, а користувачам іншої форми власності – 11,2 млн. га або 24,4% [8]. Веденням мисливського господарства в Івано-Франківській області займаються 36 користувачів мисливських угідь на площі 989,0 тис. га, з них 15 лісгосподарських підприємств Івано-Франківського обласного управління лісового та мисливського господарства на площі 407,7 тис. га (41 % всіх угідь області), 8 організацій обласної ради УТМР на площі 446,7 тис. га (45%), 12 підприємств інших форм власності на площі 134,6 тис. га (14 %) [11, с. 211].

Ще одним з основних суб'єктів правовідносин використання мисливських природних ресурсів є органи державного управління в галузі мисливського господарства.

Державне управління в галузі охорони довкілля можна поділити на: 1) загальне, яке здійснюється державними органами загальної компетенції; 2) спеціальне, яке здійснюється державними органами спеціальної компетенції і яке, в свою чергу, поділяється на: комплексне – здійснюється органами, які виконують блок природоохоронних завдань щодо всіх природних об'єктів; галузеве – здійснюється органами, які забезпечують управління і використання окремих природних об'єктів; функціональне – здійснюється органами, які виконують одну або декілька природоохоронних функцій стосовно всіх природних об'єктів [2, с. 79–86].

Закон України «Про мисливське господарство та полювання» містить розділ II, який присвячений державному регулюванню у галузі мисливського господарства та полювання. Відповідно до ст. 4 Закону державне регулювання у галузі мисливського господарства та полювання здійснюють Кабінет Міністрів України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації, центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища, центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування

державної політики у сфері лісового та мисливського господарства, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства, та інші центральні органи виконавчої влади відповідно до їх повноважень. Органам місцевого самоврядування цим Законом та іншими законами України можуть бути надані окремі повноваження органів виконавчої влади у сфері державного регулювання мисливського господарства та полювання.

На основі вищесказаного можна стверджувати, що система державного управління в галузі ведення мисливського господарства складається з таких органів: 1) органи загальної компетенції: Кабінет Міністрів України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації; органи місцевого самоврядування – місцеві ради; 2) органи спеціальної компетенції: комплексний орган – Міністерство екології та природних ресурсів України; галузевий орган – Державне агентство лісових ресурсів України.

**Висновки.** Враховуючи всю викладену вище інформацію, можна стверджувати, що в процесі написання статті її мету досягнуто. Досліджено поняття «використання мисливських природних ресурсів», а також з'ясовано, що його можна розглядати у широкому та вузькому розумінні. Правовідносини використання мисливських природних ресурсів визначено як врегульовані нормами права суспільні відносини між відповідними суб'єктами, що виникають у процесі ведення мисливського господарства при здійсненні діяльності з охорони, регулювання чисельності, відтворення мисливських природних ресурсів, розвитку мисливського собаківництва, здійснення полювання, вилучення, споживання продуктів життєдіяльності (які знаходяться в межах мисливських угідь) мисливських тварин, вольєрної дичини, природної підсадної дичини, а також вчинення дій, спрямованих на таке вилучення та споживання, здійснення обробки, переробки продукції полювання, яка має еколого-правовий режим та укладення договорів щодо неї. Проаналізовано суб'єктів правовідносин використання мисливських природних ресурсів, якими є учасники цих відносин і які наділені суб'єктивними правами та юридичними обов'язками, здатні реалізовувати ці суб'єктивні права і виконувати відповідні юридичні обов'язки та нести заходи юридичної відповідальності за перевищення меж здійснення своїх суб'єктивних прав і невиконання чи неналежне виконання юридичних обов'язків.

### Список використаної літератури

1. Куражковский Ю. Н. Очерки природопользования / Ю. Н. Куражковский. – М. : Мысль, 1969. – 268 с.
2. Кобецька Н. Р. Екологічне право України : [навч. посіб.] / Н. Р. Кобецька. – 2-ге вид. перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 352 с.
3. Цивільне право України : [підручник: у 2-х кн.] / [О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид. перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – 736 с.
4. Тихий П. В. Еколого-правове регулювання спеціального використання дикої фауни : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / П. В. Тихий. – Х., 2000. – 18 с.
5. Нечипорук Л. Д. Еколого-правове регулювання раціонального використання об'єктів тваринного світу : дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Л. Д. Нечипорук. – К., 2009. – 198 с.
6. Черкашина М. К. Юридичні гарантії права природокористування : дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / М. К. Черкашина. – Х., 2008. – 216 с.
7. Про мисливське господарство та полювання : закон України від 22 лютого 2000 року № 1478-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1478-14>.
8. Офіційний сайт Державного агентства лісових ресурсів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art\\_id=118763&cat\\_id=32882](http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art_id=118763&cat_id=32882).
9. Офіційний сайт Української асоціації власників зброї [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zbroya.info/uk/blog/38009\\_skilki-tsivilnoyi-zbroyi-v-ukrayini/](http://zbroya.info/uk/blog/38009_skilki-tsivilnoyi-zbroyi-v-ukrayini/).
10. Офіційний сайт Івано-Франківського обласного управління лісового та мисливського господарства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ifforest.org.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8&Itemid=10](http://ifforest.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=10).
11. Івано-Франківська область. Екологічний паспорт регіону : регіон. доп. про стан навколиш. природ. середовища в Івано-Франків. обл. за 2011 р. / Держ. упр. охорони навколиш. природ. середовища в Івано-Франків. обл. – [Б. м. : б. в.], 2011. – 329 с.

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 340.5

### ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО ЯК НАУКА ТА МЕТОД ДОСЛІДЖЕННЯ

**Володимир БЄЛЕНЬКИЙ,**

адвокат, аспірант кафедри кримінального права, кримінального процесу та криміналістики  
економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

#### SUMMARY

In his article „Comparative Law as a science and research method” we determine how the basic concepts of comparative law „right” and „comparison” refers to a dissertation. We come to the conclusion that the representation commensurate concept of „rights” is difficult and when comparing systems belonging to the same legal family. However, it is assumed that constitutional prerequisite that facilitates comparative law between Ukraine and the US, the United Kingdom, there is a general understanding of the law, based on legal positivism. In the distribution system of legal systems in family law, the United States and the United Kingdom is to Consuetudinary. Ukraine, respectively, is a post-socialist legal family, whose roots come from the Romano-Germanic legal system.

**Key words:** comparative law, comparative criminal law, comparability, proportionality, legal family.

#### АНОТАЦІЯ

У своїй статті «Порівняльне правознавство як наука та метод дослідження» ми визначаємо, як основні поняття порівняльного правознавства «право» і «порівняння» розуміються у науковому дослідженні. Ми приходимо до висновку, що подання сумарного поняття «права» є складним навіть у разі порівняння систем, що входять в одну і ту ж правову сім'ю. Однак вважається, що конститутивною передумовою, що сприяє проведенню порівняльного правознавства між Україною та США з Великобританією, є загальне уявлення про право, що ґрунтується на правовому позитивізмі. У системі розподілу правових систем на правові сім'ї США та Великобританія входять до англосаксонської правової сім'ї. Україна, відповідно, являє собою постсоціалістичну правову сім'ю, коріння якої походять з романо-германської правової системи.

**Ключові слова:** порівняльне правознавство, порівняльне кримінальне право, порівнянності, співмірність, правова сім'я.

**Постановка проблеми.** Універсальність кримінального права полягає в тому, що в рамках юридичних норм, встановлених вищими органами державної влади, визначаються злочинність і караність діянь, підстави кримінальної відповідальності, загальні принципи та умови призначення покарання, цілі та система покарань, а також підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності й покарання. За допомогою перерахованих складових елементів кримінального права державою встановлюються межі злочинного і незлочинного, що відображають позицію держави та пріоритетність об'єктів кримінально-правової охорони. У зв'язку із суверенністю держав, а також з різними соціальними умовами суспільств перераховані вище універсальні загальні риси кримінального права в кожній державі більш-менш відрізняються.

**Ціль.** Знання кримінально-правової системи іншої держави необхідне з метою протидії глобальній злочинності у сфері кіберзлочинності та здійснення правового співробітництва між державами.

**Виклад основного матеріалу.** Основний науковий підхід проведення порівняльного аналізу предметів, що походять з різних правових сімей і культур, полягає у функціональному порівняльному правознавстві. Відповідно до вказаного підходу до досліджуваного предмета постановку завдання кожного дослідження у сфері порівняльного правознавства слід формулювати без посилань на вітчизняну правову систему компаративіста, адже

різні суспільства, як правило, мають однакові проблеми, але засоби правової регламентації відрізняються один від одного в різних країнах. За допомогою функціонального методу в проведенні порівняльного правознавства дослідник прагне визначити, яким чином однакова правова проблема вирішується в різних правових порядках, тобто суть дослідження ґрунтується на фактичній аналогії, а не на схожості термінології порівнюваних законів і правових інститутів.

Термін «порівняльне правознавство» містить два основні поняття – право й порівняння. Особа, що займається порівняльним правознавством, повинна визначити обидва поняття для уточнення предмета й наукового методу свого дослідження. Вичерпне визначення поняття «права» є неможливим завданням. На думку Р. Силтала (R. Siltala), право являє собою суспільну практику, яку кожен тлумачить по-різному, і дослідники різних наукових правових шкіл не мають єдиної думки про те, що слід розуміти під правом і які методи є обґрунтованими для його дослідження [1, с. 44].

З погляду теорії порівняльного правознавства, особливої уваги заслуговує позиція, висунута Х.Л.А. Хартом, згідно з якою на рівні загальних знань однаковими елементами визначення поняття «права» є правила, що забороняють або зобов'язують особу поводитися певним чином під погрозою покарання, що зобов'язують відшкодовувати заподіяний особою збиток та визначають порядок укладання договорів або інших заходів, що створюють права й обов'язки для уповноваження судів визнавати порушен-



на правових актів і призначати юридичні наслідки за це, визначати порядок прийняття нових законодавчих актів і скасування застарілих законів [2, с. 122]. Якщо під правом розуміється як вищевказана, у якійсь мірі спрощена, універсальна модель, представлена Х.Л.А. Хартом, і як автономний предмет дослідження, чітко відділений від суспільних наук, незалежно від його близького відношення до них, за поданням Г. Кельзена [3, с. 24], то порівняльність кримінального права США та Великобританії й України слід розглянути, у першу чергу, з точки зору визначення права на базі правового позитивізму. Такий підхід до розгляду питання порівняльності вимагає й універсальний принцип кримінального права, згідно з яким караність певного діяння повинна чітко ґрунтуватися на законі *nulla poena sine lege* [4, с. 55]. Із цього принципу випливає, що єдиним джерелом права, відповідно до якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності, є закон.

Визначення поняття «права» є складним навіть у випадку порівняння систем, що входять до однієї правової родини. Однак вважається, що конститутивною передумовою, що сприяє проведенню порівняльного правознавства між державами загального права й Україною, є загальне уявлення про право, що ґрунтується на правовому позитивізмі. Як ми вже відзначали, у системі поділу правових систем на правові родини Україна входить до групи країн романо-германської правової родини. США та Великобританія, відповідно, являють собою англосаксонську правову родину, коріння якої походять із правової системи загального права.

Порівняння є способом одержання інформації, що допускає розташування предметів порівняння поряд з метою виявлення, тлумачення й пояснення відмінностей і подібностей між ними. Порівняльний аналіз не завжди доходить до стадії пояснення, не всі дослідники розуміють тлумачення й пояснення результатів порівняльного аналізу однаково. Основний момент порівняльного аналізу полягає у постановці предметів порівняння поряд. Порівняльність і вимірність, у підсумку, формуються на базі міркування, і отже, висновків, зроблених самим дослідником (компаративістом). Інакше кажучи, дослідник створює порівняльність предметів шляхом встановлення загального вимірного показника, який міститься в предметах, що підлягають порівнянню [5, с. 56]. Зведення до певної єдності є необхідною умовою процедури порівняння, оскільки порівняння має сенс лише в межах певної якості, яка завжди актуалізована лише в тому або іншому контексті [6, с. 101].

Термін «порівняльне правознавство» має потрійне значення: метод, наука, навчальна дисципліна [7, с. 109]. Порівняльне правознавство як метод визначає метод дослідження у сфері юридичних наук, а порівняльне правознавство як наука являє собою загальну юридичну науку, завдання якої полягає в розвитку методології порівняння правових культур, порядків та їх елементів, а також у створенні висновків теоретичного характеру на підставі виявлених у результаті порівняльного аналізу відмінностей і подібностей. Хорошим прикладом порівняльного правознавства як науки є класифікація правових систем на правові родини [8, с. 17]. Трудомісткість порівняльного правознавства суттєво зменшується, якщо порівнювані системи входять в одну і ту ж правову родину: держави перебувають на одному рівні правового, політичного й економічного розвитку. У такому випадку стане можливим докладний порівняльний аналіз окремого юридичного

питання на мікрорівні, тому що контекстуальні суспільні й загальні правові елементи не вимагають глибокого й експліцитного аналізу. Деякі юристи-компаративісти навіть вважають, що знаходження порівнюваних систем на такому ж рівні розвитку є конститутивною передумовою проведення порівняльного аналізу. Однак Е. Огісці [9, с. 89] вважає, що не існує ніякої логічної умови, що при проведенні порівняльного правознавства дослідник повинен дотримуватися меж певного рівня. Також W.J. Kamba [10] вважає, що умова знаходження порівнюваних правових систем на такому ж рівні розвитку лише обмежує одержання інформації про іншу правову систему шляхом методу порівняльного правознавства. Основним елементом порівняльного правознавства є його функція, – тобто для розв'язку якої проблеми проводиться порівняльний аналіз. Функція порівняльного правознавства визначає й правові системи, що підлягають порівнянню.

Одержання інформації про іншу правову систему шляхом порівняльно-правового методу повинне мати якусь функцію, тому що саме вона визначає, які методологічні й наукові підходи застосовуються у процесі порівняльного правознавства. Вважається, що найпоширеніша функція порівняльного правознавства полягає в тому, що інформація, отримана за його допомогою, слугує допоміжним інструментом, що й орієнтує, *de lege ferenda*, законодавця в ході процесу прийняття нового закону. Наприклад, усі пояснювальні записки до нового законопроекту США без винятку містять порівняльно-правовий огляд. Інформація, одержана за допомогою порівняльного правознавства, слугує також допоміжним інструментом у правозастосовній практиці, гармонізації законодавства, розвитку загального цивільного, а нині все частіше і частіше, і кримінального права. Крім цього, порівняльне правознавство є навчальною дисципліною в університетах, тому що за його допомогою можна краще зрозуміти й вітчизняне право. Одна з важливих функцій порівняльного правознавства пов'язана з міжнародним правом, тому що воно відіграє надзвичайно важливу роль не тільки в процесі оформлення міжнародних договорів, але й у застосуванні їх судами й правоохоронними органами [12, с. 133].

На відміну від функції законодавчого прикладу, функція результатів порівняльного правознавства у сфері кримінального права полягає в протидії міжнародній злочинності, що постійно зростає [13, с. 78]. Протидія міжнародній злочинності припускає одержання науково-практичних знань про кримінально-правову систему іншої держави для забезпечення основних передумов розвитку транскордонного кримінального права й співробітництва з кримінально-правових питань [14, с. 93]. Порівняльне правознавство у сфері кримінального права може мати й функцію сприяння гармонізації кримінального права. Наприклад, усередині Європейського Союзу функцією порівняльного правознавства у сфері кримінального права є раціональне сприяння процесу гармонізації кримінального права, визначеної метою ЄС [15, с. 89].

Загальною функцією нашого порівняльного аналізу у сфері кримінального права є всестороннє збільшення знань про межі злочинного й незлочинного у США та Великобританії й Україні. Предметом порівняльного аналізу є саме межі злочинного й незлочинного, тому що ми поставили собі за мету не тільки показати подібності й відмінності текстів закону, а й зрозуміти на більш глибокому рівні, чим ці подібності і відмінності викликані. Вищевказана функція проведеного нами порівняльного аналізу

пояснюється необхідністю проведення порівняльного правознавства з метою більш ефективної взаємодії в рамках міжнародних договорів. Необхідність більш ефективної взаємодії у сфері кримінального права пояснюється боротьбою з міжнародною злочинністю і входженням Великобританії та США й України в один правовий простір, створений конвенціями Ради Європи.

Порівняльне правознавство відіграє важливу роль у розвитку попереднього розслідування й переслідування транскордонних злочинів, до яких відноситься кіберзлочинність, зокрема при вивченні подвійної злочинності певного діяння, що є, як правило, основним критерієм виконання державою зобов'язань за міжнародними конвенціями у сфері кримінального права. Вивчення подвійної злочинності певного діяння вимагає проведення порівняльного аналізу загальних підстав кримінальної відповідальності і складів певних злочинів. З погляду подвійної злочинності, найважливішим фактором, на наш погляд, є різні межі злочинного й незлочинного.

На методологію порівняльного правознавства впливає й те, чи проводиться порівняльний аналіз щодо елементів поверхневого рівня права (закони й інші правові акти, рішення судів, позиції науковців), рівня правової культури (теоретичні питання загальних частин різних галузей права) або більш глибокого рівня права (наприклад, питання правової філософії) [16, с. 105]. Крім цього, при порівнянні кримінального права нам слід зазначити й те, що кримінально-правова система діє на різних рівнях. Н. Яреборг (N. Jareborg) відзначає, що такими рівнями є рівень криміналізації діянь, рівень осуду й рівень виконання покарань [17, с. 201]. Тому, крім визначення загальноправового рівня, нам слід визначити, на якому кримінально-правовому рівні порівняльний аналіз проводиться. З урахуванням функції нашого дослідження порівняльний аналіз буде проводитися в першу чергу на поверхневому загальноправовому рівні, торкаючись і питання правової культури, і кримінально-правової системи – на рівні криміналізації й правозастосовної практики.

Основний метод проведення порівняльного аналізу предметів, що походять із різних правових родин і культур, полягає у функціональному порівняльному правознавстві. К. Zweigert і Н. Kötz вважають функціональне правознавство основним принципом порівняльного правознавства на будь-якому рівні. Згідно з даним принципом постановку завдання кожного дослідження у сфері порівняльного правознавства слід формулювати без посилань на вітчизняну правову систему компаративіста, тому що різні суспільства, як правило, мають однакові проблеми, але засоби правової регламентації відрізняються один від одного в різних країнах [18, с. 133]. За допомогою функціонального методу в проведенні порівняльного правознавства дослідник прагне визначити, яким чином однакова правова проблема вирішується в різних правових порядках, тобто суть дослідження ґрунтується на фактичній аналогії, а не на подібності термінології порівнюваних законів і правових інститутів [19, с. 107].

Досягнення порівняльного правознавства як науки не обмежуються лише класифікацією різних правових систем на правові родини. Порівняльне правознавство як наука охоплює й розробку методологічних питань і підходів, пов'язаних з догматикою, філософією, історією, етнологією й соціологією права. Відповідно, порівняльне правознавство як наука може мати догматичний (порівняльний аналіз текстів законів), соціологічний (з

обліком реалізації законів на практиці), історичний або теоретичний підходи до розглянутого питання. Дослідження у сфері правової лінгвістики часто підтримують проведення порівняльного аналізу права [20, с. 21]. При проведенні порівняльного аналізу щодо практичних питань підхід до дослідження часто носить догматичний характер, а щодо теоретичних питань різні позиції правових теоретиків відіграють більш важливу роль [21, с. 73]. Слід зазначити, що опис іншої правової системи або її частин не являє собою приклад порівняльного правознавства тому, що в ньому відсутній порівняльний компонент [22, с. 102]. Однак особливо важливим елементом порівняльного правознавства є усвідомлення того, що у зв'язку із проведенням порівняльного аналізу мова йде про різноманітний і методологічно відкритий образ здійснення наукових розробок у сфері юриспруденції [23, с. 201].

Усі вищевказані питання, пов'язані з порівняльним правознавством як наукою, підлягають розгляду й при проведенні порівняльного аналізу кримінального права Великобританії, США й України. Чи є методом, за допомогою якого виявляються експліцитні відмінності й подібності кримінального права, прийнятним методом або чи варто нам задовольнятися імпліцитним описом кримінально-правової системи США/Великобританії та України без усяких елементів порівняння? Вважається, що в останньому варіанті проблеми порівняності й сумірності залишаються в тіні, але у зв'язку із цим виникає питання: як можна описати іншу систему, не використовуючи понятійного апарату вітчизняного права? На наш погляд, процес порівняння відбувається в якійсь мірі й в останньому варіанті, але, з погляду якості результатів дослідження, перший варіант, безумовно, переважає над другим варіантом наукового пізнання.

У результаті вибору більш складного підходу до порівняльного правознавства нам слід звернути увагу на наступні моменти: яким чином ми будемо сполучати теорію кримінального права країн англосаксонського права й України в ході проведення порівняльного аналізу і чи можемо ми взагалі розуміти англійське чи американське кримінальне право, адже розуміння найглибшого рівня навіть вітчизняного права іноді виявляється складним? Слід зазначити, що необхідність застосування раніше порушеного нами функціонального методу порівняльного правознавства особливо реалізується при проведенні порівняльного аналізу права Великобританії та США й України. Входження правових систем у різні правові родини й різний історичний розвиток держави й права конкретизуються саме в кримінальному праві, тому що держава відіграє в ньому більш значну роль, ніж в інших галузях права. Формування методологічних підходів носить складний та випробувальний характер, тому що порівняльне правознавство як наука й метод розбудувалося у ХХ ст. в основному внаслідок порівняльних розробок у сфері цивільного права. Вважається, що причина в нечисленності робіт експліцитного порівняльного правознавства у сфері кримінального права полягає в національному характері кримінального права. Воно традиційно вважається галуззю права, якнайтісніше пов'язаною із суверенітетом держави [25, с. 205]. Одночасно злочинність постійно стає більш міжнародною в результаті розвитку світової глобалізації. За словами В.В. Лунева, поряд з економічною й політичною глобалізацією йде процес кримінальної глобалізації у формі інтенсивного розвитку транснаціональної організованої

злочинності [26, с. 122]. З метою протидії міжнародній злочинності державам необхідно поступитися в принципі суверенітету у сфері кримінального права й укладати міжнародні договори співробітництва з кримінально-правових питань.

Незважаючи на те, що розвиток порівняльного правознавства останнім часом відбувався в основному у сфері цивільного права, нам слід зазначити, що велике теоретичне порівняльне правознавство у сфері кримінального права проводилося досить плідно протягом більш ранніх сторіч. Цей факт є особливо важливим для нашого дослідження, оскільки він позитивно впливає на порівнянність діючого кримінального права США та Великобританії й України.

З вивчення історико-правової літератури випливає, що коріння порівняльного правознавства у сфері кримінального права сягає початку XIX ст. в Німеччині. Німецький юрист, кодифікатор, письменник, суддя й творець класичної юридичної догматики П.А. Фейєрбах (P.J.A. Feuerbach – 1775–1833 pp.) вважається родоначальником сучасного порівняльного правознавства як у сфері кримінального права, так і загальних правових питань [27, с. 13]. Фейєрбах прагнув створити практичну кримінально-правову систему таким чином, щоб розробки теорії кримінального права працювали й у суспільстві. Суть кримінального права, на думку Фейєрбаха, ґрунтувалася на двох основних елементах: принципі законності й загальній превенції. Принцип законності складався із трьох вимог: 1) немає покарання без закону; 2) немає покарання без злочину; 3) немає злочину без закону, що передбачає покарання за його здійснення. Фейєрбах вважав, що предметом кримінально-правової оцінки є певна поведінка людини, а не сама людина і її думки. Передумовою погрози покарання повинна бути об'єктивна небезпека діяння і суворість покарання повинна бути визначена з урахуванням ступеня небезпеки діяння. Карні закони повинні бути ясні й однозначні, людина могла бути притягнута до кримінальної відповідальності тільки на підставі приписань карного закону. Держава мала право застосовувати фізичний примус до злочинця. Примус, на його думку, повинен був бути застосований з урахуванням погрози покарання, передбаченої карним законом [28, с. 39].

Крім розробок у сфері кримінально-правової догматики, Фейєрбах займався об'ємним проектом у сфері порівняльного правознавства, який він називав «світловою історією законодавства», «універсальною правовою історією» або просто «універсальною юриспруденцією». Він збирав правові матеріали, крім країн Європи, у країнах Азії й США. Йому не вдалося закінчити великий доробок, але, незважаючи на це, його значення для розвитку порівняльного правознавства є великим і безсумнівним особливо в тому плані, що він намагався знайти за допомогою порівняльного правознавства універсальні елементи права [29, с. 104].

На думку М.Д. Дуббера (M.D. Dubber), крім Фейєрбаха, з погляду розвитку порівняльного правознавства у сфері кримінального права, важливу роль відіграють Ш.Л. Монтеск'є (C.L. Montesquieu – 1689–1755 pp.) та Ч. Беккарія (C. Beccaria – 1738–1794 pp.). Їх не можна вважати юристами-компаративістами у сфері кримінального права, але їх літературні твори й думки вплинули на розвиток кримінального права на географічно великій території. Літературний твір Беккарії, що відкриває нові шляхи, «*Dei delitti e delle*», був уперше виданий у 1764 році. Крім Європи, він поширювався й у Північній Америці. Доробок являє собою маніфест із закликом реформування всього

суспільства в дусі рівноправності, волі й толерантності. Недоліки й дефекти кримінального права були головною темою для Беккарії. У XVIII ст. в багатьох країнах Європи діяв карний закон, що ґрунтувався на римському праві. Він носив нелюдський, жорстокий, невизначений і суперечливий характер. На думку М. Толванена (M. Tolvanen), відправною точкою кримінально-правової політики для Беккарії слугував принцип закону: склади злочину й покарання повинні бути детально визначені законом. Основні принципи призначення покарання базувалися на особистому відношенні і страху. Уже тоді Беккарія зрозумів принципи ефективної кримінально-правової політики: принцип законності, знання норм, погроза затримки людини при здійсненні злочину, суворість покарання, безпосередність санкції, відчуття людиною справедливості [30, с. 181]. Доробок Беккарії мав велике значення для розвитку кримінального права у Франції та Німеччині. Саме передовий досвід країн Європи, зокрема Франції, за допомогою переселенців було використано у формуванні кримінального законодавства Сполучених Штатів Америки, а перші праці Беккарії було опубліковано англійською мовою в США у 1770 році. Оскільки в той час Україна була частиною Російської імперії, вплив Беккарії відбивався на неї через законодавство Росії [31, с. 124]. Катерина Велика запросила Беккарію в якості радника законодавчих реформ у Росію. Він не поїхав, але вважається, що кримінально-правова частина законодавчого плану 1767 року в Росії була складена на основі тез, представлених Беккарієм у своєму доробку. Російськомовні переклади твору Беккарії почали публікувати із 1803 року. Тези доробку вплинули також на Іспанію, Великобританію й Північну Америку. Таким чином, роботи Беккарії мали досить великий вплив на формування поглядів на кримінальне законодавство України, частина якої у ті часи була у складі Російської імперії.

На підставі вищесказаного ми можемо зробити висновок, що в ранній історії існували спільні наставники, що фундаментально вплинули на кримінально-правовий розвиток Великобританії та США й України. При проведенні порівняльного правознавства діючого права саме функція порівняльного аналізу диктує, у відношенні чого і з якого погляду елементи кримінального права слід порівнювати. Предметами порівняльного правознавства у сфері кримінального права можуть бути статті загальної частини карного закону, теоретичні питання загальної частини кримінального права, склади злочину, визначення сфери караності діяння й призначення покарання в рамках різних галузей права (наприклад, замість кримінального права в рамках адміністративного права), репресивність покарань, рівень злочинності й кількість осіб, що відбувають покарання в місцях позбавлення волі, відносно чисельності населення. Предмети порівняння можна розглядати на різних рівнях права. М.Д. Дуббер вважає дивним те, що, незважаючи на зацікавленість дослідників у теоретичних питаннях матеріального права, кількість робіт порівняльного правознавства у сфері карного процесу явно перевищує кількість робіт у сфері кримінального права. Вважається, що причина полягає в тому, що порівняльний аналіз процесуальних норм відображає кримінально-правовий світ «краще», тому що в карному процесі відсутні глибокі теоретичні розробки [32, с. 11].

На думку Х.Т. Кламі (H.T. Klami), порівнянність предметів у сфері кримінального права часто вважається дуже складним питанням, адже в результаті різниці способів визначення злочинності й застосування заходів до злочинців виникають



проблеми порівнянності й співмірності. Різниця вищевказаних способів, на наш погляд, не може бути перешкодою для проведення порівняльного аналізу або фактором, що суттєво знижує рівень порівнянності. У випадку порівняння різних способів вирішення певного правового питання різними правовими системами за допомогою функціонального методу порівняльного правознавства різниця правових способів сама по собі є результатом порівняльного аналізу й вирішенням питання інструментами кримінального права. Звідси випливає, що не вважається розумним призначати в якості предмета порівняння найменування якого-небудь злочину, а відправною точкою проведення порівняльного аналізу слід вважати об'єктивну сторону поведінки, що в тій або іншій країні підлягає покаранню за кримінальним законом.

### Список використаної літератури

1. Алексеев С. С. Общая теория права : [учебник]. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 2008. – С. 503.
2. Hart H. L. A. The Concept of Law. – Oxford, 1961. – С. 3.
3. Kelsen H. Puhdas oikeusoppi. Saksankielinen alkuteos Reine Rechtslehre. – Porvoo, 1960. – С. 1.
4. Honkasalo B. Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. I osa. II painos. – Helsinki, 1965. – С. 42.
5. Хююрюляйнеи Э. (Е. Нуугуляинен) : доклад проф. от 28.1.2008 г. – Режим доступа : <http://vw.v.uvasa.fi/lialHntotie/le/henkilokunta/huugylyaincn>.
6. Философия науки : [учеб. пособие для вузов] ; под ред. С. А. Лебедева. – 5-е изд. перераб. и доп. – М., 2007. – С. 174–176.
7. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : [учебник] ; под ред. В. А. Туманова. – М., 2005. – С. 19.
8. Mattila H. E. S. Vertaileva oikeustiede // Encyclopaedia Iuridica Fennica VI. – Helsinki, 1998. – С. 966.
9. Örücü E. The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-first Century. – Leiden, 2004. – С. 23.
10. Kamba W. J. Comparative Law: A Theoretical Framework // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 23, N:o 3. – 1974. – С. 507.
11. Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law. – 3rd edition. – Oxford, 1998. – С. 15–31.
12. De Cruz P. Comparative Law in a Changing World. – London, 1995. – С. 17–26.
13. Örücü E. Comparative Law in a Changing World. – London, 1995. – С. 37–39.
14. Kamba W. J. Comparative Law in a Changing World. – London, 1995. – С. 504.
15. Саидов А. Н. Comparative Law in a Changing World. – London, 1995. – С. 132–133.
16. Fairchild E., Dammer H. Comparative Criminal Justice Systems. – 2nd edition. – Belmont, 2001. – С. 6–9.
17. Pakes F. Comparative Criminal Justice. – Devon, 2004. – С. 3.
18. Melander S. Rikosoikeuden harmonisointi Euroopan unionissa – harmonisointiteoreettisia näkökulmia // Laki-mies. – 2005. – С. 226.
19. Tuori K. Kriittinen oikeuspositivismi. – Helsinki, 2000. – С. 163–216.
20. Melander S. Kriminolisointi teoria-rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. – Helsinki, 2008. – С. 160.
21. Zweigert K., Kötz H. Kriminolisointi teoria-rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. – Helsinki, 2008. – С. 34–35.
22. Husa J. Kriminolisointi teoria-rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. – Helsinki, 2008. – С. 69–70.
23. Mattila H. E. S. Vertaileva oikeuslingvistiikka. – Helsinki, 2002. – С. 23.
24. Samuel G. Comparative Law and Jurisprudence // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, N:o 4. – 1998. – С. 820–821, 827.
25. Zweigert K., Kötz H. Comparative Law and Jurisprudence // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, N:o 4. – 1998. – С. 6, 8–12.
26. De Cruz P. Comparative Law and Jurisprudence // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, N:o 4. – 1998. – С. 4, 6.
27. Kamba W. J. Comparative Law and Jurisprudence // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, N:o 4. – 1998. – С. 505–506.
28. Husa J. Comparative Law and Jurisprudence // The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, N:o 4. – 1998. – С. 44.
29. Husa J. In Afrika ist alles ganz anders – voiko kulttuurisesti vierasta oikeutta ymmärtää? – Oikeus, 2004. – № 3. – С. 319.
30. Dubber M. D. In Afrika ist alles ganz anders – voiko kulttuurisesti vierasta oikeutta ymmärtää? – Oikeus, 2004. – № 3. – С. 1292.
31. Лунсев В. В. Преступность XX века : мировые, региональные и российские тенденции. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 2005. – С. 137–142.
32. Hug W. The History of Comparative Law // Harvard Law Review, Vol. 45, N:o 6. – 1932. – С. 1054.
33. Dubber M. D. The History of Comparative Law // Harvard Law Review, Vol. 45, N:o 6. – 1932. – С. 1293.
34. Backman E. Rikoslaki ja yhteiskunta I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteen-kasityksistii 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalini, uskonnon jarikoslain suhteisiin vuosina 1894–1917. – Helsinki, 1976. – С. 70–86.
35. Utrianen T. Syyllisyys muuttuvana kasitteeni. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskasitteesta rikoksen rakenteen osana. – Helsinki, 1984. – С. 4–18.
36. Dubber M. D. Syyllisyys muuttuvana kasitteeni. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskasitteesta rikoksen rakenteen osana. – Helsinki, 1984. – С. 1293.
37. Tolvanen M. Johdatus kriminaalipolitiikan teoriaan. – Joensuu, 2005.
38. Anttila I. Ad ius criminale humanius. Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy. / Edited by R. Lahti & P. Tornudd. – Helsinki, 2001. – С. 59.
39. Dubber M. D. Ad ius criminale humanius. Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy. / Edited by R. Lahti & P. Tornudd. – Helsinki, 2001. – С. 1308–1309.



УДК 343.2/7

## КОНФІСКАЦІЯ У СВІТЛІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

**Олексій ЄРМАК,**  
аспірант кафедри кримінального права,  
кримінології і кримінально-виконавчого права  
Національної академії прокуратури України

### SUMMARY

In the article on the basis of analysis of practice of the European Court on human rights the institute of confiscation is investigated in the criminal law of Ukraine. Examples of decisions of the European Court are made on human rights, in that violation of the article 1 of First protocol, articles is established 6 and 7 Conventions «About the protection of human rights and fundamental freedoms». To the conclusions arguments are driven in relation to an exception from the system of punishments of confiscation of property as such, that conflicts with legal positions of the European court on human rights.

**Key words:** Convention about the protection of human rights and fundamental freedoms, European Court of human rights, decision of the European Court of human rights, punishment, confiscation of property, special confiscation.

### АНОТАЦІЯ

У статті на основі аналізу практики Європейського суду з прав людини досліджується інститут конфіскації у кримінальному праві України. Наводяться приклади рішень Європейського суду з прав людини, в яких констатовано порушення ст. 1 Першого протоколу, ст. ст. 6 і 7 Конвенції «Про захист прав людини та основоположних свобод». У висновках наводяться аргументи стосовно виключення з системи покарань конфіскації майна як такої, що суперечить правовим позиціям Європейського суду з прав людини.

**Ключові слова:** Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, рішення Європейського суду з прав людини, покарання, конфіскація майна, спеціальна конфіскація.

**Постановка проблеми.** 17 липня 1997 року Україною ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Однак наша держава не поспішає враховувати при законотворенні практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), використовувати її судами при вирішенні справ відповідно до національного законодавства, а також виконувати взяті на себе інші зобов'язання відповідно до Конвенції.

Так, за результатами 2014 року Україна посідає перше місце за кількістю скарг, які чекають розгляду Європейським судом з прав людини серед усіх держав-відповідачів. Про це свідчить офіційна статистика, оприлюднена на Інтернет-сайті Європейського суду з прав людини. З 69,9 тис. скарг 13 650 (19,5 %) – скарги проти України. Наступними за Україною в цьому рейтингу йдуть Італія та Росія – 10,1 тис. і 10 тис. скарг відповідно [1]. Щороку державою витрачаються значні суми коштів на виконання рішень ЄСПЛ. Так, у 2010–2011 рр. на виконання рішень Європейського суду по суті скарг з державного бюджету було сплачено 29 174 853,54 грн. та 25 021 734,79 грн. відповідно, у 2012 році – 39 002 553,75 грн., а у 2013 році – вже 84 980 000 грн. [2].

Справи про захист ЄСПЛ права власності при конфіскації і націоналізації майна багаточисельні. Вони становлять близько 25,5% від усіх розглянутих ЄСПЛ справ. Частка задоволення скарг даної категорії суттєва і становить 75%. У силу їх специфіки такі справи рідко завершуються мировою угодою – в 1,7% випадків [3, с. 162].

Означене вище дозволяє констатувати наявність проблеми щодо необхідності переосмислення законодавчої регламентації та практики застосування такої форми кримінально-правового реагування, як конфіскація через призму рішень Європейського суду з прав людини, адже правові позиції, що в них містяться, відображають

європейські стандарти в галузі прав людини, до яких прагне наблизитися Україна.

**Метою статті** є аналіз положень КК України, що регламентують конфіскацію, в контексті рішень ЄСПЛ.

**Стан дослідження проблеми.** Проблеми гармонізації національного кримінального законодавства з практикою ЄСПЛ у різний час досліджували Д.С. Азаров, П.П. Андрушко, М.І. Бажанов, В.І. Борисов, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров, О.О. Кваша, В.М. Куц, О.М. Литвак, З.А. Тростюк, А.А. Музика, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, А.М. Титов, В.П. Тихий, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк, Ю.Б. Хім'як та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Згідно із ч. 1 ст. 3 КК України законодавство про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноновизначених принципах і нормах міжнародного права.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

17 липня 1997 року Україною було ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та Протоколи до неї [4]. Відповідно до ст. 1 Першого протоколу до Конвенції кожна фізична або юридична особа має право вільно 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. Держава може 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.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. У ст. 1 згаданого Закону дається визначення поняттю «рішення»: 1) остаточне рішення ЄСПЛ у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції; 2) остаточне рішення ЄСПЛ щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; 3) рішення ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання у справі проти України; 4) рішення ЄСПЛ про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України.

З даного визначення поняття «рішення» витікає, що джерелом кримінального права України може бути лише практика ЄСПЛ, тобто його рішення виключно у справах проти України. Виникає слушне питання: чи можуть бути джерелом кримінального права України рішення, ухвалені ЄСПЛ у справах щодо інших держав?

Ми поділяємо позицію, яку підтримує О.В. Буткевич: «...Визначаю обов'язковим рішення ЄСПЛ проти себе, держава змушена сприймати і застосовувати правові стандарти і принципи, на які посилається Суд у цій справі, навіть якщо вони були винесені у попередніх його рішеннях щодо інших держав... Крім того, рішення ЄСПЛ є важливим джерелом тлумачення положень Конвенції, що може суттєво впливати на якість її застосування (дотримання) на національному рівні» [5, с. 15].

Перш ніж перейти до аналізу рішень ЄСПЛ, в яких було констатовано порушення ст. 1 Першого протоколу Конвенції, слід з'ясувати зміст поняття «майно», що вживається у цій нормі.

Поняття «майно» ЄСПЛ дуже широко вживається у цій нормі і включає: об'єкти нерухомості, рухоме майно, матеріальні і нематеріальні права, зокрема акції, патенти, відшкодування згідно з рішенням арбітражу, право на пенсію, право землевласника на орендну плату, економічні права, пов'язані з веденням підприємницької діяльності, право займатися професійною діяльністю, правомірні очікування щодо певного стану речей у майбутньому, право вимог, клієнтура.

Український законодавець тлумачить поняття «майно» значно вужче. Так, відповідно до ч. 1 ст. 59 КК України покарання у виді конфіскації майна полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Згідно з вимогами ч. 1 ст. 59 КВК України конфіскації підлягає майно, що є власністю засудженого, в тому числі його частка у спільній власності, статутному фонді суб'єктів господарської діяльності, гроші, цінні папери та інші цінності, включаючи ті, що знаходяться на рахунках і вкладах чи зберіганні у фінансових установах, а також майно, передане засудженим у довірче управління.

Статтею 96-1 КК України передбачено, що спеціальній конфіскації підлягають цінності, гроші та інше майно.

На нашу думку, ст. 96-1 та ст. 96-2 КК України суперечать ст. 59 КК України і ст. 49 КВК України. У ч. 1 ст. 49 КВК України прямо сказано, що поняття «майно» включає також гроші, а у ст. 96-1 і 96-2 КК України гроші є окремим об'єктом, що підлягає спеціальній конфіскації. Це нелогічно.

Крім того, в ст. 96-1 і 96-2 КК України поряд з термінами «гроші» та «інше майно» вживається термін «цінності». КК України не розкриває значення поняття цінностей, яке вживається і в інших статтях Особливої частини КК України, але із уточненнями про природу цих

цінностей: ст. 150-1 (інші матеріальні цінності), ст. 159-1 (матеріальні цінності), ст. 201 (культурні цінності), ст. 438 (національні цінності).

Цінності – це те, що має певну матеріальну або духовну вартість [6, с. 1588]. Відповідно до ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Ми розділяємо позицію І.В. Спасибо-Фатєєвої, яка зазначає, що «цінності» (вживається у ЦК України) є більш широким за значенням у порівнянні з терміном «майно». Вважаємо, що під цінностями в ст. 96-1 і ст. 96-2 КК України слід розуміти лише матеріальні цінності.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо, що у ст. 96-1 і ст. 96-2 КК України терміни «гроші, цінності та інше майно» в контексті конфіскації речей, сукупності речей або речових прав на майно можливо охопити єдиним терміном «майно». Вживані у ст. 96-1 і ст. 96-2 КК України терміни «гроші, цінності та інше майно» доцільно замінити на термін «майно».

Повертаючись до дослідження конфіскації в контексті рішень ЄСПЛ слід зазначити, що станом на 02.02.2015 р. «...Європейським судом проти України було ухвалено 333 рішення, в яких було констатовано порушення ст. 1 Першого протоколу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» [7]. Рішення стосовно неправомірного застосування конфіскації майна як покарання проти України ЄСПЛ не ухвалювалися.

ЄСПЛ вперше у рішенні «Спорронг і Льоннрот проти Швеції» від 23.09.1982 р. зазначив, що ст. 1 Першого протоколу Конвенції містить три окремі норми. Перша норма, яка має загальний характер, проголошує принцип мирного володіння майном; друга норма стосується випадків позбавлення майна і підпорядковує його певним умовам – вона міститься в другому реченні частини першої; третя норма визнає, що держави мають право, зокрема, контролювати використання майна відповідно до загальних інтересів шляхом запровадження законів, які вони вважають необхідними для забезпечення такої мети – ця норма міститься в частині другій. Для з'ясування наявності порушення вказаної другої норми «позбавлення майна» ЄСПЛ повинен встановити, чи було забезпечено справедливу рівновагу між вимогами загальних інтересів суспільства та вимогами захисту основних прав людини. Забезпечення такої рівноваги є невід'ємним принципом всієї Конвенції [8].

Будь-яке втручання з боку представників влади в безперешкодне користування особою своїм майном повинне бути «законним». Представники органів державної влади мають право контролювати використання майна лише на підставі законів. Таке втручання повинне бути законним і не свавільним («Фрізен проти Російської Федерації» від 24.03.2005 р. [9], «Бакланов проти Російської Федерації» від 09.06.2005 р. [10], «Коновалов проти Російської Федерації» 24.05.2007 р. [11] та ін.).

У справі «Ізмайлов проти Росії» (п. 38 рішення від 16 жовтня 2008 р.) ЄСПЛ встановив, що «для того, щоб втручання вважалось пропорційним, воно має відповідати тяжкості правопорушення і не становити «особистий і надмірний тягар для особи» [12].

О.О. Сорока зазначає, що «конфіскація встановлюється з метою здійснення контролю за використанням майна, а не для карі, яка виражається у позбавленні особи такого майна», як це закріплено у КК України (ч. 2 ст. 50) [13]. Аналогічної думки дотримується О.О. Дудоров [14, с. 15].

Вважаємо, що така позиція є дискусійною, враховуючи положення прецеденту ЄСПЛ, наведеного нижче.

У даному контексті цікавою є справа «Уелч проти Сполученого Королівства» від 09.02.1995 р., в якій заявник скаржився на порушення ч. 1 ст. 7 Конвенції та вважав, що рішення про конфіскацію є покаранням, що має зворотну дію в часі. За обставинами справи 24 серпня 1988 року заявник був визнаний винним за п'ятьма пунктами звинувачення і засуджений до двадцяти двох років тюремного ув'язнення за двома статтями і до двадцяти років ув'язнення за трьома іншими. Крім того, суддя видав наказ про конфіскацію майна на суму 66 914 (шістдесят шість тисяч дев'ятсот чотирнадцять) фунтів стерлінгів відповідно до Закону «Про злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотиків» 1986 р. У разі несплати заявник був зобов'язаний відбутися додатково два роки тюремного ув'язнення. Норми матеріально-правового характеру цього Закону набули чинності 12 січня 1987 року, тобто після того, як злочин було скоєно.

ЄСПЛ зазначає, що «не можна виключати, що законодавство, яке наділяє суди широкими повноваженнями щодо конфіскації, переслідує також ціль покарання правопорушників. Цілі превенції і відшкодування поєднуються з цілями покарання і можуть розглядатися як складові самого поняття покарання. Крім того, ЄСПЛ у даному рішенні не ставить під сумнів повноваження з конфіскації, що надаються судам як зняряддя у боротьбі проти обігу наркотиків» [15].

Щодо суті справи, ЄСПЛ зазначив, що при реальній оцінці обстановки, незалежно від кваліфікації конфіскації як особливої міри очевидно, що заявник зіткнувся в результаті наказу про конфіскацію з більш широкими негативними наслідками, ніж ті, які зазвичай тягне правопорушення як таке. У зв'язку з цим ЄСПЛ констатував, що мало місце порушення ч. 1 ст. 7 Конвенції [16].

Таким чином, конфіскація майна в розумінні ЄСПЛ може переслідувати не лише цілі превенції та відшкодування, але і ціль покарання. Разом з цим така конфіскація не повинна накладати на особу більш широкі негативні наслідки, ніж ті, яких особа могла зазнати на момент вчинення правопорушення.

У зв'язку із викладеним вважаємо, що застосування спеціальної конфіскації та конфіскації майна щодо юридичних осіб не повинно мати зворотної сили в часі, адже вони можуть бути розцінені ЄСПЛ як покарання.

У справі «Філіпс проти Сполученого Королівства» Європейський суд з прав людини перевірів відповідність деяких положень англійського Закону «Про торгівлю наркотиками» 1994 р. в частині конфіскації доходів Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. Філіпс був засуджений у 1996 р. за причетність до ввезення великої кількості конопляної смоли до дев'яти років позбавлення волі. Відповідно до ст. 2 Закону «Про торгівлю наркотиками» 1994 р. було проведено експертизу доходів заявника. На слуханні в Суді Корони, де розглядалося питання конфіскації майна, суддя застосував ст. 4 (3) Закону 1994 р., яка дає суду право вважати все майно, що протягом попередніх шести років було в розпорядженні особи, котру визнано винною в злочині, пов'язаному з контрабандою наркотиків, прибутком від торгівлі наркотиками. Виходячи із цього, було визначено, що доходи, отримані заявником від торгівлі наркотиками протягом останніх шести років, становлять 91 400 фунтів стерлінгів і було видано наказ про конфіскацію майна на цю суму. У разі несплати

заявник мав відбутися ще два роки ув'язнення одразу після дев'яти років ув'язнення. Філіпс стверджував, що передбачене припущення, запропоноване англійським судом стосовно підрахунку суми конфіскації, порушує його право на презумпцію невинуватості згідно з п. 2 ст. 6 Конвенції. ЄСПЛ зазначив, що видання конфіскаційного наказу діє як своєрідний стримувальний засіб для тих, хто збирається займатися наркобізнесом, а також має позбавити особу прибутків, отриманих від наркоторгівлі, вилучити певну кількість коштів, унеможливаючи їх використання у майбутніх операціях з торгівлі наркотиками. Необхідним стандартом доведення незаконного походження майна за Законом 1994 р. є той, що застосовується під час цивільного провадження, а саме – зважування ймовірностей, а не доведення судом незаконного походження майна за принципом «поза розумним сумнівом», який використовується у кримінальному судочинстві (його застосування призвело б до порушення презумпції невинуватості). У результаті розгляду справи ЄСПЛ відмовив заявнику й зауважив, що передбачене ст. 4 (3) Закону 1994 р. припущення про те, що майно є надходженням від контрабанди наркотиків, застосовувалося не як засіб для визнання заявника винуватим у злочині, а як положення, що дає національному суду змогу визначити розмір конфіскації, яка має бути належним чином призначена судовим наказом [17].

Таким чином, ЄСПЛ констатував, що процедура видання конфіскаційного наказу була справедливою і дотримана з повагою до прав захисту. Втручання у мирне володіння своїм майном заявника було пропорційним і не означало, що його повторно притягнуто до відповідальності за той самий злочин та не порушувало презумпцію невинуватості [17].

На нашу думку, регламентація процедури конфіскації у цивільному судочинстві, заснована на презумпції злочинного походження майна, сприятиме протидії злочинності в Україні та не буде суперечити вимогам міжнародно-правових документів, практиці ЄСПЛ, не порушуватиме презумпцію невинуватості.

У справі «Гас проти Бельгії» від 12.05.2009 р. заявник скаржився на неправомірне застосування конфіскації щодо його майна, тобто на порушення ст. 1 Першого протоколу Конвенції. Так, «в суді з кримінальних справ проти заявника було порушено провадження у зв'язку з отриманням вигоди з особливо вразливого становища багатьох іноземних громадян у зв'язку з їх адміністративною, незаконною або нестійкою ситуацією шляхом здачі в оренду нерухомого майна, кімнат або інших приміщень з метою отримання надприбутку». Йому було призначено остаточне покарання у вигляді трьох років позбавлення волі з конфіскацією вказаного майна, яке належало заявнику та його дружині. ЄСПЛ відхилив вказану скаргу та зазначив у рішенні таке: «Оскаржена конфіскація безперечно є втручанням в право заявника на повагу до власності. Крім того, конфіскація стосується майна, яке суди визнали таким, що незаконно використовувалася, і була застосована з метою запобігання його використанню для вчинення інших злочинів та спричинення шкоди суспільству. Таким чином, навіть при тому, що процес потяг позбавлення майна, конфіскація відносилась до визначення «контролю за використанням майна»... Будучи передбаченим законом, це втручання передбачало законну ціль відповідно до суспільного інтересу, а саме: запобігання торгівлі людьми та експлуатації іноземців, що перебували у скрутному становищі. ЄСПЛ вказав, що конфіскація в даному контексті є покаранням та що



апеляційний суд при винесенні рішення у справі врахував тяжкість та особливу небезпеку злочину, який відображав знехтування підсудним людськими цінностями, корисний характер його поведінки на термін, протягом якого вчинялися злочини, та кримінальне минуле підсудного. Суд прийняв рішення про конфіскацію лише кімнат і приміщень, які здавалися іноземцям. Інше майно, яке було арештовано у якості речових доказів, повернуто заявнику [18].

ЄСПЛ вирішив, що це втручання в право заявника на повагу власності не було непропорційним цілі, яка переслідувалась.

Ми погоджуємося з позицією О.О. Сороки, яка зазначає, що «при вирішенні питання про конфіскацію майна, яке використовувалось для отримання злочинного доходу, національним судам варто враховувати ставлення винного до своєї поведінки, обставини, за яких вчинявся злочин, а також ймовірність продовження злочинної діяльності такою особою у майбутньому, якщо таке майно не конфіскувати» [13]. Таке твердження не суперечить вимогам ст. 96-1 КК України, адже призначати або не призначати спеціальну конфіскацію віднесено законодавцем до дискретних повноважень суду.

Крім того, слід зазначити, що ЄСПЛ вважає, що втручання у право власності особи не суперечить принципу верховенства права навіть у випадку набуття права на майно, що підлягає конфіскації на законних підставах.

У зв'язку з викладеним не можна погодитися з Ю.Б. Хім'яком, який на основі аналізу практики ЄСПЛ щодо правомірності застосування спеціальної конфіскації майна робить висновок, що «правова позиція ЄСПЛ щодо цього полягає у тому, що конфіскації підлягає лише те майно, яке є власністю винного та придбане ним злочинним шляхом (справа «Батлер проти Сполученого Королівства»)). У зв'язку з вищевикладеним пропонує виключити вказівку на так звану «спеціальну конфіскацію майна» з санкцій кримінально-правових норм [19, с. 12].

Цікавою є постановою ЄСПЛ у справі «Варвара проти Італії» від 29.10.2013 р. За обставинами справи проти заявника було порушено кримінальну справу за незаконне освоєння земельної ділянки. Через багато років апеляційний суд заклав провадження у справі у зв'язку із закінченням строку давності, але прийняв рішення про конфіскацію земельної ділянки. ЄСПЛ зазначив, що «немислимим є те, щоб система допускала покарання особи, визнаної невинною за вироком суду або в будь-якому випадку не визнаної винною за вироком. Таким чином, заборона призначення покарання за відсутності визнання вини є додатковим наслідком принципу законності в кримінальному праві, а також слідує зі ст. 7 Конвенції» [20]. Крім того, ЄСПЛ зазначив, що подібна ситуація порушує принцип невинуватості особи.

Відповідно до вимог ст. 96-1 КК України спеціальна конфіскація може застосовуватися за рішенням суду. Суд виносить рішення у формі вироку або ухвали, наприклад ч. 9 ст. 100, ч. 3 ст. 288, ч. 2 ст. 500, ч. 2 ст. 513 КПК України.

На нашу думку, правомочність суду на підставі ухвали застосовувати спеціальну конфіскацію не узгоджується з вищевикладеною правовою позицією ЄСПЛ і хоча спеціальна конфіскація у КК України закріплена як інший захід кримінально-правового характеру, що не є покаранням, це не означає того, що вона у деяких випадках її застосування не може бути розцінена ЄСПЛ як покарання (наприклад, конфіскація приміщень, які належать винному, у разі визнання їх засобами вчинення злочину та з

врахуванням обставин справ і особи винного такими, що підлягають спеціальній конфіскації). У разі розцінення спеціальної конфіскації ЄСПЛ як покарання та винесення ухвали, а не постановлення вироку суду, буде порушено принципи презумпції невинуватості та законності.

**Висновки.** Аналіз інституту конфіскації в кримінальному праві України крізь призму практики ЄСПЛ дозволив визначити вразливі сторони сучасної регламентації цього інституту в національному кримінальному законодавстві. Разом з цим рішення ЄСПЛ щодо додержання принципу верховенства права при конфіскації майна потребують детальнішого вивчення для надання обґрунтованих пропозицій до КК України.

На наше переконання, застосування загальної конфіскації майна суперечить практиці ЄСПЛ з наступних підстав: 1) вона може становити «особистий і надмірний тягар для особи»; 2) конфіскується все майно незалежно від того, пов'язане воно із вчиненням злочину чи ні; 3) таке втручання в майнову сферу особи може визнаватись непропорційним поставленій меті превенції або покарання (невідповідність засобу та мети); 4) може не додержуватися справедливий баланс між інтересами суспільства і особи, в якій майно конфіскується. Отже, конфіскацію майна як покарання слід виключити з КК України.

#### Список використаної літератури

1. European Court of human rights: Analysis of statistics 2014 : Офіційний сайт Європейського суду з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf).
2. Звіти про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини за 2010–2013 рр. : Офіційний сайт міністерства юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/9329>.
3. Максуров А. А. Защита Европейским судом по правам человека права собственности при конфискации и национализации имущества / А. А. Максуров // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. – 2010. – № 3. – С. 162–165 : Научная электронная библиотека [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyberleninka.ru/article/n/zaschita-evropeyskim-sudom-po-pravam-cheloveka-prava-sobstvennosti-prikonfiskatsii-natsionalizatsii-imuschestva>.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року : Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
5. Європейський суд з прав людини. Судова практика. / за заг. ред. В. Г. Буткевича. – К. : Ред. журн. «Право України», 2011. – Дод. до журн. «Право України». – Вип. 1, ч. 3 : Стаття 3 ЄСПЛ. Заборона катувань : у 3 ч. – 2011. – 560 с.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. : Ірпін, 2005. – 1728 с.
7. Відповідь на запит на отримання публічної інформації Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини від 02.02.2015 р., вих. №ПІ-Є-129/12.0.1/613.
8. Рішення ЄСПЛ «Спорронг і Льюнрот проти Швеції» від 23.09.1982 р. : Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_098](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_098).
9. Решение ЕСПЧ «Фризен против Российской Федерации» от 24.03.2005 г. : Сайт о подаче заявлений в ЕСПЧ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [european-court.ru/uploads/ECHR\\_Frizen\\_v\\_Russia\\_24\\_03\\_2005.doc](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Frizen_v_Russia_24_03_2005.doc).



10. Решение ЕСПЧ «Бакланов против Российской Федерации» от 09.06.2005 г. : Сайт о подаче заявлений в ЕСПЧ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [european-court.ru/uploads/ECHR\\_Baklanov\\_v\\_Russia\\_09\\_06\\_2005.doc](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Baklanov_v_Russia_09_06_2005.doc)

11. Решение ЕСПЧ «Коновалов против Российской Федерации» от 24.05.2007 г. : Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=44504>.

12. Решение ЕСПЧ «Исмаилов против Российской Федерации» от 06.11.2008 г. : Сайт о подаче заявлений в ЕСПЧ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=90533>.

13. Сорока О. О. «Спеціальна конфіскація» у контексті міжнародних договорів та рішень Європейського суду з прав людини // Науково-практична Інтернет-конференція «Спеціальна конфіскація в правовій системі України: юридична природа, особливості регламентації, перспективи її вдосконалення» (1–7 лютого 2014 року, Київ) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii/>.

14. Дудоров О. О. Спеціальна конфіскація : проблеми законодавчої регламентації / О. О. Дудоров // Юридичний вісник України. – 2014. – 6–19 грудня (№ 49–50). – С. 14–15.

15. Решение ЕСПЧ «Уэлч против Соединенного Королевства» от 09.02.1995 г. : Сайт о подаче заявлений в ЕСПЧ [Элек-

тронный ресурс]. – Режим доступа : [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Welch\\_v\\_The\\_United\\_Kingdom\\_09\\_02\\_1995.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Welch_v_The_United_Kingdom_09_02_1995.pdf).

16. Решение ЕСПЧ «Уэлч против Соединенного Королевства» от 09.02.1995 г. : Сайт о подаче заявлений в ЕСПЧ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Welch\\_v\\_The\\_United\\_Kingdom\\_09\\_02\\_1995.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Welch_v_The_United_Kingdom_09_02_1995.pdf).

17. Рішення ЄСПЛ «Філіпс проти Сполученого Королівства» від 05.07.2001 р. : Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_052](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_052).

18. Информация о решении ЕСПЧ от 12.05.2009 г. по делу «Тас против Бельгии» : Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=125388;dst=0;ts=AE7752F34C1CE4C60C20B181BFA18C47;rnd=0.2024699278593497>.

19. Хім'як Ю. Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ю. Б. Хім'як ; НАН України Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – Київ., 2011. – 20 с.

20. Информация о решении ЕСПЧ «Варвара против Италии» от 29.10.2013 г. : Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=383932>.

УДК 343 (477)

## ОБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ РОЗБОЮ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Мар'яна КАРП'ЮК,

здобувач кафедри кримінального права та кримінології  
Львівського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

Using the comparison method this article analyses the elements of such criminal offences as «brigandage» which is provided by law in article 280 of the Criminal Code of the Republic of Poland. The author explains the provisions related to the difference between brigandage according to the criminal law of Ukraine and brigandage according to the criminal law of the Republic of Poland.

It is found out that in terms of the Criminal Code of the Republic of Poland brigandage is an offence with qualified constituent elements. The article deals with the object and subject of brigandage, nature of the violence, which is applied to victims at the moment of committal the offence. The article emphasizes the role of bringing the victim to an unconscious or helpless condition as characteristics of the objective part of brigandage.

**Key words:** objective part, brigandage, the Criminal Code of the Republic of Poland

### АНОТАЦІЯ

У статті із застосуванням порівняльного методу аналізується склад злочину «розбій», передбачений статтею 280 Кримінального кодексу Республіки Польща. Автор обґрунтовує положення про відмінність розбою за кримінальним правом України від розбою за кримінальним правом Республіки Польща.

Встановлено, що розбій за Кримінальним кодексом Республіки Польща є кваліфікованим видом крадіжки. Розкрито об'єкт і предмет розбою, характер насильства, що застосовується до потерпілого при вчиненні розбою. Вказано на значення доведення потерпілого до непритомного чи безпорадного стану як ознаки об'єктивної сторони складу розбою.

**Ключові слова:** об'єктивна сторона, розбій, Кримінальний кодекс Республіки Польща.

**Постановка проблеми.** Охорона права власності усіх суб'єктів суспільних відносин є важливим завданням кожної держави соціально-демократичного спрямування. Важливим засобом у виконанні цього завдання держави служить кримінальне законодавство.

У цьому аспекті дослідження чинного кримінального законодавства має важливе значення, особливо коли йдеться про його порівняльне дослідження. Таке порівняння дає, зокрема, можливість з'ясувати, наскільки чинне українське кримінальне законодавство відповідає європейським стандартам охорони права власності. Воно також дозволяє виявити його недосконалі характеристики, узагальнити позитивний зарубіжний досвід кримінально-правового регулювання охорони права власності і творчо використати в законодавчій діяльності.

Необхідно зазначити, що спеціальних монографічних порівняльних досліджень проблем кримінально-правової охорони права власності в Україні та у Республіці Польща не проводилося в жодній із держав.

У зв'язку із входженням Республіки Польща до Європейського Союзу її законодавство було приведенне у відповідність до європейських стандартів. На шляху України до Європейського Союзу цей досвід є цінним в плані можливого удосконалення чинного кримінального законодавства.

Кримінальний кодекс Республіки Польща (далі – КК РП) [1] так само, як і Кримінальний кодекс України (далі – КК України), передбачає відповідальність за розбій, хоча поняття розбою трактується дещо інакше, ніж в Україні. Як в Україні, так і в Республіці Польща розбій є одним з найбільш суспільно небезпечних злочинів проти власності. Крім того, питома вага розбоїв залишається на високому рівні в структурі злочинності.

**Стан дослідження проблеми.** У Республіці Польща проблемами кримінальної відповідальності за розбій займалися І. Андреев, К. Бухала, М. Будин, М. Цієсьляк, К. Дашкіевич, Л. Гардоцкі, М. Мозгава, Р. Красевські, М. Кулік, З. Міельнік, С. Стаховіак та ін. У радянській та пострадянській науці кримінального права ці проблеми були предметом дослідження Г.М. Борзенкова, В.В. Владимірова, М.С. Гагаріна, Л.Д. Гаухмана, М.А. Гельфера, М.Б. Гугучія, Л.М. Демідової, А.Н. Кардаві, Г.Л. Крігера, Ю.І. Ляпунова, Б.С. Нікіфорова, П.С. Матишевського, М.П. Михайлова, А.О. Пінаєва, Д.Н. Розенберга, Г.О. Чорного, А.Х. Юнуса та ін. В цей же час практично недослідженими залишилися проблеми розбою за кримінальним правом України і Республіки Польща у порівняльному аспекті.

**Цілі та завдання. Метою статті** є аналіз об'єктивних ознак розбою за кримінальним правом Республіки Польща. Відповідно до мети поставлені наступні **завдання:** проаналізувати склад злочину «розбій» за кримінальним правом Республіки Польща.; визначити відмінності розбою за кримінальним правом України і розбою за кримінальним правом Республіки Польща.

**Виклад основних положень.** У чинному Кримінальному кодексі Республіки Польща відповідальність за розбій передбачена його ст. 280. Законодавча техніка, за допомогою якої описаний в КК РП цей склад злочину, дозволяє зробити висновок, що розбій є кваліфікованим видом крадіжки. Диспозиція § 1 ст. 280 КК РП, що передбачає відповідальність за розбій, сформульована наступним чином: «Хто краде, застосовуючи насильство щодо особи, або погрожує безпосереднім застосуванням насильства, чи доводить особу до непритомного чи безпорадного стану підлягає покаранню...» [1]. Про те, що розбій є кваліфікованим видом крадіжки

значається в польській науковій кримінально-правовій літературі [2, с. 639; 3, с. 550], а також в судовій практиці [4]. Звідси, як зазначає А. Цоль, можна зробити висновок, що розбій повинен характеризуватися тими ж ознаками складу злочину, що й крадіжка, а також іншими додатковими ознаками, закріпленими у ст. 280 КК РП [5, с. 104–105]. Такий підхід польського законодавця дозволяє зробити висновок про те, що поняття крадіжки в кримінальному праві Республіки Польща є значно ширшим, ніж поняття крадіжки в кримінальному праві України. Якщо в Україні крадіжкою є лише таємне викрадення чужого майна, то в Республіці Польща, відповідно до ст. 278 КК РП, крадіжкою вважається будь-яке заволодіння чужою рухомою річчю з метою привласнення. По суті, поняття крадіжки за кримінальним правом Республіки Польща близьке до поняття розкрадання, яке використовується в теорії українського кримінального права.

На відміну від інших видів крадіжки, передбачених КК РП, розбій, як і в українському кримінальному праві, посягає на два безпосередні об'єкти кримінально-правової охорони. Щоправда, в доктрині кримінального права поняття «об'єкт злочину» не вживається. Натомість розрізняють поняття «предмет охорони» – цінність, яка охороняється кримінальним законом, і «предмет виконавчий» – виконавець злочину [6, с. 18]. Далі в статті йдеться, власне, про таке розуміння «об'єкта» в кримінальному праві Республіки Польща. Однак їх зміст дещо відрізняється від змісту об'єктів розбою в кримінальному праві України. Як зазначають А. Марек, В. Свіда, Й. Бафіа, за кримінальним правом Республіки Польща розбій посягає на власність особи, а також на недоторканість, волю, здоров'я і життя особи [2, с. 639; 7, с. 540; 8, с. 555]. При цьому власність є основним об'єктом розбою, а недоторканість, воля, здоров'я і життя особи – додатковим безпосереднім об'єктом. Щодо основного безпосереднього об'єкта, то його зміст збігається зі змістом основного безпосереднього об'єкта розбою, який виділяють в кримінальному праві України. Адже розбій, як за кримінальним правом Республіки Польща, так і за кримінальним правом України, знаходиться в розділі, що передбачає відповідальність за злочини проти власності. Однак що стосується додаткового безпосереднього об'єкта розбою, то його зміст за кримінальним правом Республіки Польща відрізняється від його змісту за кримінальним правом України.

Оскільки в Україні розбоем вважають напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства, то додатковим безпосереднім об'єктом вважають життя або здоров'я особи. В цей же час поняття розбою за кримінальним правом Республіки Польща є дещо ширшим, оскільки в його зміст входить не лише насильство, що є небезпечним для життя чи здоров'я особи, чи його погроза, але й інше насильство, а також доведення особи до безпорадного чи непритомного стану. Саме тому і додатковий безпосередній об'єкт розбою за кримінальним правом Республіки Польща є дещо ширшим і включає в себе недоторканість, волю, здоров'я і життя особи.

Предмет розбою у ст. 280 КК РП, яка передбачає відповідальність за цей злочин, не названий. У цей же час системний аналіз положень КК РП про крадіжку, зокрема ст. 278 КК РП, дає підстави вважати, що предмет розбою та предмет інших видів крадіжки, за кримінальним правом Республіки Польща, є спільним і таким вважається чужа ру-

хома річ. Як і в Україні, поняття речі в Республіці Польща – поняття цивільно-правове. Відповідно до ст. 45 Цивільного кодексу Республіки Польща [9] річ – це майновий предмет. У доктрині та практиці цивільного права виділяють три ознаки речі [10, с. 108]: а) річ є матеріальним предметом; б) річ є виділеним предметом; в) річ може самостійно виступати у цивільному обороті.

У розумінні польського цивільного речами не можуть бути нематеріальні блага, такі як немайнові права (авторські, винахідницькі), літературні, музичні, наукові твори, а також енергія (електрична, теплова, атомна). Однак в цей же час можуть бути речами, а також предметом розбою чи інших видів крадіжки, носії цієї енергії, з якими вона нероздільно пов'язана.

М. Кулік зазначає, що прикметник «чужа» біля іменника «річ» означає, що ця річ має власника і цим власником є інша особа, а не суб'єкт злочину. [3, с. 542–543]. Не можуть бути предметом як розбою, так і інших видів крадіжки речі, які є нічийними, тобто не мають власника. Судова практика Республіки Польща визнає, що чужою для кожного із співвласників окремо є річ, яка перебуває у спільній власності [11], для кожного із подружжя річ, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя [12], для кожного із учасників та засновників юридичної особи річ, що перебуває у власності юридичної особи [13]. Річ може бути предметом розбою та інших видів крадіжки, якщо вона має майнову вартість, яка виражається у грошовій формі. Заволодіння річчю, що не має такої вартості, розбоем чи крадіжкою не вважається.

Крім того, відповідно до КК РП предметом розбою чи іншого виду крадіжки є рухома річ. У будь-якому випадку не можуть бути предметом цих злочинів нерухомі речі. Крім того, відповідно до § 9 ст. 115 КК РП рухомою річчю чи предметом є також польські чи іноземні грошові знаки та інші засоби оплати, а також документи, що уповноважують до отримання грошей чи містять в собі обов'язок виплати капіталу, відсотків, частини прибутку, а також підтверджують участь у спілці [1]. По суті, § 9 ст. 115 КК РП розширює цивілістичне поняття рухомої речі, включаючи до предмета розбою та інших видів крадіжки ряд соціальних благ, які за своєю суттю, відповідно до положень цивільного права, не є рухомими речами, а лише підтверджують майнове право. Зокрема документи, що уповноважують до отримання грошей або містять обов'язок виплати капіталу, відсотків, частини прибутку, а також підтверджують участь у спілці.

У доктрині польського кримінального права, на відміну від українського, людина беззаперечно визнається предметом злочину, наприклад, вбивства та ін. [14, с. 241; 15, с. 28–30; 7, с. 424]. Предметом злочину визнається будь-який матеріальний предмет – особа або річ, на який винна особа скеровує своє діяння [16, с. 181; 17, с. 64]. Оскільки цим, додатковим, об'єктом розбою є воля, недоторканість, здоров'я і життя особи, польські криміналісти, зокрема А. Цоль, предметом розбою вважають поряд з чужою рухомою річчю також і людину [5, с. 130].

З об'єктивної сторони розбій, за кримінальним правом Республіки Польща, характеризується крадіжкою із застосуванням насильства щодо особи, або погрози безпосереднього застосування насильства, чи доведення особи до непритомного чи безпорадного стану. Тому для визначення об'єктивної сторони розбою необхідно з'ясувати, в першу чергу, об'єктивну сторону крадіжки. Як зазначають польські вчені, крадіжка полягає у протиправно-

му заволодінні чужою річчю. При цьому заволодіння буде мати місце в тому випадку, коли чужа річ виходить з володіння власника чи особи, яка володіє нею, і переходить в розпорядження особи, яка вчиняє крадіжку. Протиправне заволодіння характеризується також тим, що вчиняється без згоди власника чи володільця речі. Якщо заволодіння вчиняється за згодою власника чи володільця речі, протиправним воно не вважається і не утворює складу крадіжки [18, с. 405]. Таку ж позицію займає й судова практика [19].

Крім цього, розбій характеризується застосуванням насильства щодо особи, або погрози безпосереднього застосування насильства, чи доведення особи до непристойного чи безпорадного стану. Застосування насильства щодо особи полягає у фізичному і безпосередньому впливі на тіло особи, спрямованому на припинення або унеможливлення опору. На відміну від розбою, що передбачений в українському кримінальному кодексі, насильство при розбії за КК РП не повинно бути лише небезпечним для життя та здоров'я. Суди Республіки Польща неодноразово у своїх вироків зазначали, що застосування навіть невеликої фізичної сили, спрямованої на порушення недоторканості особи, буде ознакою розбою, якщо веде до припинення чи унеможливлення опору потерпілого [20]. У цей же час судова практика вважає крадіжкою, а не розбоем, випадки, коли винна особа вирає в у потерпілого річ з рук з метою її заволодіння, оскільки в такому випадку не застосовується насильство щодо потерпілого [21].

У цей же час, слід зазначити, що кримінальному праву Республіки Польща відомо поняття насильства, що є небезпечним для життя та здоров'я (*gwalt*). З ухвали Верховного Суду Республіки Польща випливає, що насильство, яке є небезпечним для життя та здоров'я, є конститутивною ознакою розбою в тому випадку, коли загальна вартість предмета розбою не перевищує суму 250 польських злотих. У цьому випадку крадіжка із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя та здоров'я, а також й без насильства взагалі, підпадає під ознаки правопорушення, передбаченого ст. 119 Кодексу правопорушень [22] (аналог Кодексу України про адміністративні правопорушення) [23]. У випадку ж, коли вартість предмета розбою перевищує суму розміром 250 польських злотих, для наявності об'єктивної сторони розбою немає значення, з якою силою застосовується фізичне насильство до потерпілого.

Погроза, як ознака об'єктивної сторони розбою, за кримінальним правом Республіки Польща полягає у доведенні до відомо потерпілого про невідкладне застосування насильства до нього або до інших осіб у випадку, якщо він не виконає протиправну вимогу і не передасть винній особі предмет злочину [3, с. 367, с. 551]. Форма погрози не має значення: вона може бути виражена вербально, жестами, виразом обличчя, поведінкою винної особи тощо. Велике значення має те, що погроза повинна бути зрозумілою потерпілому. На підставі об'єктивних та суб'єктивних даних потерпілий повинен сприймати дії винного як погрозу застосування насильства щодо нього чи інших осіб. Цим розбій за кримінальним правом Республіки Польща відрізняється від аналогічного злочину за кримінальним правом України, оскільки погроза насильства при розбії за КК України обов'язково повинна бути спрямована на потерпілого і не може бути спрямована на інших осіб. Спрямування погрози насильства до інших осіб характерна для вимагання що передбачене ст. 189 КК України.

Доведення особи до непристойного чи безпорадного стану, як ознака об'єктивної сторони розбою за кримінальним правом Республіки Польща, відбувається без застосування насильства. Полягає воно у позбавленні потерпілого свідомості чи тому, що робить його безпорадним. Позбавлення свідомості може полягати у введенні без відомо потерпілого в його організм снодійних чи інших засобів. Доведення до безпорадного стану може полягати, наприклад, в тому, що винний забирає у неповносправного потерпілого інвалідний візок, внаслідок чого особа не може чинити опору. Крім того, судова практика займає позицію, що доведення до безпорадного стану виникає також тоді, коли велика кількість нападників чи диспропорція в можливому застосуванні сили з боку винного чи винних осіб унеможливило потерпілому чинити відповідну оборону [24]. Така позиція Верховного Суду Республіки Польща викликає критику науковців. Так, М. Кулік зазначає, що в такому випадку про доведення до безпорадного стану можна говорити лише тоді, коли винна чи винні особи не діють із застосуванням сили щодо потерпілого [3, с. 551].

**Висновки.** Отже, підсумовуючи викладене, можна прийти до висновку, що поняття розбою за кримінальним правом Республіки Польща відрізняється від поняття розбою за кримінальним правом України. Розбій за кримінальним правом Республіки Польща є особливим кваліфікованим видом крадіжки, поняття якої відповідає поняттю «розкрадання» чи «викрадення», що вживається у кримінальному праві України. Розбоем, за кримінальним правом Республіки Польща, є викрадення майна із застосуванням будь-якого насильства, погрози застосування насильства чи доведення особи до непристойного чи безпорадного стану. Поняття розбою за польським кримінальним правом є значно ширшим, ніж поняття розбою за українським кримінальним правом. Воно включає в себе також діяння, які охоплюють поняття насильницького грабежу та, частково, вимагання в Україні.

#### Список використаної літератури

1. Kodeks karny Rzeczypospolitej Polski z 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zmian.).
2. Andrejew I., Świda W., Wolter W. : Kodeks karny z komentarzem. – Warszawa, 1973.
3. Kodeks karny. Praktyczny komentarz / [M. Budyn – Kulik, P. Kozłowska – Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa i in.] ; pod. red. M. Mozgawy. – Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2007. – 724 s.
4. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 maja 1993 r., II Akr 169/93, OSA 1994, z. 2, poz. 8.
5. Kodeks karny. Komentarz : w 3 t. / [A. Barczak – Oplustil, A. Zoll i in.] ; pod. red. A. Zoll. – Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2006. – T. 3 : Część szczególna : komentarz do artykułów 278 – 363 kodeksu karnego. – 1411 s.
6. Małgorzata Galazka, Radosław G. Halas, Sławomir Hysp, Danian Szeleszczuk, Krzysztof Wiak. Prawo karne. – Warszawa : Wydawnictwo C.H. BECK, 2009.
7. Marek A. Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki / A. Marek. – Warszawa : C.H. Beck, 1997. – 699 s.
8. Bafia J., Mioduski K., Siewierski M. Kodeks karny z komentarzem. – Warszawa, 1987.
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 kwietnia 2000 r., II Aka 32/00, KZS 2000, z. 6, poz. 26.
10. Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polski z dnia 23 kwietnia 1964 r., (Dz. U. z 1964 r. z późn. zmian.).
11. Wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 1997 r., III KKN 241/96, OSP 1998, z. 5, poz. 95 z głośną Satki.



12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 grudnia 1999 r., II Aka 223/99, KZS 2000, z. 1 poz. 27.
13. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 kwietnia 2000 r., II Aka 32/00, KZS 2000, z. 6, poz. 26.
14. Kodeks karny. Komentarz : w 3 t. / [A. Barczak – Oplustil, A. Zoll i in.] ; pod. red. A. Zoll. – Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2006. – T. 2 : Część szczególna : komentarz do artykułów 117 – 277 kodeksu karnego. – 1438 s.
15. Kokot R. Zabójstwo kwalifikowane / R. Kokot. – Wrocław : Uniwersytet Wrocławski, 2001. – 297 s.
16. Prawo karne materialne. Część ogólna / [M. Budyn – Kulik, P. Kozłowska – Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa i in.] ; pod. red. M. Mozgawy. – Kraków : Zakamycze, 2006. – 468 s.
17. Gardocki L. Prawo karne / L. Gardocki. – Warszawa : C.H. Beck, 2000. – 327 s.
18. Górniok O., Pleńska D. Przestępstwa przeciwko mieniu (w:). – System, 1989.
19. Wyrok Sądu Najwyższego z 18 grudnia 1998 r., IV KKN 98/98, Orz. Prok. i Pr. 1999, nr 7 – 8, poz. 5.
20. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 grudnia 1994 r., II Akc 189/94, OSA 1995, z. 4, poz. 19.
21. Wyrok Sądu Najwyższego z 16 lipca 2002 r., III KKN 329/01, Orz. Prok. i Pr. 2003, nr 1, poz. 9.
22. Kodeks wykroczeń Rzeczypospolitej Polski z (Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 275).
23. Uchwała Sądu Najwyższego z 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, niepublikowana.
24. Wyrok Sądu Najwyższego z 14 czerwca 1989 r., V KRN 99/89, OSNKW 1989, nr 12, poz.
-

УДК 343.97

## ПРОБЛЕМИ ПЕНАЛІЗАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ В УКРАЇНІ

Юлія ТУРЛОВА,

кандидат юридичних наук,  
головний науковий співробітник Національної академії прокуратури України,  
докторант відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою  
Інституту держави і права імені В.М. Корецького  
Національної академії наук України

### SUMMARY

This article handles a research of penalization of infringements upon environment of Ukraine that has its own specific meaning for both legislature and law enforcement. The author's analysis of problems of the ecological infringements penalization has disclosed the imbalance between sanctions of several articles in Chapter VIII «Criminal Offenses Against Environment» of Special Part of Criminal Code of Ukraine and the principles of construction of sanctions developed by criminal law scientists. The author comes to a conclusion that such sanctions ought to be optimized by adopting new laws to secure the effectiveness of penalization of ecological crimes and bring the punishment closer to the ideal of justice.

**Key words:** penalization, punishment, ecological crimes, sanctions, construction.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено інститут пеналізації посягань на навколишнє природне середовище в Україні, що має самостійне значення як для законотворчої, так і для правозастосовчої діяльності. Проведений автором системний аналіз проблем пеналізації посягань екологічного характеру дозволив виявити та обґрунтувати наявність неузгодженості санкцій окремих норм розділу VIII Особливої частини Кримінального кодексу України «Злочини проти довкілля» із розробленими кримінально-правовою наукою правилами конструювання санкцій. Зроблено висновок щодо необхідності оптимізації зазначених санкцій шляхом їх законодавчого коригування, що має сприяти підвищенню ефективності пеналізації, наблизити застосування покарання за посягання екологічного характеру до уявного ідеалу справедливості.

**Ключові слова:** пеналізація, покарання, злочини проти довкілля, санкції, конструція.

**Постановка проблеми.** Змістовна сторона кримінально-правової політики містить у собі криміналізацію та декриміналізацію, пеналізацію і депеналізацію суспільно небезпечних посягань, у тому числі й на навколишнє природне середовище. Однією з основних умов ефективності такої політики є забезпечення правильного співвідношення зазначених елементів на основі врахування реальних соціальних тенденцій. Увага до пеналізації посягань екологічного характеру зумовлена необхідністю вивчення ефективності заходів кримінального покарання як засобу захисту від діянь, що викликають погіршення якості природного середовища, та пошуком шляхів удосконалення цих заходів. Тому видається дуже важливим їхнє вивчення.

На відміну від проблем криміналізації та декриміналізації, яким у юридичній літературі приділяється значна увага, пеналізація і депеналізація залишаються недостатньо дослідженими. Різні правові та політичні аспекти пеналізації розглядалися в наукових працях Т.А. Бушуєвої, І.М. Гальперіна, П.С. Дагеля, А.П. Козлова, А.І. Коробєєва, В.Н. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнєцової, Н.А. Лопашенко, А.А. Музики та деяких інших авторів. Питання пеналізації посягань на навколишнє природне середовище у вітчизняній літературі вивчалися фрагментарно.

**Метою статті** є дослідження інституту пеналізації посягань на навколишнє природне середовище, який має самостійне значення як для законотворчої, так і правозастосовчої діяльності.

**Виклад основного матеріалу.** Важливість дослідження проблем пеналізації посягань на довкілля для України, крім зазначеного вище, зумовлена реформуванням системи протидії злочинності відповідно до принципів

правової держави, що здійснюється за допомогою реалізації кримінальних покарань.

Зазначене є справедливим і стосовно екологічної злочинності, діяльними проявами якої є заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, що знаходить своє вираження у погіршенні життєздатності, якості, цілісності, взаємозв'язків та інших об'єктивних параметрів навколишнього середовища та його окремих екосистем (тваринний та рослинний світ, атмосферне повітря, землі, води, надра і т.ін.). За своїми наслідками (безпосередніми та віддаленими) екологічна злочинність є найбільш небезпечним видом злочинності, адже сукупна шкода злочинів даної категорії створює реальну загрозу біологічним основам існування людства.

Варто зауважити, що формальна оцінка суспільної небезпеки злочинів проти навколишнього природного середовища відображається в санкціях відповідних кримінально-правових норм (розділ VIII Особливої частини Кримінального кодексу) за допомогою таких засобів, як види і розмір покарання, тобто у кількісній стороні криміналізації таких посягань, їх пеналізації.

У науковій літературі під пеналізацією розуміють процес визначення характеру караності суспільно небезпечних діянь, а також їх практичну караність, тобто процес призначення кримінального покарання у судовій практиці [1, с. 137]. Подібним є визначення, сформульоване П.С. Дагелем і Т.А. Бушуєвою, які під пеналізацією розуміють встановлення в законі та реалізацію на практиці видів і розмірів покарань, що застосовуються за злочини [2, с. 49].

Отже, пеналізація може бути як законодавчою (визначення кримінальною нормою виду та меж караності), так і правозастосовчою (призначення покарання на практиці).

Стосовно першого виду пеналізації варто зауважити, що проблема встановлення видів і розмірів покарань, тобто формування санкцій, а саме: як вони будуються, чи існують якісь правила, критерії їх створення, якими є межі санкцій, яким має бути співвідношення видів і розмірів покарання в них – залишаються в теорії кримінального права, за висловлюванням А.П. Козлова, «білою плямою». Автор зауважує, що проблема побудови санкції може бути вирішена тільки тоді, коли наука звикне бачити в них систему взаємопов'язаних явищ. Більше тридцяти років наука кримінального права користується терміном «система санкцій», але і тут майже немає руху вперед: немає жодного дослідження, в якому проблема розгляду системи санкцій була хоча б поставлена, не кажучи вже про її рішення. По суті, теорія кримінального права, виходячи на проблему побудови санкцій, створення його механізму, стикається з двома «білими плямами»: з системою санкцій та з її побудовою. І не випадково Особлива частина кримінального права не вивчає санкцій взагалі, в кращому випадку в підручниках і монографіях дається коротке повторення законодавчо визначених санкцій. Але ж це не виправдано тому, що наскільки специфічна диспозиція норми, настільки повинна бути і специфічна (в прийнятних межах) санкція. Невирішеність цих проблем позначається і на законодавчій, і на правозастосовчій практиках [3, с. 3].

Розглядаючи проблему побудови санкцій, варто зауважити, що у словниковій літературі термін «санкція» (від лат. *sanctio* – непорушна постанова) має декілька варіантів змістовного наповнення: складова частина норми права, яка на випадок невиконання норми визначає заходи державного впливу, головним чином у формі примусу; покарання; дозвіл уповноваженій особі (прокурора, слідчого судді) на проведення передбачених законом слідчих та оперативних розшукових дій [4, с. 625].

Щодо кримінально-правових санкцій, то слід зазначити, що в науковій літературі виділяють санкції кримінально-правової норми і санкції статті Особливої частини КК. Структурною частиною санкції кримінально-правової норми є лише санкція статті Особливої частини КК, що обґрунтовується особливостями структури КК, а також його розподілу на Загальну й Особливу частини, приписи яких перебувають між собою в органічній єдності [5]. Отже, йдеться про поняття санкції у вузькому і широкому розумінні відповідно. У нашій статті предметом дослідження є кримінально-правова санкція у вузькому розумінні, тобто як частина статті (норми) розділу VIII Особливої частини Кримінального кодексу України. Саме така санкція за своїм змістом і суворістю відображає характер і ступінь суспільної небезпеки відповідного злочину проти довкілля.

У кримінально-правовій літературі наводиться значна кількість різноманітних класифікацій санкцій за різними критеріями. Узагальнюючи, зазначимо, що залежно від наявності чи відсутності додаткових покарань санкції поділяються на прості та кумулятивні; за кількістю основних видів покарань – на одиничні та альтернативні, за можливістю обрання судом покарання – на абсолютно визначені та відносно визначені.

У вітчизняній літературі зазначається, що Кримінальний кодекс України містить лише відносно визначені та альтернативні санкції. Відносно визначеною є санкція, що передбачає можливість застосування лише одного виду основного покарання та визначає його нижню і верхню межі. Розрізняють два види відносно визначених санкцій: 1) які передбачають і нижню, і вищу межі покарання; 2) які визначають лише верхню межю, нижню межю покаран-

ня встановлюється згідно з відповідною статтею Загальної частини Кримінального кодексу України. Альтернативна санкція містить вказівку на два або більше види основних покарань, з яких суд обирає лише одне. Альтернативні санкції також мають різновиди: 1) санкція передбачає можливість застосування відносно визначеного або абсолютно визначеного покарання; 2) санкція містить два або більше відносно визначених покарання [6, с. 26–27; 7, с. 46–47]. На думку А.А. Музики та О.П. Гороха, українському кримінальному законодавству притаманні і кумулятивні санкції – такі, що містять і основне, і додаткове покарання [8, с. 81].

У санкціях ст. 21, що встановлюють відповідальність за екологічні злочини та у сукупності утворюють окремий розділ VIII «Злочини проти довкілля», тридцять п'ять є альтернативними, сорок – відносно визначеними, п'ятнадцять – кумулятивними.

Майже всі санкції у розділі є альтернативними. Виключення становлять лише п'ять санкцій за злочини, передбачені ст. 236 КК «Порушення правил екологічної безпеки», ч. 4 ст. 240 КК «Порушення правил охорони або використання надр», ч. 2 ст. 243 КК «Забруднення моря», ч. 2 ст. 245 КК «Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу», ч. 2 ст. 252 КК «Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду», які є одиничними та відносно визначеними. Один із зазначених злочинів (ч. 2 ст. 243 КК) відповідно до ст. 12 КК є середньої тяжкості, три (ст. 236, ч. 4 ст. 240, ч. 2 ст. 245 КК) – тяжкими, один (ч. 2 ст. 252 КК) – особливо тяжким. Санкції за такі злочини передбачають можливість застосування до винного покарання лише у виді позбавлення волі на певний строк.

Розглядаючи альтернативні санкції, зауважимо, що всі вони встановлені за злочини невеликої або середньої тяжкості. Закон у цьому випадку надає можливість суду призначити один із закріплених у санкції видів покарань, який би відповідав ступеню суспільної небезпеки вчиненого та особи винного. При цьому зазначені альтернативні санкції містять різну кількість і види покарань. Найчастіше (20 разів) в альтернативних санкціях застосовується два види покарання. Зокрема комбінація у виді обмеження волі та позбавлення волі на певний строк наявна у санкціях, передбачених ст. 237 КК, частинами 2 ст. ст. 238, 239, 239<sup>1</sup>, 239<sup>2</sup>, 241, 242, 253 КК, частинами 3 ст. ст. 239<sup>1</sup>, 239<sup>2</sup>, 240 КК.

Також два види основного покарання (штраф та обмеження волі) містять санкції частини 1 ст. ст. 239<sup>1</sup>, 239<sup>2</sup>, 241, 249, 252 КК, а також ст. 254 КК. Лише ч. 1 ст. 239 КК містить альтернативну санкцію, де штраф поєднаний з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. У ч. 2 ст. 244 КК передбачено покарання у виді штрафу або арешту, а у ч. 1 ст. 253 КК – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю поєднано з обмеженням волі.

По три види покарань містять 12 санкцій. У санкціях за злочини, передбачені частинами 1 ст. ст. 240, 243, 244, 245 КК, а також частинами 2 ст. ст. 240, 248, 249 КК, такими покараннями є штраф, обмеження волі та позбавлення волі на певний строк; за злочини, передбачені частинами 1 ст. ст. 238, 242 та ч. 3 ст. 243 КК, – штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю й обмеження волі; за злочини, передбачені ст. 247 та ч. 1 ст. 248 КК, – штраф, громадські роботи й обмеження волі.

За вчинення трьох злочинів проти довкілля суд може призначити одне із чотирьох видів покарань. Для статей 246 та 250 КК – це штраф, арешт, обмеження волі, позбавлення волі

на певний строк, для статті 251 КК – штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк.

Як юридичні конструкції санкції норм, що встановлюють відповідальність за злочини проти довкілля, мають бути логічним упорядкуванням нормативного матеріалу, що характеризується як кількісно, так і якісно. Якісні характеристики санкцій визначаються переліком визначених у них видів покарань, що відрізняються один від одного за набором властивих їм правових обмежень і за потенціальним карально-запобіжним впливом на засудженого. Кількісні – визначенням розміру покарань зазначених видів.

Теоретична модель справедливого покарання, на думку Ю.Д. Блувштейна, має виглядати таким чином: покарання повинно максимально мірою відповідати тяжкості вчиненого злочину та іншим даним, які мають кримінально-правове значення, а в першу чергу – передбаченим законом пом'якшуючим та обтяжуючим покарання обставинам; за різні за тяжкістю злочини та(або) різну суспільну небезпечність винного має бути встановлено різне покарання; за рівні за тяжкістю злочини з приблизно рівною суспільною небезпечністю осіб, які їх вчинили, має бути встановлено однакове покарання [9, с. 50].

Для того, щоб суд, розглядаючи конкретну справу, міг призначити справедливе покарання, законодавцю необхідно встановити справедливу санкцію. Цілком очевидно, що принцип справедливості при призначенні покарання може бути реалізований лише у випадку, коли він врахований законодавцем при конструюванні санкцій Особливої частини КК. Водночас побудова санкцій кримінально-правових норм є однією з найбільш складних проблем законотворчої діяльності у цій сфері. На погляд М.І. Мельника, у більшості випадків пропозиції щодо визначення покарання за певний вид злочину (у тому числі зроблені за результатами дисертаційних досліджень) не мають під собою належної наукової основи і базуються в основному на суб'єктивному баченні автора щодо виду та розміру покарання, порівняльному підході санкцій суміжних злочинів тощо [10, с. 18].

Узагальнивши різні погляди на зазначену проблему та недоліки, які властиві кримінально-правовим санкціям, А.А. Музика та О.П. Горох підтримують науковців у тому, що конструкція санкції має відповідати певним правилам: суспільній безпеці злочинного діяння і поширеності злочинів певного виду, бути узгодженою із санкціями за вчинення інших, близьких за видом і характером злочинів; вона має надавати можливість індивідуалізувати покарання з урахуванням потенційних варіантів вчинення злочину в реальності. Вона повинна будуватися на принципах доцільності, обґрунтованості, законності, рівності громадян перед законом, вини, справедливості, гуманізму, невідворотності кримінальної відповідальності, індивідуалізації покарання та економії заходів кримінально-правового впливу. Безумовно, в цьому процесі має бути врахований і набутий досвід боротьби зі злочинністю, дані судової практики, результати наукових досліджень. Побудова санкцій з урахуванням зазначених положень, а також завдяки дотриманню загальноприйнятих правил юридичної техніки дозволить на практиці уникнути ситуацій, коли судами призначаються різні покарання за злочини, що за багатьма ознаками схожі, як «близнята». І навпаки, коли за злочини, що не схожі ні за своїм характером, ні за ступенем суспільної небезпеки, призначаються майже однаковий вид і міра покарання [8, с. 85–86].

Проведений нами аналіз санкцій статей розділу VIII КК «Злочини проти довкілля» дав можливість узагальнити недоліки, що властиві зазначеним санкціям. Серед них найбільш вагомими є такі: конструкція санкцій не завжди враховує характер і ступінь суспільної небезпечності посягання на довкілля, а також особливості суб'єкта злочину, що негативно позначається на судовій практиці; санкції окремих спеціальних норм (які, за логікою законодавця, мають посилювати відповідальність) передбачають менш суворе покарання, ніж санкції загальних норм; має місце недотримання правила про допустиме співвідношення визначених у санкції основних і додаткових покарань, відповідно до якого основне покарання завжди має бути більш суворим, ніж поєднане з ним додаткове покарання; наявність санкції з великою амплітудою між нижчими та вищими межами покарання у виді позбавлення волі на певний строк; не є достатньо обґрунтованим встановлення у санкції значної кількості основних видів покарань, які можуть бути призначені за один і той самий злочин; не завжди є узгодженими санкції в основному, кваліфікованому та особливо кваліфікованому складах злочинів.

Так, санкція ст. 236 КК «Порушення правил екологічної безпеки» встановлює покарання за посягання на екологічну безпеку, встановлений порядок проведення екологічної експертизи, заподіяння шкоди життю та здоров'ю людей, тваринному і рослинному світові, довкіллю. Для порівняння караності зазначеного злочину з іншими аналогічними посяганнями нами були проаналізовані санкції статей, що встановлюють покарання за порушення спеціальних правил, що спричинили, як один з перелічених у диспозиціях наслідків, загибель людей. До таких злочинів відносяться передбачені такими статтями Особливої частини КК (поза меж розділу VIII КК «Злочини проти довкілля»): ст. 291 КК, частинами 2 ст. ст. 267, 267<sup>1</sup>, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 325, 326, 327 КК, частинами 3 ст. ст. 276, 281, 282, 286, 292 КК. Санкції зазначених норм передбачають покарання у виді позбавлення волі (найчастіше без інших альтернативних видів покарання) максимально до 12 років. У деяких санкціях нижні межі не зазначені, тобто визначаються відповідно до положень Загальної частини КК. Відповіді на причини різного підходу законодавця до встановлення таких строків позбавлення волі за вчинення подібних злочинів ми не знайшли. Вочевидь, це є одним з недоліків законотворчої практики.

Водночас при пеналізації порушень правил екологічної безпеки варто враховувати те, що екологічна безпека, що є основним безпосереднім об'єктом злочину, є безпекою двох взаємозалежних систем: об'єкта природи і людини. Їх нерозривна єдність визначається формулою: «Безпека екосистем – достатня підстава безпеки людини (особистої безпеки)» [11, с. 126]. Таким чином, настання зазначених наслідків у виді загибелі людей є неможливим без інших, що завдають шкоди об'єктам природи, зокрема шляхом їх екологічного забруднення. Відтак наслідки, що можуть бути завдані зазначеним злочином, є кумулятивними (на відміну від інших порушень спеціальних правил, що спричиняють загибель людей, наприклад – ч. 3 ст. 286 КК «Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами»). Отже, покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, на наш погляд, відповідає високому рівню небезпеки зазначеного злочину.

До інших норм розділу VIII КК «Злочини проти довкілля», що передбачають у своїх диспозиціях наслідки у виді загибелі людей, слід віднести ст. 237, частини 2



ст. ст. 238, 239, 241, 242, 243, 245, 252, 253, ч. 3 ст. 2391, ч. 4 ст. 240 КК. Більшість з них (за виключенням ч. 4 ст. 240 КК, частин 2 ст. ст. 243, 245, 252 КК) передбачають альтернативу основного покарання у виді обмеження або позбавлення волі. На нашу думку, з огляду на небезпечність зазначених посягань, передбачення у санкціях за вчинення екологічних злочинів, які мають своїми наслідками (поряд з іншими) загибель людей, є невинуватим. Покарання у виді обмеження волі не буде відповідати ні загальній, ні спеціальній превенції злочинів.

Крім того, стаття 236 КК має загальний характер і підлягає застосуванню у тому разі, коли вчинене діяння не охоплюється конкретними складами злочинів, що передбачають посягання на окремі елементи довкілля [12, с. 427]. Норми, які встановлюють відповідальність за забруднення окремих елементів довкілля (тобто порушення правил екологічної безпеки стосовно певного природного об'єкту – земель, атмосферного повітря, вод, моря), містяться у ст. ст. 239, 241-243 КК та є спеціальними щодо ст. 236 КК.

Також спеціально відносно ст. 236 є ст. 253 КК «Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля» у частині розробки і здачі проектів, іншої аналогічної документації замовнику службовою чи спеціально уповноваженою особою без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля або введення (прийом) в експлуатацію споруд без такого захисту. На думку О.В. Мельник, «існування зазначеної норми штучно створює конкуренцію з кримінально-правовою нормою, що має загальний характер – ст. 236 «Порушення правил екологічної безпеки». Унаслідок такої конкуренції наявна ситуація, коли одне і те саме діяння може каратися істотно різними кримінально-правовими засобами» [13, с. 43].

Варто відзначити, що в юридичній літературі питання співвідношення загальних і спеціальних норм традиційно є предметом дослідження у межах проблеми конкуренції кримінально-правових норм [14; 15]. Існування спеціальної норми поряд із загальною нормою має, на думку В.М. Кудрявцева, практичний сенс лише в тому випадку, коли певна спеціальна норма якимось по-іншому вирішує питання про кримінальну відповідальність порівняно із загальною нормою (наприклад, про вид та розмір покарання) [16, с. 248–249].

Що стосується розглянутих нами норм, то у ст. ст. 239, 241-243, 253 КК законодавець диференційовано підходить до встановлення відповідальності за вчинення посягань на довкілля. Якщо у частинах 1 мова йде лише про створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, то у частинах 2 зазначених статей – про настання таких наслідків. Зважаючи на побудову норм у частинах 1 відповідних статей як деліктів небезпеки, їх суспільна небезпека є порівняно з нормами у частинах 2, де закріплені матеріальні склад злочину, меншою. Наслідки ж у диспозиціях ст. 236 та частин 2 ст. ст. 239, 241-243, 253 КК є практично тотожними.

Порівняльний аналіз санкцій зазначених норм дозволив виявити певні неузгодженості санкцій спеціальних норм розділу VIII КК «Злочини проти довкілля» (ст. ст. 239, 241-243, 253 КК) із санкцією загальної норми (ст. 236 КК). Так, при фактичній тотожності наслідків, що передбачені частинами 2 спеціальних норм, з наслідками у загальній нормі санкції їх істотно різняться як за видами, так і за розміром покарань. Зазначена ситуація суперечить правилам конструювання санкцій спеціальних правових норм [8, с. 91], адже за однакові за тяжкістю наслідків злочини передбачені різні види та розміри покарання.

Наявні також неузгодженості санкцій в межах однієї статті. Відповідно до розроблених кримінально-правовою наукою правил кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки не повинні змінювати відповідну категорію злочину (ст. 12 КК) більше, ніж на один ступінь. У ст. 252 КК «Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду» можемо спостерігати такі зміни відразу на два ступені – зі злочину невеликої тяжкості у частині 1 (передбачене покарання у виді штрафу або обмеженням волі) до особливо тяжкого злочину у частині 2 (передбачене покарання у виді позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років).

Також варто звернути увагу на наявність у ч. 2 ст. 252 КК занадто широкого діапазону між максимальними і мінімальними строками покарання – сім років. На думку Т.А. Леснівської-Костарьової, встановлення занадто широким санкцій – це передумова не подальшої індивідуалізації кримінальної відповідальності, а її гіпертрофії [17, с. 333].

Слушно видається висловлена у літературі позиція, відповідно до якої у злочинах, які не є тяжкими (до п'яти років позбавлення волі) інтервал між мінімальною та максимальною межами санкції не повинен перевищувати трьох років, а у тяжких та особливо тяжких злочинах (до десяти та п'ятнадцятироківвідповідно) – не більше п'ятироків [8, с. 101]. Наведені погляди у цілому заслуговують на підтримку і мають бути враховані при конструюванні санкцій.

При вирішенні проблеми конструювання санкцій не можна оминати увагою питання про «ступінчастість» зміни санкцій. Загальною визначеною в теорії кримінального права є положення про те, що мінімальна межа санкції норми, яка посилює покарання, не повинна заходити («зашкалювати») за максимальну межу санкції норми, котра встановлює покарання за менш небезпечне діяння [18, с. 149]. Водночас значна кількість авторів допускає, щоб «сходи» санкцій будувалися «з перекриттям» (наприклад, ч. 1 – до трьох років, ч. 2 – від двох до п'яти років, ч. 3 – від чотирьох до семи років) [8, с. 102].

На наш погляд, остання пропозиція не є доречною, адже конструкція кримінально-правових санкцій має виключати можливість призначення за більш тяжкий вид злочину покарання, рівного або меншого, ніж за менш тяжкий вид того ж злочину. Адже, за загальним правилом, покарання за кваліфікований злочин повинне бути вище, ніж за некваліфікований. Крім того, більш чітке визначення меж покарання не суперечить принципу індивідуалізації покарання, адже кримінально-правова санкція (у широкому розумінні) включає не тільки санкцію статті Особливої частини кримінального закону, а також і ряд положень його Загальної частини: про можливість призначення покарання нижче нижчої межі; про конкретні правила призначення окремих видів кримінального покарання; про застосування умовного засудження та ін.

Аналіз кримінально-правових санкцій розділу VIII КК «Злочини проти довкілля» засвідчив, що законодавець при їх побудові зазначеним правилом керувався не завжди. Наприклад, частина 1 ст. 240 КК «Порушення правил охорони або використання надр» передбачає, зокрема, покарання у виді обмеження волі на строк до двох років, або позбавлення волі на той самий строк; ч. 2 – обмеження волі на строк до трьох років, або позбавлення волі на той самий строк; ч. 3 – обмеження волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк. Очевидно, що при такому підході наявна можливість призначення за особливо кваліфікований вид злочину покарання, рівного покаранню

за основний вид злочину – обмеження або позбавлення волі на строк два роки.

Серед аналізованих наявні також статті, що в різних частинах містять санкції однакові за видами і розмірами основного покарання. Прикладом може бути ст. 242 КК «Порушення правил охорони вод». Перша та друга частини статті передбачають як один з варіантів покарання обмеження волі на строк до п'яти років. Такий самий недолік властивий і конструкції санкцій у ст. 249 «Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом». Обидві частини статті містять основне покарання у виді обмеження волі на строк до трьох років.

Деякі санкції у статтях розділу (ст. ст. 240, 248 КК) сконструйовані методом «поглинання» [19, с. 760], який характеризується диференціацією верхніх меж основного покарання при тотожності нижніх меж. У санкціях норм, що встановлюють відповідальність за вчинення злочинів проти довкілля, поширеною є ситуація встановлення єдиних мінімальних меж покарання (обмеження або позбавлення волі), що дає можливість суду призначати за злочин, що містить кваліфікуючі ознаки, покарання, що дорівнює покаранню за злочин з основним складом при подібних характеристиках винної особи та приблизно рівній кількості пом'якшувальних або ж обтяжуючих покарання обставин.

Така конструкція санкцій, що настільки розширює сферу судового розсуду, на нашу думку, істотно підвищує корупціогенний потенціал пеналізації злочинів проти довкілля.

Як зазначалось вище, альтернативні санкції аналізованих статей містять різну кількість основних видів покарань: два види покарань містять 20 санкцій, три види – 12 санкцій і чотири види – 3 санкції.

За вчинення трьох злочинів проти довкілля суд може призначити одне із чотирьох видів покарань. Для ст. ст. 246 та 250 КК – це штраф, арешт, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк, для ст. 251 КК – штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк.

Варто зауважити, що у юридичній літературі альтернативність як нормативно-правова форма санкцій норм Особливої частини Кримінального кодексу піддавалась критиці [19, с. 754]. Аргументом на користь виключення таких юридичних конструкцій є незначний загальнопревентивний потенціал таких норм. Адже кожний, хто знайомиться зі змістом кримінально-правової заборони, має чітко уявляти, наскільки небезпечним є його порушення для правоохоронних благ і інтересів. Якщо ж міра відповідальності встановлюється альтернативно, тобто за один і той самий злочин передбачається декілька видів покарань, то таке уявлення скласти важко. Крім того, логічним обґрунтуванням позиції щодо обмеження варіативності основних видів покарань є прагнення до зниження корупціогенного потенціалу покарання за рахунок законодавчого обмеження кількості варіантів судового рішення відносно міри покарання засудженого. Адже ситуація, коли санкція на вибір суду пропонує чотири і більше видів основного покарання, засвідчує дефектність конструкції таких санкцій.

Водночас надмірна мінімізація в альтернативних санкціях кількості видів основних покарань істотно звужує можливості індивідуалізації покарання. Саме тому обмеження вибірки основних видів покарань трьома видами має у перспективі сприяти підвищенню ефективності пеналізації, наблизивши застосування покарання до уявного ідеалу справедливості.

Як зазначалось вище, побудова деяких санкцій у розділі «Злочини проти довкілля» не відповідає вимогам узгодженості основного та додаткового покарання. Необхідно наголосити на тому, що санкція норми, що встановлює відповідальність за посягання екологічного характеру, як юридична конструкція, що є необхідною умовою забезпечення законодавчої оцінки властивого кожному виду покарання рівня караності, не має конструюватися без урахування логіки побудови системи покарань. Зокрема йдеться про правило, відповідно до якого основне покарання завжди має бути більш суворим, ніж поєднане з ним додаткове покарання.

Прикладами таких дефектних конструкцій є частини 1 ст. ст. 2391, 2392, 241, 243, 254 КК, які передбачають як основне покарання штраф, а додаткове – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Але ж відповідно до ст. 51 КК штраф є менш суворим покаранням.

Кумулятивними є санкції за злочини, передбачені ст. ст. 236, 237, 254 КК, частинами 1 ст. ст. 2391, 2392, 241, 243 КК, частинами 2 ст. ст. 238, 239, 2391, 2392, 241, 243 КК, частинами 3 ст. ст. 2391, 2392.

Крім того, 15 санкцій розділу містять положення щодо спеціальної конфіскації. Вказівки на предмет спеціальної конфіскації є доволі різноманітними: у ст. ст. 239 1, 239 2 КК йдеться про конфіскацію знарядь і засобів заволодіння; у ч. 3, 4 ст. 240 КК – конфіскацію незаконно добутого і знарядь видобування знаряддя і засобів заволодіння; у ч. 1 ст. 244 КК – конфіскацію всіх знарядь, якими користувалася винувата особа для вчинення злочину або без такої; у ч. 2 ст. 244 КК – конфіскацію обладнання; у ст. 246 КК – конфіскацію незаконно добутого; у ст. 248 КК – конфіскацію знарядь і засобів полювання та всього добутого; у ст. 249 КК – конфіскацію знарядь і засобів промислу та всього добутого.

Досліджуючи кумулятивні санкції, Ю.О. Ткачук вважає за доцільне диференціювати їх на 2 підвиди: а) з обов'язковим застосуванням додаткових покарань (або обов'язкова кумулятивна санкція); б) з необов'язковим застосуванням додаткових покарань (або факультативна кумулятивна санкція) [20, с. 28]. До останнього підвиду варто віднести санкції у ст. 254 КК, ч. ч. 1, 2 ст. ст. 241, 243 КК, частинах 2 ст. ст. 238, 239 КК. У зазначених санкціях передбачене застосування позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

У кримінально-правовій літературі висловлена пропозиція щодо виділення простих кумулятивних і складних кумулятивних санкцій [8, с. 83]. У простих кумулятивних санкціях основне (основні) покарання поєднано з одним додатковим покаранням, а в складних кумулятивних санкціях – з декількома додатковими покараннями. Усі кумулятивні санкції, що встановлені за злочини проти довкілля, є простими. Єдиним додатковим покаранням, що передбачено у зазначених санкціях, є позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Даний вид покарання передбачений ст. 55 КК як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років та встановлюється за вчинення злочинів проти довкілля, що вчинюються службовими або спеціально-зобов'язаними особами.

Під службовими особами в аналізованому випадку розуміють суб'єктів, які підпадають під ознаки ч. 2 ст. 364 КК і використовують своє службове становище для вчинення злочину проти довкілля. Це можуть бути будь-які службові

особи, на яких лежить обов'язок дотримуватися екологічних нормативів або котрі своєю службовою поведінкою створили ситуацію невинуватого екологічного ризику. На спеціально зобов'язаних особах лежить спеціальний обов'язок забезпечувати необхідний і прийнятний рівень екологічної безпеки (при роботі з небезпечними речовинами й відходами, керуванні очисними спорудами і т.д.) [13, с. 105–106].

Щодо необхідності врахування особливостей суб'єкта злочину, варто зауважити, що передбачення у санкції певного виду покарання має бути зумовлене його потенційною можливістю найбільш суттєво впливати на особу типового злочинця, який вчинює відповідні злочини. На нашу думку, такі рішення мають ґрунтуватися на висновках попередньої кримінологічної експертизи щодо характеристик особи злочинця. Соціальна зумовленість, а також наукова та кримінологічна обґрунтованість кримінального закону розглядається вченими як показник його справедливості [19, с. 755]. Тому проведення такої експертизи є відображенням рівня правової культури законодавця та його прагнення до кримінологічної обґрунтованості видів покарань, що можуть бути застосовані за певні види злочинів.

Додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю встановлене за злочини, передбачені ст. ст. 236, 237, 254 КК, частинами 1 ст. ст. 2391, 2392, 241, 243 КК, частинами 2 ст. ст. 238, 239, 241, 243 КК, частинами 2, 3 ст. ст. 2391, 2392. Необхідно звернути увагу на відсутність у цьому переліку частин 2 ст. ст. 242 та 253 КК. Зазначена ситуація є, вочевидь, нелогічною з урахуванням наявності у частинах 1 цих статей позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як одного з основних покарань. Вивчення справ за ст. 242 «Порушення правил охорони вод» дозволило з'ясувати типові характеристики винних осіб, які за статусно-правовою ознакою є службовими особами – керівниками державних або комунальних установ, підприємств або ж суб'єктами підприємницької діяльності. Саме тому покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю могло б мати стосовно цієї категорії осіб певний запобіжний ефект.

**Висновки.** Проведений автором системний аналіз проблем пеналізації посягань екологічного характеру дозволив виявити та обґрунтувати наявність неузгодженості санкцій окремих норм розділу VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля» із розробленими кримінально-правовою наукою правилами конструювання санкцій, а також окреслити шляхи їх подолання. Зважаючи на необхідність врахування системних властивостей системи покарань, забезпечення співвідношення між ступенем тяжкості злочинів проти довкілля та суворістю виду і розміру покарання, що передбачається за його вчинення, а також з метою підвищення запобіжного потенціалу пеналізації злочинів проти довкілля як складової прогидії екологічній злочинності, вважається за доцільне законодавче коригування відповідних норм. Запропоновані зміни мають, на думку автора, у перспективі сприяти підвищенню ефективності пеналізації наблизивши застосування покарання за посягання екологічного характеру до уявного ідеалу справедливості.

#### Список використаної літератури

1. Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика : проблемы криминализации и пенализации. – Владивосток : Изд-во Дальневосточного ун-та, 1987. – 268 с.

2. Дагель П.С., Бушуева Т.А. Пенализация преступных посягательств на окружающую природную среду / П.С. Дагель, Т.А. Бушуева // Правоведение. – 1981. – № 6. – С. 49–55.

3. Козлов А.П. Механизм построения уголовно-правовых санкций : автореф. дис. ...доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 / А.П. Козлов. – М., 1991. – 38 с.

4. Юридичний словник / За ред. академіків АН УРСР Б.М. Бабія, В.М. Корецького, члена-кореспондента АН УРСР В.В. Цветкова / Головна редакція української радянської енциклопедії Академії наук УРСР. – К., 1974. – 848 с.

5. Євдокімова О.В. Питання класифікації санкцій КК України / О.В. Євдокімова // Проблеми боротьби зі злочинністю. – 2009. – № 102. – С. 148–153.

6. Кримінальне право України : Загальна частина : [підручник] / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 5-те вид. переробл. та доповн. – К. : Атіка, 2009. – 408 с.

7. Кримінальне право України : Загальна частина : [підручник] / За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид. переробл. і доповн. – Х. : Право, 2010. – 256 с.

8. Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : [монографія] / А.А. Музика, О.П. Горох. – К. : Паливода А.В., 2012. – 404 с.

9. Блувштейн Ю.Д. Уголовное право и социальная справедливость / Ю.Д. Блувштейн. – Мн. : Из-во «Университетское», 1987. – 63 с.

10. Мельник М.І. Законодавчі тенденції удосконалення нового Кримінального кодексу України // Кримінальний кодекс України 2001 р. (проблеми, перспективи та шляхи вдосконалення кримінального законодавства). – Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 4–5 квітня 2003 р. – Львів : ЛІВС, 2003.

11. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні : проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства / С.Б. Гавриш // Верховна Рада України ; Інститут законодавства. – К. : Книга, 2002. – 634 с.

12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 3-тє вид. переробл. та доповн. – К. : Атіка, 2004. – 1056 с.

13. Мельник О.В. Запобігання злочинам щодо забруднення довкілля в Україні : [монографія] / О.В. Мельник, Г.С. Поліщук, Ю.О. Левченко. – К., ТОВ «НВП» Інтерсервіс, 2014. – 178 с.

14. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. – К. : Атіка, 2003. – 224 с.

15. Кузнецов В.В., Савченко А.В. Теорія кваліфікації злочинів : [підручник]. – 2-е вид. перероб. – К. : КНТ, 2007. – 300 с.

16. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М. : Юрид. лит-ра, 1972. – 352 с.

17. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Изд-во НОРМА, 2000. – 400 с.

18. Дементьев С.И. Построение уголовно-правовых санкций в виде лишения свободы. – Ростов : Изд-во Ростов. ун-та, 1986. – 157 с.

19. Тихонова С.С. Особенности конструирования санкций в уголовном законе : теория и законодательная практика / С.С. Тихонова // Юридическая техника. – 2013. – № 7 (ч. 2). – С. 752–761.

20. Ткачук Ю.О. Сутність, ознаки та структура санкцій у кримінальному законодавстві України / Ю.О. Ткачук // Адвокат. – 2007. – № 9. – С. 26–29.



## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.98.06 (477)

### ОКРЕМІ АСПЕКТИ ОРГАНІЗАЦІЇ КОНТРОЛЮ ЗА ПРОВЕДЕННЯМ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Микола ДЕНИСЕНКО,

здобувач СК-1 ННІ КРД

Національної академії служби безпеки України

Ян СТРЕЛЮК,

здобувач кафедри ОРД ННІКМ

Харківського національного університету внутрішніх справ

#### SUMMARY

In the article on the basis of analysis of theoretical and empiric material the features of organization of control are examined after the leadthrough of secret consequence (search) actions. The control functions of leaders of operative subsections, investigators and leaders of consequence subsections, public prosecutors, leaders of offices of public prosecutor, consequence judges, court are examined in this connection. It is in addition set that at determination of legal mechanisms of control after the leadthrough of secret consequence (search) actions a legislator settled previous control which answers the purpose of warning of violations in this sphere most in detail. At the same time, legislatively subsequent control is well-regulated not enough after the leadthrough of secret consequence (search) actions, in particular, order, periodicity and grounds of leadthrough of the proper verifications, accounting form, and others like that.

**Key words:** legal regulation, counteraction, operative and search activity, fraud, Criminal Procedural Code of Ukraine, secret investigative (search) actions.

#### АНОТАЦІЯ

У статті на основі аналізу теоретичного та емпіричного матеріалу розглядаються особливості організації контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій. У цьому зв'язку розглядаються контрольні функції керівників оперативних підрозділів, слідчих та керівників слідчих підрозділів, прокурорів, керівників прокуратур, слідчих суддів, суду. Крім того, встановлено, що при визначенні правових механізмів контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій законодавець найбільш детально врегулював попередній контроль, що відповідає меті попередження порушень у цій сфері. Водночас законодавчо недостатньо врегульований подальший контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема порядок, періодичність та підстави проведення відповідних перевірок, форми звітності тощо.

**Ключові слова:** правова регламентація, оперативно-розшукова діяльність, Кримінальний процесуальний кодекс, протидія, шахрайство, негласні слідчі (розшукові) дії.

**Вступ.** Контроль у будь-якій сфері людської діяльності виступає засобом організації зворотного зв'язку, завдяки якому суб'єкт управління отримує інформацію про об'єкт, який він контролює, та про виконання свого рішення. Від інших функцій контроль відрізняється особливою цільовою спрямованістю, самостійним характером та об'єктивною необхідністю для ефективного здійснення негласних слідчих (розшукових) дій [6]. Складність та різноманітність таких дій обумовлює багаторівневу та складну систему контролю за їх проведенням.

Значна кількість проблемних питань, що виникли після запровадження вказаного правового інституту наразі досліджується провідними вітчизняними правознавцями. Зокрема різноманітні правові аспекти проведення негласних слідчих (розшукових) дій висвітлювалися у роботах А.І. Алексєєва, О.А. Білічак, В.В. Вапнярчука, А.Ф. Возного, В.О. Глушкова, С.О. Гриненка, В.М. Гринчака, Д.В. Гребельського, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної,

А.М. Кислого, І.О. Клімова, І.І. Котюка, В.А. Лукашова, Є.Д. Лук'янчикова, В.Т. Маляренка, І.І. Мусієнка, Ф.М. Нагорського, Д.Й. Никифорчука, М.А. Погорецького, О.В. Селіної, Д.Б. Сергєєвої, В.І. Сліпченка, Є.Д. Скуліша, О.Ю. Татарова, Л.Д. Удалової, В.І. Фаринника, М.О. Шиліна, М.Є. Шумила, О.М. Юрченка та ін. Водночас наразі недостатня увага приділяється питанням організації контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій.

**Мета статті.** Розглянути на основі аналізу теоретичного та емпіричного матеріалу окремі аспекти організації контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій.

**Виклад основного матеріалу.** Правову основу контрольних повноважень при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій становлять Конституція України, Кримінальний процесуальний кодекс України (надалі – КПК), Кримінальний кодекс України, закони України «Про прокуратуру» та «Про оперативно-розшукову



діяльність», Інструкція «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затверджена міжвідомчим Наказом № 114/1042/516/1199/936/1687/5/ від 16.11.2012 р. (надалі – Інструкція) та інші нормативно-правові акти. Порядок, тактика та методика проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій, взаємодія уповноважених оперативних підрозділів, які виконують доручення слідчого, прокурора на їх проведення, з особами (підрозділами), що залучаються до проведення таких дій, регулюються окремими нормативно-правовими актами органів, у складі яких перебувають уповноважені оперативні підрозділи.

Контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій можна класифікувати за різними ознаками. Так, залежно від етапу проведення можна виділити попереджувальний, поточний і подальший контроль. За обсягом перевірки прийнято розрізняти загальний, спеціальний і галузевий контроль [6]. Однак, оскільки кожний контролюючий суб'єкт використовує специфічні методи та засоби контролю, чітко визначені законом, вбачається за доцільне розглянути контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій у розрізі повноважень суб'єктів, що наділені контрольними функціями.

До посадових осіб та органів, які наділені контрольними функціями за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій, належать:

- керівники уповноважених оперативних підрозділів;
- слідчі, керівники слідчих підрозділів;
- прокурори, керівники прокуратур;
- слідчі судді, суд.

Розглянемо обсяг та порядок реалізації контрольних функцій вказаних осіб більш детально.

#### **Контрольні функції керівників оперативних підрозділів**

Після того, як слідчий, прокурор надсилає доручення керівнику органу, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення і у складі якого знаходяться оперативні підрозділи, уповноважені на проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 246 КПК України), керівник органу відповідно до відомчих нормативно-правових актів визначає виконавця – оперативний підрозділ (оперативні підрозділи) – і здійснює контроль за їх роботою у відповідності до відомчих нормативно-правових актів. Вказані підрозділи мають право використовувати спеціальні технічні засоби та конфіденційне співробітництво у встановленому порядку [9].

Перш за все керівники оперативних підрозділів повинні слідкувати, щоб уповноважені оперативні підрозділи не виходили за межі доручень слідчого, прокурора (ст. 41 КПК). За необхідності вони зобов'язані повідомляти про виявлення обставин, які мають значення для кримінального провадження та вимагають нових процесуальних рішень слідчого, прокурора. Водночас під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітники уповноваженого оперативного підрозділу не мають права здійснювати процесуальні дії за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора.

Начальником уповноваженого оперативного підрозділу також здійснюється контроль за дотриманням строків і повноти виконання доручення слідчого, прокурора (п. 3.12 Інструкції).

За результатами виконання доручення оперативний співробітник складає рапорт із зазначенням доручення, що підлягало виконанню, залучених при цьому сил і засобів, а також результатів виконання.

Начальник уповноваженого оперативного підрозділу приймає рішення шляхом накладення резолюції на рапорті стосовно можливості направлення протоколу та додатків до нього прокурору чи вжиття заходів до належного виконання доручення.

Протокол та додатки до нього не пізніше 24 годин після складання надаються прокурору, зазначеному в дорученні. Матеріали, що можуть розшифрувати конфіденційні джерела отримання інформації, не надаються.

Подальший контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій керівниками оперативних підрозділів здійснюється після виконання відповідної негласної слідчої (розшукової) дії. Його широко використовують в органах внутрішніх справ, оскільки такий контроль дозволяє досить повно вивчити діяльність системи управління та визначити напрями її вдосконалення. Цей вид контролю спрямовано не лише на виявлення негативних явищ, а й наявних позитивних фактів. Його мета – аналіз загального стану роботи й усунення недоліків, що були виявлені під час перевірки. Матеріали перевірок оформляються відповідно до внутрішньовідомчих нормативних актів. За допомогою подальшого контролю виявляються порушення законності, а також винні у цих порушеннях оперативні працівники. Таким чином, контроль забезпечує невідворотність відповідальності, а також дозволяє реалізувати пізнавальну й регулятивну функції [6].

#### **Контрольні функції слідчих та керівників слідчих підрозділів**

Слідчий може проводити негласні слідчі (розшукові) дії самостійно або спільно з уповноваженими оперативними підрозділами, залучати до їх проведення інших осіб, а також доручати їх проведення уповноваженим оперативним підрозділам (п. 6 ст. 246 КПК України). Відповідно до цього слідчий має контрольні повноваження щодо реалізації оперативними підрозділами своїх доручень.

Керівник слідчого підрозділу в межах своїх повноважень здійснює контроль за правильністю оформлення доручення слідчого. Зокрема доручення повинно бути мотивованим, містити інформацію, яка необхідна для його виконання, містити конкретне завдання і визначені строки виконання, а також повинні бути визначені конкретний прокурор, якому слід направляти матеріали в порядку ст. 252 КПК України, порядок взаємодії між слідчим, прокурором і уповноваженим оперативним підрозділом та терміни складання протоколів про хід і результати проведеної негласної слідчої (розшукової) дії [9].

Крім того, керівник слідчого органу відповідно до відомчих нормативно-правових актів визначає виконавця – оперативний підрозділ (оперативні підрозділи), а також контролює дотримання строків і повноту виконання доручення.

Під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий або уповноважений оперативний підрозділ, який виконує доручення, має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом (ст. 275 КПК України).

Керівники відповідних підрозділів здійснюють контроль за дотриманням строків проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а у випадках, передбачених КПК, можуть продовжувати строки їх проведення. Так, строк проведення негласної слідчої (розшукової) дії може бути продовжений:

– керівником органу досудового розслідування, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за його або слідчого рішенням, – до шести місяців;

– начальником самостійного підрозділу відповідного правоохоронного органу, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за рішенням слідчого, – до дванадцяти місяців;

– Міністром внутрішніх справ України, головою Служби безпеки України, керівником центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, головою Державного бюро розслідувань, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за рішенням слідчого, – до вісімнадцяти місяців.

#### **Контрольні функції прокурорів, керівників прокуратур**

Контрольні функції прокурора щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій реалізуються на різних етапах їх проведення. Перш за все прокурор подає слідчому судді клопотання або погоджує клопотання слідчого про проведення негласної слідчої (розшукової) дії, а у випадках, передбачених КПК, самостійно дозволяє проведення таких дій. Виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України).

Предметом контролю прокурора на цьому етапі є:

1) наявність законних підстав до проведення певної негласної слідчої (розшукової) дії (юридична обґрунтованість негласної слідчої (розшукової) дії);

2) наявність фактичних підстав (фактична обґрунтованість негласної слідчої (розшукової) дії);

3) додержання процедури отримання дозволу на її проведення.

Розгляд та погодження прокурором клопотання слідчого про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії здійснюється невідкладно з моменту надходження. Прокурором вивчаються матеріали кримінального провадження, які є підставою для прийняття рішення про погодження клопотання. Відмова у погодженні клопотання приймається у формі постанови і не виключає повторного звернення слідчого після отримання додаткових доказів або усунення недоліків, вказаних прокурором у рішенні.

У постанові про відмову прокурор, за наявності підстав, може категорично відмовити у погодженні клопотання слідчого або вказати на окремі недоліки, які необхідно усунути, чи на додаткові докази, які необхідно зібрати.

У процесі проведення негласної слідчої (розшукової) дії прокурор контролює, перш за все, додержання встановлених строків її проведення. У рішенні про проведення негласної слідчої (розшукової) дії обов'язково зазначається строк її проведення (ч. 5 ст. 246 КПК України). Строк проведення негласної слідчої (розшукової) дії може бути самостійно продовжений прокурором до вісімнадцяти місяців, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за його рішенням.

Крім того, прокурор зобов'язаний не допускати безпідставного обмеження прав та свобод людини при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій. Так, у ч. 5 ст. 249 КПК йдеться про обов'язок прокурора прийняти рішення про припинення подальшого проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо в цьому відпала необхідність.

Прокурор має право заборонити проведення ще не розпочатої негласної слідчої (розшукової) дії, оформивши своє рішення вмотивованою постановою (ст. ст. 110, 246, 249 КПК України).

Прокурор зобов'язаний припинити подальше проведення негласної слідчої (розшукової) дії за іншими підставами, викладеними ним у постанові, що негайно надається керівнику органу, який проводить негласну слідчу (розшукову) дію за дорученням слідчого, прокурора, або слідчому, який безпосередньо проводить зазначені дії (ст. ст. 246, 249 КПК України).

Прокурор також здійснює контроль за результатами проведення певної негласної слідчої (розшукової) дії. Керівник органу, якому доручено виконання негласної слідчої (розшукової) дії, повинен негайно повідомити прокурора та слідчого про неможливість виконання доручення, його затримку з обґрунтуванням причини і повідомленням про вжиття заходів для подолання перешкод у виконанні доручення [13].

Після завершення проведення негласних слідчих (розшукових) дій прокурор здійснює контроль за письмовим повідомленням особи, конституційні права якої були тимчасово обмежені під час їх проведення, а також підозрюваного, його захисника про таке обмеження (ст. 253 КПК України). У повідомленні зазначається вид негласної слідчої (розшукової) дії, а також подальше використання отриманих матеріалів у кримінальному провадженні або їх знищення.

Інструкція надає певні контрольні функції не тільки прокурору, який погоджує проведення певної негласної слідчої (розшукової) дії, або безпосередньо приймає рішення про її проведення, але й керівнику відповідної прокуратури. Так, згідно з п. 4.3.2 Інструкції, прокурор досліджує отриману інформацію, визначену в п. 4.3.1 Інструкції, і в разі підтвердження даних про виявлення ознак кримінального правопорушення, яке не розслідується в даному кримінальному провадженні, узгодивши це питання з керівником прокуратури, складає відповідне клопотання і вносить його на розгляд слідчому судді. Вказане не виключає застосування вищими за рангом прокурорами інших форм контролю за діяльністю підлеглих прокурорів, передбачених Законом України «Про прокуратуру».

#### **Контрольні функції слідчих суддів, суду**

Враховуючи, що негласні слідчі (розшукові) дії можуть суттєво обмежувати конституційні права й свободи громадян, на слідчому судді, який приймає рішення про можливість проведення негласної слідчої (розшукової) дії, законодавець покладає широкі контрольні функції за дотриманням прав і свобод громадян [4].

Перш за все ці контрольні функції реалізуються через надання дозволів на проведення тієї чи іншої негласної слідчої (розшукової) дії. Це є формою попереджувального контролю, спрямованого на недопущення порушень прав та свобод особи при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій. Так, з 13 видів негласних слідчих (розшукових) дій 10 проводяться з дозволу слідчого судді (таблиця 1).

Таблица 1

**Підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій**

№ п/п	Негласна слідча (розшукова) дія	Норма КПК	Підстава проведення	Особливості проведення
1	Аудіо-, відеоконтроль особи	ст. 260	ухвала слідчого судді	Прокурор, слідчий за погодженням з прокурором зобов'язаний звернутися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на втручання у приватне спілкування
2	Накладення арешту на кореспонденцію	ст. 261	ухвала слідчого судді	те саме
3	Огляд і виїмка кореспонденції	ст. 262	ухвала слідчого судді	те саме
4	Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (КПК України)	ст. 263	ухвала слідчого судді	те саме
5	Зняття інформації з електронних інформаційних систем без відома її власника, володільця або утримувача (КПК України)	ст. 264	ухвала слідчого судді	те саме
6	Обстеження публічно не доступних місць, житла чи іншого володіння особи (КПК України)	ст. 267	ухвала слідчого судді	
7	Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу	ст. 268	ухвала слідчого судді	
8	Спостереження за річчю або місцем у публічно доступних місцях	ч. 1 ст. 269	постанова слідчого, погоджена з керівником органу досудового розслідування, або постанова прокурора	
9	Спостереження за особою в публічно доступних місцях (КПК України)	ч. 2 ст. 269	ухвала слідчого судді	Спостереження може бути розпочато на підставі постанови слідчого, прокурора лише у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню окремих тяжких або особливо тяжких злочинів
10	Аудіо-, відеоконтроль місця	ст. 270	ухвала слідчого судді	
11	Контроль за вчиненням злочину	ст. 271	постанова прокурора	Якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді
12	Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації	ст. 272	постанова слідчого, погоджена з керівником органу досудового розслідування, або постанова прокурора	
13	Негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (КПК України),	ст. 274	ухвала слідчого судді	

Під час надання дозволів слідчий суддя перевіряє як фактичну обґрунтованість проведення певної негласної слідчої (розшукової) дії, так і додержання процесуального порядку звернення за дозволом.

Зокрема слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо прокурор, слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що:

1) був вчинений злочин відповідної тяжкості;

2) під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин.

Слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії протягом шести годин з моменту його

отримання. Розгляд клопотання здійснюється за участю особи, яка подала клопотання (ст. 248 КПК). Ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії повинна відповідати загальним вимогам досудових рішень. В ухвалі обов'язково зазначається строк її дії (п. 5 ч. 4 ст. 248 КПК).

Якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за рішенням слідчого судді, строк її проведення може бути продовжений виключно слідчим суддею у порядку, передбаченому статтею 249 КПК.

Водночас судовий контроль за проведенням негласної слідчої (розшукової) дії не обмежується контрольними функціями слідчого судді. Отримані внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій відомості можуть стати доказами у кримінальному провадженні винятково за рішенням суду на стадії судового розгляду [2]. Якщо судом будуть виявлені порушення порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій, отримані докази повинні бути визнані недопустимими (ст. 86 КПК). Це дозволяє розглядати оцінку судом доказів, здобутих за допомогою проведення негласних слідчих (розшукових) дій, як важливу форму подальшого контролю.

#### Контроль за дотриманням режиму секретності

Окремим аспектом контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій є контроль за дотриманням режиму секретності. Правову основу захисту інформації при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій становлять Закон України «Про державну таємницю», Порядок організації та забезпечення режиму секретності в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 02.10.2003 р. № 1561–12, Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затверджений наказом Служби безпеки України від 12.08.2005 р. № 440, та інші нормативно-правові акти.

Після завершення проведення негласних слідчих (розшукових) дій прокурор складає постанову про прийняття рішення щодо розсекречення їх матеріалів. Постанова прокурора, який здійснює повноваження прокурора в конкретному кримінальному провадженні у формі процесуального керівництва, погоджується з керівником відповідного органу прокуратури. Керівник органу прокуратури надсилає керівнику органу, яким засекречено матеріали, клопотання, в якому зазначаються підстави для скасування грифа секретності, обліковий номер та назва матеріалів.

Керівник органу, де здійснено засекречування матеріалів, після одержання клопотання в максимально стислий строк, але не більше 10 діб, створює експертну комісію з питань таємниці, яка вирішує питання розсекречення матеріалів (розд. V Інструкції).

**Висновки.** Система контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій є гарантією дотримання принципу верховенства права у сфері кримінального судочинства, та механізмом, що запобігає протиправному або необґрунтованому обмеженню конституційних прав і свобод особи. Детальна процесуальна регламентація порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій, встановлення прокурорського та судового контролю за їх здійсненням, передбачені законом гарантії ознайомлення зацікавлених сторін з їх результатами, є вагомою гарантією того, що негласні слідчі (розшукові) дії не будуть застосовані для безпідставного кримінального переслідування [2].

Головними суб'єктами, що наділені контрольними повноваженнями під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, є слідчий, прокурор, керівник слідчого підрозділу, слідчий суддя, суд, а також (на підставі внутрішньовідомчих нормативних актів) керівники оперативних підрозділів. Найбільш широкими контрольними повноваженнями наділені судові органи в особі слідчого судді, що відповідає принципу верховенства права.

При визначенні правових механізмів контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій законодавець найбільш детально врегулював попередній контроль, що відповідає меті попередження порушень у цій сфері. Водночас законодавчо недостатньо врегульований подальший контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема порядок, періодичність та підстави проведення відповідних перевірок, форми звітності тощо. На сьогодні при проведенні таких перевірок посадові особи відповідних підрозділів у певних випадках мають керуватися відомчими нормативними актами, розробленими ще до ухвалення КПК 2012 року.

Недостатньо чітко врегульовано процесуальний порядок повідомлення та наслідки неповідомлення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема форму такого повідомлення, наслідки порушення строків тощо.

Відомчий контроль повинен охоплювати всі сторони діяльності оперативних підрозділів, усі аспекти застосування ними спеціальних сил, засобів і методів та всіх осіб, які реалізують негласні слідчі (розшукові) дії. Результативність такого контролю залежить від ефективності організації його проведення. Тому необхідною є конкретизація контрольних функцій керівників слідчих та оперативних підрозділів, зокрема спеціалізованих, щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

#### Список використаної літератури

1. Азаров Ю. І. Новий Кримінальний процесуальний кодекс України : здобутки та шляхи удосконалення / Ю. І. Азаров, С. О. Заїка // Юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ. – К. : НАВС. – 2013. – № 1. – С. 92–98.
2. Білічак О. А. // Науково-практична Інтернет-конференція 29.05.2014 р. – Секція №5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com\\_content&view=category&id=101%3A5-0514&Itemid=125&lang=ru](http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=category&id=101%3A5-0514&Itemid=125&lang=ru).
3. Бражник Ю. Ю. Негласні слідчі (розшукові) функції у кримінальному процесі // Право і безпека. – 2012. – № 4. – С. 135–139.
4. Гусаров С. М. Діяльність органів внутрішніх справ України із забезпечення прав і свобод людини та громадянина // Віче. – 2013. – № 4. – С. 8–11.
5. Керевич О. В. Інститут негласних слідчих (розшукових) дій за новим КПК / О. В. Керевич // Право і суспільство. – 2012. – № 5. – С. 140–144.
6. Кислий А. М. Актуальні питання організації відомчого контролю за оперативно-розшуковою діяльністю // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2013. – № 1(29) – С. 212–216.
7. Негласні слідчі (розшукові) дії : [курс лекцій] / [С. І. Ніколаюк, В. В. Паливода, О. І. Козаченко, О. С. Тарасенко та ін.] ; за заг. ред. Д. Й. Никифорчука. – К. : НАВС., 2012. – 177 с.
8. Погорєцький М. А. Негласні слідчі (розшукові) дії : проблеми провадження та використання результатів у доказуванні // юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ. – К. : НАВС. – 2013. – № 1. – С. 270–277.



9. Скулиш Є. Д. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – С. 15–23.

10. Сліпченко В. І. Перспективи реформування оперативно-розшукової діяльності (в контексті розробки нового КПК України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.cogr-lguvd.lg.ua/d120108.html>.

11. Становлення системи негласного розслідування у кримінально-процесуальному законодавстві України

: матеріали круглого столу (Київ, 07.10.2011 р.). – К. : Вид. ФОР ЛІПКАН О. С., 2011. – 168 с.

12. Фаринник В. І. Негласні слідчі (розшукові) дії // Юридичний вісник України. – 2012. – № 26. – С. 108–114.

13. Шилін М. О. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії : проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – № 1. – С. 59–64.



УДК 343.123.12

## ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ДОКАЗІВ

Андрій ЗАКЛЮКА,

заступник начальника

Державної фіскальної служби України в місті Києві

### SUMMARY

This paper examines the theoretical position these circumstances, subject to proof in criminal proceedings. The novelty of the article includes the definition of evidence, analysis, practice and application mechanism investigator, prosecutor, court during the preliminary investigation and trial. The author has provided definitions and interpretations of evidence established differences and provided a positive solution. All to provide an opportunity for further improvement institute evidence amendments to the Code of Ukraine. Available theoretical findings concerning the definition of evidence, facts and circumstances during the preliminary investigation and trial. Analyzes the theoretical position of divergence of interpretation of evidence in the Code of Ukraine. It is proposed to unique content and ways of further evidence of improvement.

**Key words:** evidence, evidence, circumstances, collection, evaluation, investigator, prosecutor, judge, court, participants side.

### АНОТАЦІЯ

Стаття розглядає теоретичні положення фактичних даних та обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Новизна статті включає визначення доказів, їх аналіз, практику та механізм застосування слідчим, прокурором, судом під час досудового розслідування та судового розгляду. Автором надається визначення термінів та тлумачення доказів, встановлюються розбіжності та надаються шляхи їх усунення. Все вказане робить можливим подальше удосконалення інституту доказів, внесення змін до КПК України. Надаються теоретичні висновки щодо визначення доказів, фактів, обставин під час досудового розслідування та судового розгляду. Аналізується положення теоретичних розбіжностей у тлумаченні доказів у КПК України. Пропонується єдиний зміст доказів та шляхи подальшого їх удосконалення.

**Ключові слова:** фактичні дані, докази, обставини, збирання, оцінка, слідчий, прокурор, суддя, суд, учасники, сторона.

**Актуальність статті** полягає у теоретичних та практичних розбіжностях, які виникли після вступу у дію КПК 2012 року. Окремі інститути та норми кримінального процесуального права, до яких входять теоретичні положення доказів, виявилися методологічно неспроможними. Концепція побудови доказів, що визначені у главі 4 КПК України, викликає практичні питання під час застосування та виконання даних норм права учасниками правосвідносин.

Доказове право є точкою опори, за допомогою якої слідчий, прокурор, суд встановлюють вину особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення. Докази мають фундаментальні суперечності між завданнями кримінального провадження щодо встановлення істини та законодавчим обмеженням, що передбачає процесуальні та правові дії відносно підозрюваного (обвинуваченого) у разі встановлення, закріплення та оцінки доказів. В окремих випадках під час проведення процесуальної процедури, коли при закріпленні доказів законом не встановлено його механізм, це призводить до суттєвого протиріччя між приватними та правовими інтересами учасників змагального процесу.

Автори розробки нового КПК України не могли залишити поза увагою інститут доказів. Формулювання нормативного змісту поняття доказів сьгодні викликає питання щодо термінологічного тлумачення, яке в закріплених дефініціях тексту нормативних актів не дає відповіді про механізм застосування доказів.

**Мета статті** передбачає аналіз наукових позицій, їх визначення, надання теоретичних викладок, що повинні мати єдиний зміст доказів під час їх оцінки слідчим, прокурором, судом.

**Новизна** статті включає визначення доказів, їх аналіз, практику та механізм застосування слідчим, прокурором,

судом під час досудового розслідування та судового розгляду. Автором надається визначення термінів та тлумачення доказів, встановлюються розбіжності та надаються шляхи їх усунення. Все вказане робить можливим подальше удосконалення інституту доказів, внесення змін до КПК України.

Перш ніж почати виклад загального матеріалу, необхідно визначити зміст ст. 84 КПК України, а саме закон, що встановлює докази як фактичні дані, отримані у передбаченому Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Автори КПК змінили ряд ключових термінів, які були визначені ще в Статуті Кримінального Укладення 1864 року науковцями, які домагалися єдиного визначення доказів: В.І. Вікторським, А.Я. Вишинським, М.М. Гродзинським, Ю. М. Грошевим, О.М. Ларіним, М.С. Строгови-чем, В.М. Савицьким та ін. [2; 3; 5; 6; 8; 12; 13].

По-перше, словосполучення «фактичні дані» у новій редакції правової норми ст. 84 КПК не завершує багаторічної дискусії про поняття доказів, яка велася між вченими. Зміст дискусії було зведено до визначення доказів як факту, джерела, відомостей та ін.

По-друге, у ст. 85 КПК при тлумаченні словосполучення «належність доказів» перераховані об'єкти, які мають значення для кримінального провадження. Так, джерела доказів змінили свій процесуально-правовий статус та були трансформовані в самі ці відомості.

Після проведених змін у КПК України науковці в літературі почали дискусію. У підручниках з курсу «Кримінальний процес», у коментарях до КПК, в яких були прийняті встановлені концепції, одні й ті ж положен-

ня тлумачаться неоднозначно [4, с. 147]. Джерела доказової інформації називаються «видами доказів», хоча цей термін логічно використовувати при класифікації доказів. У висловлюваннях вчених зустрічаються висновки, що доказами є достовірно встановлені факти або пізнана реальність у процесуальній формі. Однак найбільш насторожує те, що докази – це не будь-які відомості.

Всі зазначені висловлювання надають підстави для повернення до теорії формальної оцінки доказів та ігнорують фундаментальні дослідження вчених, проведені за десятиліття існування кримінального процесуального права.

Виклад загального матеріалу. Докази в кримінальному процесуальному та судовому праві пов'язані з проблемою визначення джерела доказів, умовами допустимості, відносності та недопустимості, системою доведення фактів як доказів під час судового розгляду. Вказані проблеми доказів виникли у разі застосування їх юридичної форми, яка встановила декілька ознак цього правового поняття. Багато вчених, які є прихильниками традиційних доктрин визначення доказів, та нових авторів, які підтримують положення КПК, стали на захист своїх думок.

Перші, заслужені, вчені, які мають безсумнівний авторитет (О.М. Ларін, В.М. Савицький, В.Т. Томін, С.А. Шейфер), пропонують відмовитися від вживання терміна «джерело доказів», стверджуючи, що дана правова категорія існує в дійсності, але потребує нового найменування. Слово «джерело» не є науковим у кримінальному провадженні тому, що показання свідка, який не може чітко визначити джерело своєї інформації, можна замінити на словосполучення «фактичні дані» [16, с. 122; 8, с. 49–52; 12, с. 22].

Аналіз словосполучення «джерело доказів» дає підстави для його визначення як участі учасника кримінального провадження на досудових та судових стадіях процесу, від яких виходять ці фактичні дані. Слід зазначити, що новий КПК України встановив у ст. 3 КПК поняття сторони та учасника провадження. Тому сторона доказування має самостійний правовий інтерес та включена до збирання, встановлення, оцінки доказів. Учасник провадження повинен бути активним під час встановлення доказів, беручи участь у проведенні слідчих розшукових дій.

Новий КПК встановив, що категорія факту лежить в основі теорії доказів. Вітчизняна наука не звертала особливої уваги на розробку поняття факту щодо визначення доказів, доказування, встановлення істини. Окремі автори (В.М. Тертишник, В.В. Назаров) ототожнюють факт з об'єктивною реальністю, з подією кримінального правопорушення. Відповідно доказ трактується як «джерело факту» [10, с. 143; 14, с. 164].

Інші дослідники (О.М. Ларін, В.Т. Томін) розглядають факт як об'єктивне дане, достовірне зведення про реальну подію [8, с. 53; 16, с. 67].

Показовим є використання в тексті КПК терміна «обставини». З одного боку, його вживання складає об'єкт пізнання суб'єкта, а з іншого, цей термін використовується в тому ж значенні, що і термін «докази».

Наприклад, у змісті обвинувального акта у ст. 291 КПК зазначено, що в ньому повинні бути вказані обставини, кваліфікація кримінального правопорушення, формулювання обвинувачення. Визначення доказової бази, яка підтверджує обвинувачення, немає, що ставить обвинувальний акт у ряд процесуальних, а не підсумкових, документів. Не можна, розмірковуючи про докази, змішувати обставини за фактами, подію кримінального правопорушення або знання про цю подію.

Кримінальний цикл у кримінальному процесі може встановлювати, що факт – це склад кримінального правопорушення, однак важко не погодитися з тим, що під час пізнання, збирання, оцінки доказів суд не повинен використовувати фрагменти події, а повинен встановити її.

З даного аналізу можна зробити висновок, що факт кримінального правопорушення є елементом об'єктивної реальності, але вживання терміну «фактичні дані» в тексті КПК слід розуміти як відомості, знання про явища об'єктивної реальності. Факти – це те, чим доводять і що доводиться. Факти – це обставини події, якими обмінюються учасники кримінального провадження у процесі доказування. Іншими словами, КПК допускає двозначність поняття фактичних даних. Законодавець не проводить чіткого розмежування не тільки між інформацією і носієм інформації, але й тим, про що вказує отримана інформація під час проведення слідчих розшукових та негласних слідчих (розшукових) дій.

Мета доказування в класичному розумінні виступає як збирання фактів та їх оцінка для вирішення вини особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення. Не повинно бути різниці між об'єктивною реальністю та її ознаками. Факт виступає як суб'єктивне знання реальної події, яка є результатом аналізу, що формується за отриманим досвідом, розумом та допомогою апріорних форм. Факти важливі тому, що за допомогою їх процесуального закріплення слідчим, прокурором та підтвердження під час судового розгляду судом вони встановлюють істину як елемент реальності події на відміну від нашого знання, заснованого на фактах.

В.О. Коновалова та В.Ю. Шепітько у своїх монографічних дослідженнях вважали, що факт є доказом, який ми пізнаємо шляхом його процесуального закріплення. Тобто «А» – доказ – «В», які знаходяться у взаємозв'язку. Щоб переконатися в цьому, необхідно пройти через процедуру спостереження, дедукцію та індукцію [7, с. 23–25].

За допомогою логічної моделі слідчий пізнає подію кримінального правопорушення. Сторона обвинувачення, учасники процесу не просто відображають об'єктивну реальність, а переломлюють її у своїй свідомості через призму наявних знань, використовуючи прийоми логічних операцій, а саме систему спеціальних і загальних знань.

Докази мають критерії належності, які лежать в основі доведення правила відносності і впливають із загального логічного процесу збирання та оцінки. Кожен факт має відношення до іншого. Вони обумовлюють ймовірність появи інших фактів, що у свою чергу є змістом відносності.

Л.І. Петражицький, М.В. Жогін, В.Г. Танасевич, А.Р. Ратинов, М.М. Полянський підкреслювали, що належність доказів визначає їх допустимість [11, с. 11; 15, с. 233].

А.Я. Вишинський писав, що належність виступає як зворотна сторона допустимості. Більше того, належність є початком, на якому знаходиться доказ-факт. Властивість відносності доказів зумовлює як перші цілеспрямовані дії учасника кримінального провадження з виявлення слідів кримінального правопорушення, так і подальше їх використання у доведенні як доказів [3, с. 187].

Правило процесуального доказування полягає в тому, що докази допускають будь-які фактичні дані, що здатні встановити обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Щоб показання стало фактом, необхідно, щоб суд перевірів його та повірив у нього. Достовірність будь-якого показання свідка є

умовна, оскільки воно відображає приватне знання. У суді окремий доказ може бути не підтверджений, його правдоподібність не співвідноситься з іншими доказами, а саме показаннями учасників судового розгляду, тому доказ не може бути допустимим та стати фактом для суду [9, с. 104].

Свідок мовчить, поки йому не будуть поставлені питання стороною обвинувачення, захисту, судом. Щоб отримати докази від свідка в судовому засіданні з протоколу проведення слідчої розшукової дії, її необхідно проінтерпретувати, виявити факти, які підтверджують вину обвинуваченого.

Судовий факт відрізняється від слідчого тим, що він має речове підтвердження у присутності учасників кримінального провадження в судовому засіданні.

Як свідчить практика та аналіз судового розгляду кримінальних проваджень, у 30 % свідок відмовляється від своїх показань, посилаючись на те, що слідчий не так його зрозумів під час проведення слідчої розшукової дії, 25 % вказують, що не можуть під час судового засідання згадати про обставини кримінального правопорушення, 5 % не з'являються до суду, щоб не давати показання, бо не впевнені, що можуть їх не змінити, і тільки 40 % надають факти кримінального правопорушення, які вони змогли відзначити під час його вчинення.

**Висновок.** Подія кримінального правопорушення складає предмет доказування. Коли визначають обставини правопорушення, а саме місце, час, спосіб вчинення правопорушення, мається на увазі реальність, незалежність, повне та неупереджене дослідження всіх обставин. Під час судового засідання суд цікавить юридична сторона об'єктивної реальності, бо вона відображає об'єкт пізнання, його правові елементи. Юридичний факт включає не обставини, а об'єктивну реальність, яка мала місце під час вчинення кримінального правопорушення. У суді речові докази, які надає свідок, потерпілий та інші учасники судового розгляду, для суду стають подією. Наприклад, склад кримінального правопорушення, розмір шкоди, інші елементи юридичної моделі в реальності у судовому засіданні надаються як нове уявлення. Таким чином, обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, – це явища об'єктивної реальності, до яких повинен бути віднесений юридичний фактор.

Пропонуємо внести зміни до ст. 85 КПК України доповнити її, вказавши, що доказуванню підлягає юридичний факт, який встановлений у разі вчинення кримінального правопорушення.

### Список використаної літератури

1. Безлепкин Б. Т. Уголовный процесс России : [учеб. пособие] / Б. Т. Безлепкин. – 6-е изд. перераб. и доп. – М. : КНО-РУС, 2010. – С. 111.
2. Викторский С. И. Русский уголовный процесс. учебник / С. И. Викторский. – М. : 1997. – 310 с.
3. Вышинский А. Я. Теория судебных доказательств в советском праве / А. Я. Вышинский. – М. : Госюриздат, 1946. – 327 с.
4. Голунский С. А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик / С. А. Голунский // Вопросы судопроизводства и судостройства в новом законодательстве СССР. – М., 1959. – С. 145–147. – Кн. 4. – М., 1937. – С. 145–147.
5. Гродзинский М. М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе / М. М. Гродзинский. – М. : Госюриздат, 1953. – 210 с.
6. Грошевой Ю. М. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України / Ю. М. Грошевой, Т. М. Мірошниченко. – Х. : Основа, 2002. – 110 с.
7. Коновалова В. Е. Тактика допроса при расследовании преступлений / В. Е. Коновалова, А. М. Сербулов. – К. : КВШ МВД СССР, 1978. – 110 с.
8. Ларин А. М. Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе / А. М. Ларин. – М. : Юрид. лит., 1961. – 220 с.
9. Лупинская П. А. О понятии судебных доказательств / П. А. Лупинская // Ученые записки ВЮЗИ. – М., 1968. – Вып. 71. – С. 104.
10. Назаров В. В. Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України / В. В. Назаров. – Х. : Золота миля, 2009. – 400 с.
11. Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности / Л. И. Петражицкий. – СПб., 1905. – С. 26.
12. Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве / В. М. Савицкий. – М. : Юрид. лит., 1975. – 120 с.
13. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Юриздат НКЮ СССР, 1958. – 440 с.
14. Тertiшник В. М. Гарантії істини та захисту прав і свобод людини в кримінальному процесі / В. М. Тertiшник. – Дніпропетровськ : Дніпр. державний ун-т внутрішніх справ, 2002. – 350 с.
15. Теория доказательств в советском уголовном процессе : [текст] / [Н. В. Жогин, В. Г. Танасевич, Г. М. Миньковский, А. Р. Рагинов, А. А. Эйман] ; под. ред. Н. В. Жогина. – М. : Юрид. лит., 1973. – 510 с.
16. Томин В. Т. Комментарий к КПК РФ / В. Т. Томин, М. П. Поляков, А. С. Александров. – М. : Спарк, 2002. – 356 с.



УДК 343.11

## ВИДІЛЕННЯ МАТЕРІАЛІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЯК ЗАХІД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ПІДОЗРЮВАНОВОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

**Василь КОЗІЙ,**

доцент кафедри підтримання державного обвинувачення  
Національної академії прокуратури України

### SUMMARY

The article considers the issues of severance of materials of pre-trial investigation in relation to suspected as to the means of providing of safety. The selection of materials of pre-trial investigation, it is related to the necessity of providing of additional judicial guarantees of person, if takes place at presence of connection between persons and perfect by them crimes. Without regard to that it is not envisaged a penal judicial law such founding of selection of materials of pre-trial investigation, these actions not conflicting with the requirements of law. In the article such expediency is reasonable and the features of possible application are indicated.

**Key words:** criminal proceedings, joinder and severance of materials of a prejudiciary inquiry, joinder and severance of criminal proceedings.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено питанням виділення матеріалів досудового розслідування щодо підозрюваного як заходу забезпечення безпеки. Виділення матеріалів досудового розслідування пов'язано з необхідністю забезпечення додаткових процесуальних гарантій особи за наявності зв'язку між особами та вчиненими ними злочинами. Незважаючи на те, що кримінальним процесуальним законом не передбачено такої підстави виділення матеріалів досудового розслідування, як захід забезпечення безпеки, таке виділення не суперечить вимогам кримінального процесуального закону. У статті обґрунтовано його доцільність і вказано особливості можливого застосування.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, об'єднання й виділення матеріалів досудового розслідування, об'єднання й виділення кримінальних проваджень.

**Постановка проблеми.** У кримінальній процесуальній доктрині підстави для об'єднання й виділення матеріалів досудового розслідування та кримінальних проваджень пов'язані з наявністю зв'язку між особами та злочинами. І хоча виділення кримінального провадження пов'язується також із необхідністю забезпечення додаткових процесуальних гарантій підозрюваного й обвинуваченого (виділення кримінального провадження щодо неповнолітнього під час укладення угод), виділення проваджень не розглядається як захід забезпечення безпеки.

Проте виділення матеріалів досудового розслідування та кримінальних проваджень також може бути застосовано як захід забезпечення безпеки в кримінальному провадженні.

**Метою статті** є дослідження виділення матеріалів досудового розслідування як заходу забезпечення безпеки.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» (далі – Закон) підставою для вжиття заходів забезпечення безпеки осіб, зазначених у ст. 2 цього закону, є дані, що свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу й майну.

Приводом для вжиття заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів може бути:

а) заява учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича;

б) звернення керівника відповідного державного органу;

в) отримання оперативної й іншої інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу й майну зазначених осіб [5].

Право на забезпечення безпеки, відповідно до ст. 2 вказаного закону, за наявності відповідних підстав мають:

– особа, яка заявила до правоохоронного органу про кримінальне правопорушення або в іншій формі брала участь чи сприяла виявленню, попередженню, припиненню або розкриттю кримінальних правопорушень;

– потерпілий і його представник у кримінальному провадженні;

– підозрюваний, обвинувачений, захисники й законні представники;

– цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники в справі про відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням;

– представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження;

– свідок;

– експерт, спеціаліст, перекладач і понятий;

– члени сімей і близькі родичі осіб, перерахованих у попередніх пунктах цієї статті, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них робляться спроби вплинути на учасників кримінального судочинства.

Органи, які забезпечують безпеку осіб у кримінальному провадженні, поділяються на дві групи: органи, які приймають рішення про застосування заходів безпеки, та органи, які здійснюють заходи безпеки (ст. 3 Закону). До перших відносяться слідчий, прокурор, суд, орган (підрозділ), що здійснює оперативно-розшукову діяльність, і слідчий суддя; до других – спеціальні підрозділи органів служби безпеки, органів внутрішніх справ або Національного антикорупційного бюро України, командири військових частин, відповідні підрозділи установ виконання покарань та слідчих ізоляторів.

Заходи забезпечення безпеки учасників кримінального провадження визначені в ст. 7 Закону. До них віднесено такі: а) особиста охорона, охорона житла й майна; б) видача спеціальних засобів індивідуального захисту та сповіщення про небезпеку; в) використання технічних засобів контролю та прослуховування телефонних та інших переговорів, візуальне спостереження; г) заміна документів і зміна зовнішності; д) зміна місця роботи або навчання; е) переселення в інше місце проживання; є) поміщення до дошкільної виховної установи або установи органів соціального захисту населення; ж) забезпечення конфіденційності відомостей про особу; з) закритий судовий розгляд.

З урахуванням характеру та ступеня небезпеки для життя, здоров'я, житла й майна осіб, взятих під захист, можуть здійснюватися й інші заходи безпеки.

Усі вказані в ст. 7 Закону заходи безпеки, за винятком закритого судового розгляду, не є процесуальними, оскільки не стосуються особливої процедури й порядку здійснення кримінального провадження.

Недоліком законодавчої регламентації застосування заходів безпеки є те, що вони регулюються окремим законом, і норми, які їх стосуються, відсутні в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України).

КПК України 1960 р., на відміну від чинного, містив норми, які регламентували забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві. Так, ч. 1 ст. 52-1 містила положення про те, що особи, які беруть участь у кримінальному судочинстві, у разі наявності реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу чи майну мають право на забезпечення безпеки [4].

Статті 52-2–52-5 КПК України 1960 р. регламентували права й обов'язки осіб, щодо яких здійснюються заходи безпеки, передбачали нерозголошення відомостей про особу, щодо якої здійснюються заходи безпеки, порядок скасування заходів безпеки, оскарження рішень про відмову в застосуванні заходів безпеки або про їх скасування.

У зв'язку з відсутністю в чинному КПК України таких норм науковцями висловлюються думки щодо необхідності доповнення ними останнього.

Так, на думку О.В. Захарченко, Кримінальний процесуальний кодекс України варто доповнити окремою главою, яка була б присвячена проблемі забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві. Ця глава повинна містити такі дані:

– коло осіб, які підлягають захисту від протиправного впливу;

– підстави застосування заходів безпеки;

– визначення, які стосуються цього питання;

– процесуальний порядок застосування заходів безпеки;

– права й обов'язки органів, які забезпечують безпеку, під час організації та здійснення захисту осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві, а також їх відповідальність за неналежне виконання чи невиконання обов'язків захисту [1, с. 217].

Разом із тим чинним КПК України передбачено значну кількість процесуальних заходів безпеки учасників кримінального провадження.

Так, В.В. Касько та А.М. Орлеан до заходів безпеки й інших процесуальних можливостей відносять також:

– допит свідка/потерпілого й одночасний допит двох і більше вже допитаних осіб у судовому засіданні слідчим

суддею під час досудового розслідування, у тому числі дистанційно (ч. 1 ст. 225, ч. 2 ст. 232 КПК України);

– впізнання поза візуальним і аудіоспостереженням особи, яку пред'являють для впізнання (ч. 4 ст. 228 КПК України);

– допит/впізнання в режимі відео-конференції в ході досудового розслідування (ст. 232 КПК України) та процесуальні дії в режимі відеоконференції під час судового провадження (ст. 336 КПК України);

– допит у суді свідка, потерпілого, обвинуваченого з використанням технічних засобів з іншого приміщення чи в інший спосіб, що виключає ідентифікацію особи, у разі потреби – зі створенням акустичних перешкод (ч. 9 ст. 352, ч. 2 ст. 353, ч. 3 ст. 351 КПК України);

– допит свідка за відсутності певного допитаного свідка (п. 3 ст. 352 КПК України);

– допит особи, яка перебуває за кордоном, за допомогою відеоконференції або телефонної конференції в порядку міжнародної правової допомоги (ст. 567 КПК України);

– відсторонення від посади службової особи, яка в силу службового становища може чинити тиск на особу, взяту під захист (положення ст. 154 КПК України щодо підозрюваного чи обвинуваченого);

– запобіжні заходи у вигляді домашнього арешту або тримання під вартою (положення ст. 176, п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК України щодо підозрюваного чи обвинуваченого);

– покладення слідчим суддею, судом певних обов'язків на особу під час обрання їй запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою (не відлучатися з певного населеного пункту, утримуватися від спілкування з конкретною особою, не відвідувати певні місця, носити електронний засіб контролю тощо (ч. ч. 5, 6 ст. 194 КПК України);

– аудіо- і відеоконтроль особи, місця, спостереження за особою або місцем, арешт, огляд і виїмка кореспонденції, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та електронних інформаційних систем, обстеження публічно недоступних місць, житла, іншого володіння особи, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу тощо (ст. ст. 258, 267–270 КПК України) [2, с. 18–19].

Таким чином, кримінальним процесуальним законом передбачено значну кількість процесуальних гарантій забезпечення заходів безпеки учасників кримінального провадження.

До інших заходів забезпечення безпеки, які за конкретних обставин найкращим чином відповідають інтересам забезпечення безпеки учасників кримінального провадження, В.В. Касько та А.М. Орлеан відносять такі:

– офіційне письмове попередження особи, яка може потенційно загрожувати особі, взятій під захист, про кримінальну відповідальність, згідно зі ст. 386 Кримінального кодексу України (далі – КК України), за перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого або експерта до суду, органів досудового слідства, примушування їх до відмови чи давання показань чи висновку, а також за давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом погрози вбивством, насильством, знищенням майна цих осіб чи їх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, або підкуп свідка, потерпілого чи експерта з тією самою метою, а також погрозу вчинити зазначені дії з помсти за раніше дані показання або висновки;

– оголошення особи, взятої під захист, померлою чи безвісно відсутньою;

– усиновлення неповнолітньої особи, взятої під захист, яка втратила батьків внаслідок вчинення злочину;

– зміна домашнього й мобільного номерів телефону на номери, які не будуть відобразитися в телефонних довідниках та інформація щодо яких не буде надаватися операторами без спеціального дозволу;

– зведення до мінімуму відкритих контактів із представниками міліції у формі й використання таємних приміщень для контактів з особою тощо [2, с. 19–20].

Проте переважна частина таких процесуальних заходів стосується саме забезпечення безпеки свідків та потерпілих і не може бути застосована до підозрюваного чи обвинуваченого з метою його захисту від інших підозрюваних (обвинувачених).

Проте у випадках, коли одному з підозрюваних (обвинувачених) чи особі, щодо якої вирішуватимуться питання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, у випадку спільного вчинення злочинів (суспільно-небезпечних діянь) загрожує небезпека від інших підозрюваних або осіб, які діють у їх інтересах (особливо в кримінальних провадженнях про злочини, вчинені організованими групами чи злочинними організаціями), застосування виділення кримінального провадження в окреме. Захід забезпечення безпеки може бути чинником, який у сукупності з іншими таким заходами може дозволити досягнути мети їх застосування.

Так, у випадку виділення кримінального провадження щодо такої особи в окреме інше підозрювані будуть позбавлені відомостей як про дату, час і місце проведення слідчих (розшукових) дій, так і як про час, дату й місце розгляду судом виділеного кримінального провадження, а також зміст наданих такою особою показань. Відповідно, таке виділення сприятиме унеможливленню реалізації злочинних намірів щодо фізичного знищення особи, завдання шкоди його здоров'ю, вчинення на нього тиску. Крім того, таке виділення дозволить забезпечити підозрюваного від негативного впливу інших підозрюваних і сприятиме за наявності підстав укладенню угоди про визнання винуватості з прокурором або під час примирення з потерпілим.

Водночас укладення угоди як про визнання винуватості, так і про примирення з потерпілим, відповідно до вимог кримінального процесуального закону, є підставою для виділення кримінального провадження щодо підозрюваного (обвинуваченого) в окреме провадження (ч. 8 ст. 469 КПК України).

Отже, таке виділення можна розглядати як процесуальний захід забезпечення безпеки, адже якщо, наприклад, в угоді про визнання винуватості підозрюваній чи обвинуваченій зобов'язується співпрацювати з органом досудового розслідування чи прокурором у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою, у тому числі надати відповідні показання, то така співпраця несе в собі додаткові ризики й загрози для підозрюваного (обвинуваченого) з боку осіб, яких він зобов'язується викрити.

Крім того, можуть мати місце також випадки, коли підозрюваній бажає співпрацювати зі слідчим, прокурором щодо викриття інших підозрюваних у вчиненні ними спільних злочинів чи їх ролі у вчиненні злочинів, надання допомоги в пошуку речових доказів чи матеріальних цінностей, здобутих злочинним шляхом. Проте, незважаючи на таке сприяння, якщо не досягнуто згоди на укладення угоди, наприклад, у зв'язку з незгодою підозрюваного на виділення покарання, яке обумовлює прокурор, виділення матеріалів досудового розслідування може бути однією з додаткових процесуальних гарантій підозрюваного.

Можливим і доцільним, на нашу думку, є застосування виділення матеріалів досудового розслідування разом із таким заходом забезпечення безпеки, як конфіденційність даних про особу, у випадках, коли підозрювані незнайомі один з одним (наприклад, коли має місце спонтанне долучення особи до злочинної діяльності іншої особи) і один із них не визнає вини й може представляти загрозу для іншого, який згодний співпрацювати зі слідчим, прокурором.

Наприклад, російський науковець О.В. Приткова до засобів тактичної операції «Забезпечення безпеки підозрюваного (обвинуваченого), який уклав досудову угоду про співробітництво» відносить слідчі, інші процесуальні, оперативно-розшукові та інші дії, а також тактичні прийоми [7, с. 88].

Певним аналогом виділення матеріалів досудового розслідування (кримінального провадження) в окреме, на нашу думку, можна вважати такі заходи забезпечення безпеки засуджених, як ізольоване тримання, переведення в іншу установу виконання покарань і переведення в безпечне місце, які передбачені ст. 10 Кримінально-виконавчого кодексу України [3].

Аналогічно на стадії досудового розслідування й судового розгляду, відповідно до ст. 8 Закону України «Про попереднє ув'язнення», обвинувачених або підозрюваних в одному й тому самому кримінальному провадженні за наявності відповідного рішення особи або органу, які здійснюють кримінальне провадження, тримають роздільно [4].

Незважаючи на те, що кримінальним процесуальним законом не передбачено такої підстави виділення матеріалів досудового розслідування, як застосування заходу забезпечення безпеки, таке виділення не суперечить вимогам кримінального процесуального закону.

Так, за наявності зв'язку між особами та вчинення ними злочинами, єдиним законодавчим обмеженням щодо виділення провадження в окреме є положення ч. 4 ст. 217 КПК України, відповідно до якої матеріали досудового розслідування не можуть бути виділені в окреме провадження, якщо це може негативно вплинути на повноту досудового розслідування та судового розгляду. Проте виділення матеріалів досудового розслідування та кримінального провадження як застосування заходу безпеки потенційно може вплинути на повноту досудового розслідування й судового розгляду не більше, ніж виділення з інших підстав. Крім того, будь-які ризики такої неповноти за належного здійснення досудового розслідування та процесуального керівництва видаються неможливими в межах виділеного обсягу провадження.

Здійснення виділення кримінального провадження як заходу забезпечення безпеки потребує вирішення додаткових питань, зокрема щодо особи, уповноваженої на прийняття такого рішення, часових параметрів дії такого рішення й можливості його оскарження.

Так, відповідно до ч. 5 ст. 217 КПК України єдиним суб'єктом, уповноваженим об'єднувати чи виділяти матеріали досудового розслідування, є прокурор. Разом із тим згідно із ч. 2 ст. 3 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» рішення про застосування заходів безпеки приймається слідчим, прокурором, судом, у провадженні яких знаходяться кримінальні провадження щодо кримінальних правопорушень, у розслідуванні чи судовому розгляді яких брали або беруть участь особи, визначені

в ст. 2 цього закону, а також органом (підрозділом), що здійснює оперативно-розшукову діяльність, щодо осіб, які брали участь або сприяли виявленню, попередженню, припиненню злочинів.

На нашу думку, у плані тактики й методиці розслідування злочинів здійснення виділення кримінального провадження як заходу забезпечення безпеки процесуально доцільним є саме на стадії досудового розслідування, а отже, єдиним суб'єктом прийняття такого рішення на цій стадії має бути лише прокурор як особа, що визначає обсяг досудового розслідування, і відповідно, обвинувачення, яке потім підтримує в суді першої інстанції.

Таким чином, слідчий, одержавши заяву про загрозу безпеці підозрюваного, в обов'язковому порядку таку заяву невідкладно має передати прокурору, який здійснює процесуальне керівництво відповідним досудовим розслідуванням, щоб у строк більше трьох днів (а в невідкладних випадках і негайно) було прийнято рішення про застосування або відмову в застосуванні такого заходу безпеки, про що повинна бути винесена мотивована постановою прокурора.

Крім того, необхідність виділення кримінального провадження як застосування заходу забезпечення безпеки може мати місце також у суді, у тому числі в сукупності з іншими процесуальними заходами забезпечення безпеки (наприклад, із закритим судовим засіданням). У такому випадку єдиним суб'єктом застосування виділення кримінального провадження як заходу безпеки має бути суд.

Також потребує вирішення тривалість виділення матеріалів досудового розслідування (кримінального провадження) в окреме як застосування заходу безпеки.

У часових параметрах об'єднання й виділення кримінальних проваджень не має чіткого визначення, і у випадку прийняття такого процесуального рішення подальше досудове розслідування й судовий розгляд кримінального провадження можуть здійснюватися в тому обсязі, який має місце після об'єднання чи виділення. Водночас заходи безпеки, згідно зі змістом ч. 5 ст. 22 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», застосовуються на певний строк, і за наявності підстав для їх скасування відповідний суб'єкт, який їх застосував, виносить мотивовану постанову чи ухвалу про їх скасування, яка письмово доводиться до відома особи, до якої їх застосовано.

Таким чином, виникає питання зворотного об'єднання виділених матеріалів досудового розслідування чи кримінального провадження у випадку, коли загроза для підозрюваного перестала існувати. На нашу думку, вирішення вказаного питання потребує гнучкого підходу як із боку прокурора, так і з боку суду, і при цьому треба враховувати багато чинників. Зокрема, рішення про зворотне об'єднання кримінальних проваджень має прийматися з урахуванням обсягу необхідних слідчих (розшукових) та процесуальних дій, які необхідно виконати в ході досудового розслідування, а також обсягу доказів, які залишилися дослідити в суді, якщо провадження розглядається судом; відповідності такого рішення загальним засадам кримінального провадження. Відповідно, скасування за-

стосування такого заходу безпеки не повинно означати автоматичного зворотного об'єднання матеріалів досудового розслідування чи кримінального провадження. Таке об'єднання може мати місце лише на загальних підставах, як це передбачено ст. 217 КПК України.

Згідно із загальним правилом на стадії досудового розслідування, відповідно до ч. 6 ст. 217 КПК України, рішення про об'єднання й виділення матеріалів досудового розслідування не може бути оскаржено. Аналогічно з урахуванням положень ст. 392 КПК України не підлягає оскарженню ухвала суду про об'єднання й виділення кримінального провадження.

Водночас кримінальним процесуальним законом (п. 6 ч. 1 ст. 303 КПК України) передбачено можливість оскарження рішення, дії чи бездіяльності слідчого або прокурора під час застосування заходів безпеки особами, до яких можуть бути застосовані заходи безпеки, передбачені законом.

На нашу думку, вирішуючи питання можливості оскарження рішення про виділення матеріалів досудового розслідування як заходу забезпечення безпеки треба виходити з того, що відповідне виділення передусім є таким заходом, а отже, зважаючи на це, останнє має підлягати оскарженню в порядку, передбаченому КПК України, для оскарження заходів забезпечення безпеки.

**Висновки.** Таким чином, застосування виділення матеріалів досудового розслідування та кримінального провадження щодо підозрюваного й обвинуваченого можна розглядати як захід забезпечення безпеки, якому властиві певні особливості. Разом із тим вказані питання є дискусійними та потребують подальших наукових досліджень.

#### Список використаної літератури

1. Захарченко О.В. Застосування кримінально процесуальних заходів безпеки в ході судового розгляду / О.В. Захарченко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – № 4-2. – С. 214–217.
2. Касько В.В. Забезпечення безпеки учасників кримінального провадження щодо торгівлі людьми / В.В. Касько, А.М. Орлеан. – К. : ВАІТЕ, 2012. – 50 с.
3. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11.07.2003 р. № 1129-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1129-15>.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.
5. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві : Закон України від 23.12.1993 р. № 3872-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3782-12>.
6. Про попереднє ув'язнення : Закон України від 30.06.1993 р. № 3352-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3352-12>.
7. Прыткова Е.В. Обеспечение безопасности подозреваемого (обвиняемого), заключившего досудебное соглашение о сотрудничестве, как тактическая операция / Е.В. Прыткова // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2013. – № 4(26). – С. 85–90.



УДК 343.132.137

## УГОДА ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ В УКРАЇНІ ТА УГОДА ПРО ВИЗНАННЯ ВИНИ В РЕСПУБЛІЦІ МОЛДОВА: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Сергій ПАСЛАВСЬКИЙ,

здобувач кафедри кримінального процесу та криміналістики факультету з підготовки фахівців для підрозділів слідства Львівського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

This paper presents comparative analysis of two legal institutions: agreement on admission of guilt prescribed by the Code of Criminal Procedure of the Republic of Moldova, and agreement on guilt recognition foreseen by the Code of Criminal Procedure of Ukraine. The author examines the nature of legal regulation of the agreement on admission of guilt (Code of Criminal Procedure of Moldova) and agreement on guilt recognition (Code of Criminal Procedure of Ukraine). Special attention is paid for conditions and grounds for application of discussed institutions, as well as the procedural status of the parties, and court's role in this process. Furthermore, the paper outlines common and distinctive features between these institutions.

**Key words:** Republic of Moldova, Ukraine, agreement on admission of guilt, agreement on guilt recognition, prosecutor, defense counsel, defendant, court.

### АНОТАЦІЯ

У статті представлений порівняльний аналіз двох правових інститутів: угоди про визнання вини, передбаченої Кримінально-процесуальним кодексом Республіки Молдова, та угоди про визнання винуватості, передбаченої Кримінальним процесуальним Кодексом України. Досліджується питання сутності правового регулювання угоди про визнання вини (Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Молдова) та угоди про визнання винуватості (Кримінальний процесуальний кодекс України). Особлива увага приділяється умовам і підставам укладення вказаних угод, процесуальному статусу сторін, ролі суду в цьому процесі. Також окреслюються спільні та відмінні ознаки між вказаними інститутами.

**Ключові слова:** Республіка Молдова, Україна, угода про визнання вини, угода про визнання винуватості, прокурор, захисник, обвинувачений, підсудний, суд.

**Постановка проблеми.** Невпинний розвиток суспільних відносин будь-якої держави неминуче приводить до реформування її законодавства. Під час еволюції взаємин між суспільними групами та класами на певних етапах відбувається переосмислення старих стереотипів і починається активний пошук чогось нового, досконалішого, раніше невідомого національній правовій системі. Насамперед це стосується тих держав, які здобули свою незалежність відносно недавно. Саме до таких держав можна віднести Республіку Молдова та Україну.

Прийняття Верховною Радою України Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК України), який набрав чинності 20 листопада 2012 року, ознаменувало завершення найважливішого етапу реформи української системи кримінального судочинства. Система зазнала якісних змін насамперед через законодавчу регламентацію в КПК України раніше невідомих правових інститутів. Однією з істотних новел українського законодавства стала угода про визнання винуватості. Такий різновид особливого порядку кримінального провадження увібрав у себе ідею компромісного вирішення конфлікту між державою та правопорушником.

Схожі порядки кримінального провадження існують практично в усіх країнах Європейського Союзу та в переважній більшості країн пострадянського простору. Слід наголосити, що кожна держава застосовує названий інститут з урахуванням своїх правових традицій.

З-поміж указаних форм доцільно виділити угоду про визнання вини, яка передбачена законодавством Республіки Молдова. Такий інститут був законодавчо регламентований у Кримінально-процесуальному кодексі Республіки Молдова [2] (далі – КПК Республіки Молдова), який набрав чинності 12 червня 2003 року. Одним із важ-

ливих аспектів угоди про визнання вини за законодавством Республіки Молдова є те, що її законодавчо закріпили майже на десять років раніше, ніж в Україні. Як наслідок, судово-практика Республіки Молдова виробила єдині підходи щодо застосування цього правового інституту.

Вагомий внесок у дослідження інституту угоди про визнання вини зробили Ю.В. Баулін, В.М. Верещак, Ю.М. Грошевий, В.Г. Гончаренко, А.В. Курдова, В.Т. Мальяренко, В.Н. Махов, В.В. Молдован, Л.Л. Нескороджена, І.Л. Петрухін, М.А. Пешков, А.А. Плясунова, П.В. Пушкар, В.М. Тертишник, Г.О. Усатий. Станом на сьогодні окремі проблемні аспекти провадження на підставі угоди про визнання винуватості в Україні також досліджували В.І. Бояров, М.Й. Вільгушинський, О.Г. Добровольська, В.М. Кравчук, А.В. Лапкін, М.В. Лотоцький, М.В. Сіроткіна, Д.В. Філін, М.І. Хавронюк та інші.

Зазначені науковці здебільшого детально аналізували «класичну угоду про визнання вини», яка притаманна системам кримінального процесу Англії та США. Дослідження проводилися зазвичай через призму доцільності застосування цього інституту під час вирішення кримінально-правового конфлікту між державою та правопорушником. Досить часто аналізувались статистичні дані щодо застосування угоди про визнання вини в США. Проводилось вивчення питань, які стосувались правової природи угоди про визнання вини. Окрема увага приділялась процесуальному статусу підозрюваного чи обвинуваченого під час укладення угоди. Проводився порівняльно-правовий аналіз угоди про визнання вини, що притаманна країнам англосаксонської правової сім'ї, з угодою про визнання вини, яка регламентована на законодавчому рівні в країнах романо-германської правової сім'ї.

Сучасні дослідження угоди про визнання винуватості, передбаченої в українському законодавстві, стосуються, зокрема, питань доцільності імплементації цього інституту в КПК України. Окрема увага приділялась ролі прокурора в процесі досягнення компромісу між приватними й публічними інтересами. Досліджувалась також проблема правового статусу захисника в кримінальному провадженні на підставі угоди про визнання винуватості. Низку робіт присвячено проблемам удосконалення процесуальної форми цієї угоди. Проте на фоні проаналізованого наукового доробку ніким з представників наукової спільноти не проводився порівняльний аналіз угоди про визнання винуватості, передбаченої КПК України, з угодою про визнання вини, передбаченої КПК Республіки Молдова.

**Мета статті** – проведення порівняльного аналізу угоди про визнання вини за законодавством Республіки Молдова з угодою про визнання винуватості за законодавством України. Для досягнення поставленої мети необхідно розглянути специфіку правового регулювання угоди про визнання вини, передбаченої КПК Республіки Молдова; розкрити сутність та особливості правового регулювання угоди про визнання винуватості, передбаченої КПК України; виявити спільні й відмінні ознаки між вказаними інститутами.

**Виклад основного матеріалу.** Сучасне кримінальне процесуальне право не можна собі уявити без правових механізмів, що передбачають врегулювання спору між сторонами кримінального провадження шляхом досягнення компромісу. У всіх країнах пострадянського простору відбувається своєрідна уніфікація кримінальних процесуальних норм із приведенням національного законодавства у відповідність із законодавством міжнародним. Саме тому в Республіці Молдова вже більше десяти років успішно застосовується така кримінальна процесуальна форма, як угода про визнання вини.

Основні засади та порядок застосування цієї угоди визначаються положеннями глави III КПК Республіки Молдова, яка носить назву «Провадження на підставі угоди про визнання вини» і складається з шести статей (ст. ст. 504–509 КПК Республіки Молдова).

Загальні положення згаданого інституту регламентовані ст. 504 КПК Республіки Молдова. Відповідно до її положень «угода про визнання вини – це угода між прокурором і обвинуваченим або, залежно від обставин, підсудним, який дав згоду визнати свою провину в обмін на скорочення покарання». Зазначений документ може бути укладений щодо злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів з обов'язковою участю захисника та обвинуваченого (підсудного). Обов'язковим є дотримання письмової форми угоди про визнання вини. Суду забороняється брати участь у переговорах між сторонами кримінального провадження щодо укладення угоди. Однак суд зобов'язаний встановити, чи укладена угода про визнання вини відповідає вимогам закону, чи її укладення було добровільним, у присутності захисника та чи є достатні докази, що підтверджують висунуте обвинувачення. Залежно від цих обставин суд може затвердити або відхилити угоду про визнання вини. Її укладення може бути ініційоване як прокурором, так і обвинуваченим, підсудним, його захисником у будь-який момент після пред'явлення обвинувачення до початку судового розслідування. Якщо злочин скоєний у співучасті, матеріали справи щодо особи, яка уклала затверджену судом угоду про визнання вини, виділяються в окреме провадження.

Умови ініціювання та укладення угоди про визнання вини визначені в ст. 505 КПК Республіки Молдова. Важлива роль у цій процедурі відводиться прокурору, який повинен враховувати такі обставини: 1) бажання обвинуваченого, підсудного сприяти здійсненню кримінального переслідування чи обвинувачення інших осіб; 2) ставлення обвинуваченого, підсудного до своєї злочинної діяльності та до минулих судимостей; 3) характер і тяжкість пред'явленого обвинувачення; 4) щирісердечне визнання обвинуваченого, підсудного та його бажання взяти на себе відповідальність за вчинене; 5) шире й добровільне виявлення обвинуваченим, підсудним бажання якнайшвидше визнати свою вину та дати згоду на скорочене провадження в справі; 6) вірогідність засудження особи у відповідній справі; 7) суспільний інтерес у забезпеченні більш оперативного розгляду справи з мінімальними затратами.

Якщо прокурор ініціював провадження на підставі угоди про визнання вини обвинуваченим, підсудним, він звертається до захисника й обвинуваченого, підсудного із цією пропозицією. У такому випадку захисник із дотриманням умов, що забезпечують конфіденційність, обговорює з обвинуваченим, підсудним такі питання: 1) усі процесуальні права, які має обвинувачений, підсудний, у тому числі право на повний, швидкий і відкритий розгляд справи, і той факт, що впродовж цього розгляду він користується презумпцією невинуватості до тих пір, поки його вина не буде доведена у визначеному законом порядку зі збереженням усіх необхідних гарантій його захисту; право подавати докази на свою користь; право вимагати, щоб свідки обвинувачення були допитані на тих же умовах, що й свідки захисту; право мовчати та не бути змушеним до самовикривання; право свідчити, укласти угоду про визнання вини й відмовитися від свідчення про визнання вини; 2) усі аспекти справи, у тому числі постанову про притягнення як обвинуваченого або (залежно від обставин) обвинувальний висновок; 3) усі можливі способи захисту, які можуть бути використані в цій справі; 4) максимальне й мінімальне покарання, яке може бути застосоване в разі визнання вини; 5) обов'язок обвинуваченого, підсудного в разі укладення угоди про визнання вини присягнути перед судом, що він надасть правдиві показання щодо інкримінованого йому злочину та що ці показання можуть бути використані в іншому процесі проти нього за надання неправдивих показань; 6) той факт, що визнання вини не є наслідком застосування насильства або погроз.

Необхідною умовою належного оформлення угоди про визнання вини є обов'язок прокурора, обвинуваченого, підсудного й захисника підписати її текст для того, щоб їхні підписи стояли на кожному аркуші угоди. Крім того, захисник повинен окремо в письмовій формі засвідчити, що угода про визнання вини обвинуваченим, підсудним була розглянута ним особисто, що передбачений порядок для укладення вказаної угоди був дотриманий і визнання обвинуваченим, підсудним своєї вини є наслідком їхніх попередніх перемовин в умовах конфіденційності. У подальшому перед направленням до суду справи з угодою про визнання вини обвинуваченому та його захиснику надаються матеріали справи для ознайомлення, а також вручається обвинувальний висновок.

Порядок розгляду судом угоди про визнання вини регламентовано ст. 506 КПК Республіки Молдова. Залежно від обставин справи угода може розглядатись судом у відкритому чи закритому судовому засіданні. Під час її розгляду суд повинен встановити такі обставини:

1) наявність у матеріалах справи письмового підтвердження захисника про бажання обвинуваченого, підсудного укласти угоду про визнання вини; 2) факт відповідності позиції захисника позиції обвинуваченого, підсудного; 3) факт попереднього відібрання судом у підсудного письмового підтвердження про те, що він погоджується дати показання під присягою; 4) після присяги суд уточнює в підсудного такі обставини: чи розуміє він, що дав присягу перед судом і що в разі надання завідомо неправдивих показань вони в подальшому можуть бути використані проти нього в іншому процесі за надання завідомо неправдивих показань; анкетні дані підсудного; чи проходив він останнім часом лікування через психічні розлади або наркотичну чи алкогольну залежність; чи знаходиться він наразі під дією наркотичних речовин, ліків чи алкогольних напоїв; чи отримав він постанову про притягнення його як обвинуваченого й обвинувальний висновок та чи обговорював їх разом зі своїм захисником; чи задоволений він якістю правової допомоги, що надає йому його захисник; чи бажає він після проведення консультацій зі своїм захисником, щоб угода про визнання вини була затверджена судом; 5) під час розгляду угоди про визнання вини суд також встановлює такі факти: чи мав обвинувачений, підсудний можливість ознайомитись з угодою та обговорити її зміст зі своїм захисником; чи є така угода повним виразом домовленостей між підсудним та державою; чи зрозумілі підсудному умови угоди та як вони співвідносяться з позицією останнього; чи давав хто-небудь обвинуваченому, підсудному інші обіцянки або іншого роду гарантії з метою впливу на його волевиявлення стосовно його позиції щодо визнання вини в цій справі; чи намагався хто-небудь у будь-якій формі змусити обвинуваченого, підсудного зайняти позицію про визнання вини в цій справі; чи визнання підсудним вини є його вільним волевиявленням, оскільки він винуватий; у разі, якщо укладення угоди стосується тяжкого злочину, чи розуміє підсудний, що він визнає себе винуватим у вчиненні тяжкого злочину; чи ознайомився він із матеріалами та зібраними за справою доказами; 6) суд також повинен проінформувати підсудного про можливе максимальне покарання, передбачене законом, й обов'язкове будь-яке мінімальне покарання за відповідний злочин; про те, що в разі призначення підсудному умовного покарання та порушення ним у подальшому умов його відбування, він буде відбувати реальне покарання; про те, що суд має право ухвалити рішення, яким зобов'язати підсудного відшкодувати потерпілому шкоду, а також судові витрати; про те, що в разі затвердження угоди підсудний має право оскаржити вирок лише з підстав призначення покарання та порушення процесуальних норм; про те, що внаслідок укладення угоди про визнання вини неможливість реалізація належного йому права на розгляд справи в загальному порядку з дотриманням презумпції невинуватості.

Лише після виконання перелічених вище вимог суд з'ясовує в підсудного, чи підтримує він свою позицію щодо угоди про визнання вини. У разі, якщо підсудний підтримує угоду про визнання вини, він дає показання по суті пред'явленого йому обвинувачення та висловлює свою думку щодо наявності в справі доказової бази. Якщо підсудний не підтримує угоди про визнання вини, він має право відмовитись від своїх показань стосовно інкримінованого йому злочину. У такому разі суд ухвалює рішення про розгляд справи в загальному порядку.

Під час розгляду угоди про визнання вини (ст. 507 КПК Республіки Молдова) суд ухвалює відповідне рішення.

У разі, якщо суд переконається в достовірності показань, наданих підсудним під час судового засідання, і дійде висновку, що визнання останнім вини зроблено незалежно, добровільно, свідомо, без примусу чи тиску, він ухвалює рішення про прийнятність угоди про визнання вини. В іншому випадку суд ухвалює рішення про її відхилення. Указане рішення сторони угоди мають право оскаржити до вищої судової інстанції протягом 24 годин, про що вони повинні заявити відразу після його проголошення. У разі, якщо сторони не бажають оскаржувати рішення про відхилення угоди про визнання вини, попередньо зробивши про це відповідну заяву, суд переходить до розгляду справи в загальному порядку.

Після ухвалення рішення про прийнятність угоди про визнання вини суд переходить до стадії судових дебатів (ст. 508 КПК Республіки Молдова), під час яких із промовами виступають прокурор, захисник і підсудний. Варто відзначити, що вказані учасники процесу під час виголошення своїх промов можуть висловлюватися лише щодо міри майбутнього покарання.

Із завершенням судових дебатів суд видаляється в нарадчу кімнату для постановлення вироку (ст. 509 КПК Республіки Молдова). Вирок на підставі угоди про визнання вини проголошується з урахуванням загальних вимог, передбачених КПК Республіки Молдова, однак з урахуванням особливостей глави III цього кодексу. Крім того, вступна частина вироку повинна містити вказівку про те, що справа розглядається на підставі угоди про визнання вини. У такому разі суд призначає підсудному покарання, виходячи з верхньої межі найбільш суворого виду покарання, передбаченого за конкретний злочин, скороченого на одну третину. Варто звернути увагу й на ту особливість, що цього роду вирок може бути оскаржено в касаційному порядку виключно з двох підстав: порушення процесуальних норм та призначення необумовленого угодою розміру покарання.

Завершуючи аналіз правового регулювання угоди про визнання вини, за законодавством Республіки Молдова, слід наголосити на тому, що цей інститут був належно продуманий законодавцем, адже за весь час його існування, а це майже 12 років, до глави III КПК Республіки Молдова було внесено лише одну зміну [3]. Так, зі ст. 505 КПК Республіки Молдова було виключено частину четверту, зміст якої зводився до такого: «Укладена прокурором угода повинна бути затверджена прокурором вищої інстанції, який перевіряє дотримання закону під час її укладення». У такий спосіб законодавець забезпечив учасників кримінального провадження від зайвої бюрократичної тяганини, одночасно розширивши повноваження прокурора, який є стороною угоди про визнання вини.

У національному законодавстві України також передбачені скорочені форми кримінального судочинства на підставі угод. Їх імплементація проходила в чіткій відповідності з міжнародними принципами та стандартами, а також обумовлювалась практичною необхідністю та реальним станом суспільних відносин у державі.

Так, однією з угод, яка може бути укладена в кримінальному провадженні за законодавством України, є угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості (п. 2 ч. 1 ст. 468 КПК України). Такого роду угода може бути укладена як за ініціативою прокурора, так і за ініціативою підозрюваного чи обвинуваченого (ч. 2 ст. 469 КПК України). Угоду про визнання винуватості сторони можуть укласти в провадженні



щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів, унаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам. Якщо в кримінальному провадженні бере участь потерпілий, укладення угоди про визнання винуватості не допускається. Укладення вказаної угоди не допускається також щодо уповноваженої особи юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи (ч. 4 ст. 469 КПК України).

Процесуальний закон допускає укладення угоди про визнання винуватості з моменту повідомлення особи про підозру до виходу суду в нарадчу кімнату для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК України). Таким чином, ініціювати її укладення можна із часу появи в кримінальному провадженні підозрюваного – особи, якій повідомлено про підозру або яку затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. Законом також передбачено обов'язкове виділення кримінального провадження щодо особи (осіб), з якими укладено угоду про визнання винуватості в окреме провадження (ч. 8 ст. 469 КПК України).

Що стосується наслідків, які настають для сторін кримінального провадження в разі неукладення угоди про визнання винуватості, то в ч. 6 ст. 469 КПК України передбачено, що в разі недосягнення згоди щодо укладення угоди факт її ініціювання та твердження, що були зроблені з метою її досягнення, не можуть розглядатися як відмова від обвинувачення або як визнання винуватості. Таке законодавче положення повністю узгоджується з такою засадою кримінального провадження, як свобода від самовикриття. Її суть полягає в тому, що жодна особа не може бути примушена визнати свою винуватість у вчиненні кримінального правопорушення або примушена давати пояснення, показання, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні нею кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 18 КПК України).

Стаття 470 КПК України передбачає обов'язок прокурора під час ініціювання та укладення угоди про визнання винуватості брати до уваги певні обставини: ступінь та характер сприяння підозрюваного чи обвинуваченого в проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб; характер і тяжкість обвинувачення (підозри); характер і тяжкість обвинувачення (підозри); наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидкого досудового розслідування та судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень; наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень.

Угода про визнання винуватості повинна містити певний обсяг інформації, яка відповідно до положень ст. 472 КПК України становить її зміст. Так, в угоді про визнання винуватості зазначаються її сторони, формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність, істотні для відповідного кримінального провадження обставини, беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення, обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, учиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали

місце), узгоджене покарання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди, передбачені ст. 473 цього кодексу, наслідки невиконання угоди. В угоді, що скріплюється підписами сторін, зазначається дата її укладення.

У ч. 2 ст. 473 КПК України зазначено, що наслідком укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для прокурора, підозрюваного чи обвинуваченого є обмеження їх права оскарження вироку згідно з положеннями ст. ст. 394 та 424 цього кодексу, а для підозрюваного чи обвинуваченого – також його відмова від здійснення прав, передбачених абз. 1 та 4 п. 1 ч. 4 ст. 474 цього кодексу.

Наслідками укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для сторони захисту, тобто для обвинуваченого, захисника (за умови, якщо останній здійснює захист у цьому кримінальному провадженні) або законного представника є цілком законна їхня відмова від окремих процесуальних прав, зважаючи на особливості такого кримінального провадження. При цьому закон визначає деякі підстави, коли вирок суду першої інстанції, яким затверджено угоду про визнання винуватості, може бути оскаржений. Такий вирок можна оскаржити в суді апеляційної інстанції в разі призначення судом покарання суворішого, ніж те, яке передбачене сторонами в самій угоді. Наступна підстава – ухвалення вироку без згоди обвинуваченого на призначення покарання. Ще однією підставою для оскарження є невиконання судом окремих вимог ч. ч. 4, 6, 7 ст. 474 КПК України, а також нероз'яснення обвинуваченому наслідків укладення цієї угоди. Вирок суду першої інстанції, яким було затверджено угоду про визнання винуватості, також може бути оскаржений із наведених підстав до суду касаційної інстанції, але за умови його попереднього перегляду апеляційним судом.

Натомість прокурор має право оскаржити такий вирок виключно у двох випадках: 1) коли за результатами розгляду угоди про визнання винуватості обвинуваченому призначено покарання менш суворе, ніж те, яке передбачалося в угоді; 2) коли суд затвердив угоду в кримінальному провадженні, у якому така угода не може бути укладена.

Загальний порядок судового провадження на підставі угоди про визнання винуватості визначений у ст. 474 КПК України. Знаючи, що правосуддя здійснюється виключно судами, законодавець виходить із того, що правовий статус суду, його функції та суворо визначений порядок діяльності створюють такі переваги в забезпеченні правильного застосування правових норм і закріплення законності в країні, які не може мати жодна форма державної діяльності [4, с. 462]. Суд є головним суб'єктом кримінальної процесуальної діяльності, який визначає результат кримінального провадження [5, с. 28]. Тому лише суд може вирішувати питання по суті висунутого обвинувачення, у тому числі під час провадження на підставі угоди про визнання винуватості.

Так, у випадку укладення угоди про визнання винуватості під час досудового розслідування прокурор зобов'язаний затвердити обвинувальний акт, який разом із підписаною сторонами угодою невідкладно надсилається до суду. Водночас у ч. 1 ст. 474 КПК України визначено, що прокурор має право відкласти направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою до отримання висновку експерта або завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації



доказів, які із часом можуть бути втрачені, або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату в разі відмови суду в затвердженні угоди. Право прокурора на відтермінування направлення до суду обвинувального акта разом з угодою про визнання винуватості покликане насамперед гарантувати стороні обвинувачення можливість здобуття достатнього обсягу доказів, якого, на думку прокурора, у разі відмови суду в затвердженні угоди буде достатньо для доведення винуватості особи в загальному порядку.

Розгляд угоди про визнання винуватості, яку було укладено під час досудового розслідування, здійснюється в підготовчому судовому засіданні суддею одноособово. Проте із цього правила є виняток, коли кримінальне провадження стосовно осіб, перелік яких міститься в ч. 9 ст. 31 КПК України, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років. Про дату та час проведення підготовчого судового засідання повідомляються сторони угоди про визнання винуватості, явка яких є обов'язковою. Суд також повідомляє інших учасників судового провадження, проте їхня неявка не є перешкодою для розгляду угоди по суті.

Зі змісту ч. 3 ст. 474 КПК України вбачається, що угоду про визнання винуватості може бути укладено як під час досудового розслідування, так і в ході судового розгляду. Із цього приводу автори науково-практичного коментаря до КПК України наголошують, що досить явною з точки зору процесуальної економії та визначеності результатів провадження для обвинуваченого є перевага в укладенні угоди на стадії досудового провадження, оскільки саме така угода зменшить навантаження на суд, значно скоротить слідство та досудове провадження в кримінальній справі шляхом укладення або досягнення так званої «ранньої угоди» [6, с. 978]. Однак у разі укладення угоди про визнання винуватості під час судового розгляду кримінального провадження суд повинен зупинити проведення будь-яких процесуальних дій та перейти до безпосереднього розгляду угоди.

Перед тим, як ухвалити рішення про затвердження угоди про визнання винуватості або ж про відмову в її затвердженні, суду слід з'ясувати в обвинуваченого низку обставин, наявність або відсутність яких свідчить про істинність його позицій щодо змісту укладеної угоди. Так, з метою перевірки добровільності та усвідомленості обвинуваченим укладення угоди суд зобов'язаний з'ясувати в обвинуваченого, чи розуміє він, що кримінальне провадження щодо нього може бути розглянуто в судовому засіданні, де він буде мати весь обсяг прав (зокрема, допитувати під час судового розгляду свідків обвинувачення, подавати клопотання про виклик свідків і подавати докази, що свідчать на його користь) [7, с. 342]. Також обов'язком суду є роз'яснення обвинуваченому наслідків укладення та затвердження угоди, які передбачені ст. 473 КПК України. У цьому випадку мова йде про відмову обвинуваченого від процесуального права на оскарження вироку суду щодо тих обставин, які ним не оспорювались під час розгляду угоди судом. Крім того, суд повинен переконатись (перепитати, уточнити) про факт усвідомлення особою характеру кожного обвинувачення, щодо якого вона визнає себе винуватою. Так само обвинуваченому роз'яснюється вид покарання, який передбачений в угоді про визнання винуватості та який щодо нього буде застосований.

Відповідно до ч. 6 ст. 474 КПК України суд зобов'язаний переконатися в судовому засіданні, що укладення угоди

сторонами є добровільним, тобто не є наслідком застосування насильства, примусу, погроз або наслідком обіцянок чи дії будь-яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді. Для з'ясування добровільності укладення угоди в разі необхідності суд має право витребувати документи, у тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, а також викликати в судове засідання осіб та опитувати їх.

У випадку невідповідності угоди про визнання винуватості вимогам КПК України та/або іншого закону законодавець зобов'язує суд постановити ухвалу про відмову в її затвердженні. Суд може відмовити в затвердженні угоди в разі, якщо її умови суперечать закону (у тому числі, коли допущена неправильна кваліфікація діяння особи); не відповідають інтересам суспільства; порушують права чи інтереси будь-кого зі сторін цієї угоди чи інших осіб; якщо в суду є достатні підстави вважати, що укладення угоди відбувалось із застосуванням примусу, погроз або обіцянок; судом встановлена очевидна неможливість виконання обвинуваченим узятих на себе зобов'язань; відсутні фактичні підстави для визнання обвинуваченим своєї винуватості в інкримінованому йому кримінальному правопорушенні.

Тому в разі встановлення хоча б однієї з перерахованих підстав суд зобов'язаний постановити ухвалу про відмову в затвердженні угоди про визнання винуватості та повернути кримінальне провадження прокурору, якщо угоду досягнуто під час досудового розслідування, для його продовження; або призначити судовий розгляд для проведення судового провадження в загальному порядку, якщо до суду надійшов обвинувальний акт, а угоду було укладено під час підготовчого провадження; або продовжити судовий розгляд у загальному порядку, якщо угоду було укладено під час його здійснення [8].

Виконавши всі вимоги, необхідні для перевірки угоди про визнання винуватості на відповідність закону, суд ухвалює вирок, яким затверджує укладену угоду та призначає узгоджену сторонами міру покарання. Такий вирок повинен відповідати загальним вимогам до обвинувальних вироків (ст. 374 КПК України) із врахуванням окремих особливостей, передбачених законом.

Після проголошення судом вироку про затвердження вказаної угоди для сторін кримінального провадження настають юридичні наслідки, що можуть передбачати виконання певних зобов'язань. Мова йде про обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, учиненого іншою особою, виконання яких є умовою затвердженої угоди.

У законі визначено, що в разі невиконання засудженим умов угоди про визнання винуватості прокурор має право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, з клопотанням про скасування вироку (ч. 1 ст. 476 КПК України). Таке законодавче положення має на меті забезпечити належну поведінку засудженого під час виконання ним угоди про визнання винуватості. З вказаним клопотанням прокурор може звернутись протягом встановлених ст. 49 Кримінального кодексу України строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. В іншому випадку особа підлягатиме звільненню від кримінальної відповідальності. Клопотання про скасування вироку подається до того суду, що постановляв вирок про затвердження угоди про визнання винуватості.

Суд, відповідно до ч. 4 ст. 476 КПК України, може постановити ухвалу про скасування вироку, яким була затверджена угода про визнання винуватості, або про відмову в скасуванні такого вироку. Будь-яке з вказаних судових рішень сторони можуть оскаржити в апеляційному порядку.

З урахуванням викладеного, виділимо спільні та відмінні ознаки між угодою про визнання винуватості за законодавством України та угодою про визнання вини за законодавством Республіки Молдова.

Спільні ознаки:

1. Законодавець покладає на прокурора обов'язок перед укладенням угоди враховувати суспільний інтерес у забезпеченні швидкого розгляду конкретної справи.

2. Суд не є стороною угоди, його роль зводиться виключно до перевірки угоди щодо законності.

3. Можливість виділення матеріалів справи в окреме провадження, якщо злочин було вчинено в співучасті.

4. Письмова форма та обов'язкові реквізити.

Відмінні ознаки:

1. Для угоди про визнання вини (КПК Республіки Молдова) характерним є те, що її укладення можливе тільки за умови скорочення покарання особі, яка притягається до кримінальної відповідальності. Натомість згідно із законодавством України домовленості сторін угоди під час узгодження покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність [8].

2. Істотною особливістю угоди про визнання вини (КПК Республіки Молдова) є обов'язкова участь захисника під час її укладення. Останній як учасник угоди про визнання вини повинен не лише підписати текст угоди, а й зобов'язаний письмово засвідчити той факт, що її укладення відбувалось із дотриманням передбаченої законом процедури. Натомість під час укладення угоди про визнання винуватості (КПК України) обов'язкова участь захисника не передбачена. Такий стан речей, на наше переконання, в окремих категоріях справ може поставити під сумнів об'єктивність та добросовісність прокурора.

3. Під час розгляду угоди про визнання вини (КПК Республіки Молдова) на суд покладається обов'язок з'ясувати в підсудного питання, чи задоволений останній якістю правової допомоги, що надає йому його захисник. Така вимога закону, на нашу думку, покликана додатково захистити права та свободи особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. У законодавстві України чогось схожого не передбачено.

4. Укладення угоди про визнання вини (КПК Республіки Молдова) допускається навіть у тому випадку, коли в справі бере участь потерпілий. Укладення угоди про визнання винуватості (КПК України) у кримінальному провадженні, у якому бере участь потерпілий, не допускається.

5. Рішення суду про відхилення угоди про визнання вини (КПК Республіки Молдова) можна оскаржити протя-

гом 24-ох годин. Ухвала про відмову в затвердженні угоди про визнання винуватості (КПК України) оскарженню не підлягає.

**Висновки.** У цій статті проведено порівняльний аналіз двох правових інститутів, які є прикладом диференціації кримінального процесу в бік його спрощення та пришвидшення. Було детально розглянуто специфіку правового регулювання угоди про визнання вини за законодавством Республіки Молдова та угоди про визнання винуватості за законодавством України, виявлено їхні спільні й відмінні ознаки. У підсумку можна констатувати той факт, що об'єкти нашого дослідження за своєю суттю та змістом практично нічим не відрізняються між собою. Деякі відмінності між угодою про визнання вини (КПК Республіки Молдова) та угодою про визнання винуватості (КПК України) зумовлені насамперед усталеними правовими традиціями обох держав. Однак призначення цих правових інститутів одне – диференціація кримінальної процесуальної форми та підвищення ефективності в боротьбі з різноманітними проявами групової злочинності.

#### Список використаної літератури

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

2. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 года № 122-XV / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://base.spininform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=3833](http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3833).

3. Закон Республики Молдова от 5 апреля 2012 года № 66 «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процесуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 года №122-XV» / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://base.spininform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=54952](http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=54952).

4. Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України : [навч. посіб.] / Є.Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 576 с.

5. Актуальні питання кримінального процесу України : [навч. посіб.] / [Є.М. Блажівський, І.М. Козьяков, О.М. Толочко, С.С. Мірошніченко, Г.П. Власова та ін.] ; за заг. ред. Є.М. Блажівського. – К. : Національна академія прокуратури України ; Центр учбової літератури, 2013. – 304 с.

6. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [Є.М. Блажівський, Ю.М. Грошевий, Ю.М. Дьомін та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012– . – Т. 2. – 2012. – 664 с.

8. Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2012 року № 223-1679/0/4-12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v1679740-12>.

УДК 343.125:343.137.5

## ПЕРЕВИХОВАННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОГО ПРАВОПОРУШНИКА ЧЕРЕЗ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

**Оксана СІВАК,**

ад'юнкта кафедри кримінального процесу  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

The article is dedicated to implement the function of education and rehabilitation of juvenile offenders by applying the preventive measures such as detention. Some theoretical issues have been considered according to the concerning peculiarities of detention to minors suspected using the modern conditions of formation of Ukrainian legislation, that is due to socio-psychological characteristics of individuals and the need to ensure the realization of their rights and protection of legal interests. The shortcomings of the criminal procedure of legislation have been identified and analyzed regarding the preventive measures such as detention to minors, and the solutions have been proposed.

**Key words:** criminal proceedings, precautions, detention, juvenile offenders, rehabilitation.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена реалізації функції виховання та перевиховання неповнолітніх правопорушників через застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Розглянуто окремі теоретичні питання щодо особливостей застосування тримання під вартою до неповнолітніх підозрюваних у сучасних умовах становлення українського законодавства, що зумовлено соціально-психологічними характеристиками цих осіб і необхідністю забезпечити реалізацію їхніх прав і захист законних інтересів. Виявлено та проаналізовано недоліки норм кримінального процесуального законодавства щодо запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до неповнолітніх та запропоновано шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, запобіжні заходи, тримання під вартою, неповнолітні правопорушники, перевиховання.

**Постановка проблеми.** На сьогоднішній день сучасна Україна перебуває на шляху суттєвих демократичних перетворень. Політичні, економічні, соціальні та правові реформи, що проводяться в нашому суспільстві, безпосередньо стосуються усіх верств населення, зокрема й неповнолітніх, які складають чверть населення країни. Важливим атрибутом демократизації українського соціуму виступає вдосконалення підходів до вивчення проблем, призначення та виконання заходів кримінально-правового характеру, зокрема стосовно неповнолітніх. Адже злочинність неповнолітніх завжди викликала підвищену увагу, оскільки порушення ними кримінального закону свідчить про існуючі недоліки виховання, відсутність умов для включення молоді в нормальну життєдіяльність суспільства.

Саме тому проблема запобігання злочинності, вжиття заходів стабілізації і скорочення кримінальних правопорушень, які вчиняють неповнолітні, є завданням відповідальним і на його виконання спрямовані зусилля усіх державних органів [1, с. 406].

Як свідчать сучасні дослідження, неповнолітні є вразливими до негативних впливів, що часто призводить до психологічних травм, оскільки у них ще не сформовані особистісні якості, які б їх стримували від необдуманих вчинків. Найчастіше вони вчиняють злочини проти власності (крадіжки, грабежі та ін.), а також часто являються учасниками хуліганських дій. Тому більш ефективним критерієм вирішення поставленої проблеми є не лише посилений виховний вплив з боку батьків (опікунів, піклувальників), а й правильне застосування запобіжних заходів під час розслідування кримінального правопорушення, вчиненого неповнолітніми. На цьому етапі ми

розглянемо саме специфіку та ефективність застосування найсуворішого запобіжного заходу – тримання під вартою у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх (ст. 183, ч. 2 ст. 492 КПК України).

Питання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою було і залишається актуальним як для широкого кола науковців, так і для практичних працівників. Проблематика та актуальність його застосування були предметом численних наукових досліджень. Вони висвітлювалися в роботах українських та російських вчених, зокрема таких, як: Ю.П. Аленіна, Т.В. Варфоломеевої, І.М. Гуткіна, Л.М. Давиденка, В.А. Давидова, В.С. Зеленецького, З.З. Зінатуліна, О.В. Кондратьєва, Ф.М. Кудіна, Ю.Д. Лівшиця, В.Т. Малярєнка, В.О. Михайлова, В.Т. Нора, І.Л. Петрухіна, П.П. Пилипчука, С.М. Стахівського, І.Л. Трунова, Л.К. Трунової, О.Г. Шило, М.Є. Шумила та ін. Очевидно, що спільні зусилля вчених призвели до поглиблення теоретичних уявлень з названої проблеми, розширили сферу впливу юридичної науки на правотворчу та правозастосовну діяльність нашої держави. Проблемні питання щодо застосування тримання під вартою до неповнолітніх правопорушників розглядали у своїх наукових працях Є.М. Гідулянова, І. Макарєнко, Г.С. Омельченко, С.В. Пастушенко, Г.В. Попов, О.Ю. Хахуцяк та ін. Однак більшість із досліджень були проведені до прийняття Верховною Радою України нового КПК України і, відповідно, не містять конкретного аналізу процесуальних особливостей застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за новим кримінальним процесуальним законодавством. Що ж стосується питань та проблем застосування даного запобіжного заходу щодо неповнолітніх, його ефективності та реалізації функції перевиховання правопорушника в умовах нового КПК



України, то вони теоретично належно та конкретно не розглядалися, що й спричинило необхідність самостійного дослідження.

**Метою статті** є визначення функції перевиховання неповнолітнього правопорушника через застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в аспекті практики його застосування щодо неповнолітніх.

**Виклад основного матеріалу.** Однією з умов приєднання України до Ради Європи було зобов'язання щодо прийняття нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК), який гарантуватиме кримінальне судочинство, що ґрунтується, перш за все, на забезпеченні неухильного дотримання прав особи в процесі діяльності органів досудового розслідування та судів відповідно до вимог Конституції України та міжнародних договорів щодо прав людини, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням її тлумачення Європейським судом з прав людини.

Відповідно до ст. 3 Конституції України серед усіх категорій осіб, чиї права і свободи зобов'язалася утверджувати і забезпечувати наша держава, слід виділяти окрему групу – неповнолітніх, яким органи законодавчої та виконавчої влади повинні приділяти особливу увагу в плані виховного процесу. На виконання міжнародних нормативно-правових актів, а також Закону України «Про охорону дитинства», у ч. 2 ст. 484 КПК України [2, с. 376] передбачено, що під час кримінального провадження щодо неповнолітнього слідчий, прокурор, слідчий суддя та всі інші учасники, що беруть у ньому участь, зобов'язані здійснити процесуальні дії в порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього і відповідає його віковим та психологічним особливостям, роз'яснювати суть процесуальних дій, рішень та їх значення, вислуховувати його аргументи при прийнятті процесуальних рішень та вживати усіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього.

У юридичній літературі часто зазначається, що основною метою застосування до неповнолітнього правопорушника запобіжного заходу є його виправлення та перевиховання. Звичайно, перевиховання та виправлення неповнолітніх у місцях позбавлення волі (СІЗО, ІТТ) має певну специфіку порівняно з такою ж метою покарання дорослих злочинців. Неповнолітнім, які вчинили злочин, у місцях позбавлення волі необхідно створювати всі умови для підвищення їх рівня освіти, що також слід вміло поєднувати з науково обґрунтованою системою інших виховних заходів. Ні для кого не секрет, що процес виховання сам по собі є складним завданням, а тим більше, якщо це стосується виховання та перевиховання неповнолітніх злочинців у місцях позбавлення волі.

Виникає необхідність для створення нового підходу при застосуванні запобіжних заходів до неповнолітніх правопорушників, яка б передбачала в першу і основну чергу перевиховання неповнолітніх злочинців та їх виправлення, тобто виховний процес. Виховний процес – це органічне поєднання виховної, соціальної і психологічної роботи, яка впливає на духовний і фізичний розвиток неповнолітнього підозрюваного, корегує його поведінку з метою досягнення позитивних змін особистості, зниження психотравмуючого впливу умов ізоляції, допомагає у вирішенні соціальних проблем, сприяє поновленню і розвитку соціально корисних зв'язків, підготовці до життя після звільнення та відбування основного покарання.

Правильним, на нашу думку, є бачення Х.В. Бопхоева [3, с. 11] про те, що в правовій державі примус не є самоціллю або основним засобом впливу на неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених, а застосовується як крайній захід, до якого влада вдається з метою запобігання ще більшої шкоди, яка може бути заподіяна, якщо відмовитися від застосування примусу до неповнолітнього правопорушника, і виступає не карою, а засобом соціальної корекції поведінки неповнолітніх. У цьому плані ніхто не виключає такий запобіжний захід, як тримання під вартою у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх правопорушників і це є, на нашу думку, дійсно правильним та доцільним, оскільки такий запобіжний захід теж виконує функцію коригування поведінки. Але питання полягає в наступному: чи дійсно неповнолітні в разі застосування щодо них тримання під вартою як запобіжного заходу у кримінальному провадженні перевиховуються, аналізують значення своїх неправомірних дій і роблять для себе висновки про зміну своєї поведінки до суспільно правильної та правомірної. Чи навпаки, установи позбавлення волі (СІЗО, ІТТ) перетворюють неповнолітніх правопорушників у рецидивістів, що продовжують свою злочинну діяльність, яка з часом стає системною та серійною, не бажають перевиховуватися та змінювати спосіб свого життя.

Так, норма ч. 2 ст. 492 КПК України містить положення про те, що тримання під вартою може бути застосоване як запобіжний захід лише до тих неповнолітніх, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні тяжких чи особливо тяжких злочинів і за умови, що слідчий, прокурор доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу обставини є *достатніми* для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику чи ризикам (ч. 3 ст. 176 КПК України) [2, с. 390].

При тлумаченні цієї норми виникає питання, що ж означає «*обставини, які є достатніми*», адже їхній перелік у КПК України законодавець не зазначив і залишив чи то на розсуд слідчого, чи прокурора, а можливо й слідчого судді. У нормах КПК України 1960 року, а саме у ст. 434 КПК [4, с. 168] про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту неповнолітнього мало право на існування поняття «виняткового випадку», пояснення якого законодавцем теж не визначалося. Проте після прийняття нового КПК України законодавець, зробивши аналіз усіх проблемних питань, що стосувалися запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, все ж таки у ч. 2 ст. 183 КПК [5, с. 468] чітко зазначив, що запобіжний захід у вигляді тримання під вартою не може бути застосований, окрім як при наявності тих чи інших обставин, які визначені у 6-ти підпунктах цієї статті. Проте це все стосується виключно дорослих підозрюваних, обвинувачених. Невизначеність стосовно неповнолітніх правопорушників призводить до різного роду роз'яснення «*виняткових випадків*» чи/або «*обставин, які є достатніми*», наявність яких буде підставою для застосування тримання під вартою до неповнолітніх правопорушників.

Звернемо увагу на дефініції понять «*достатній*» та «*винятковий*». *Достатній* – який задовольняє що-небудь або відповідає яким-небудь потребам; обґрунтований належною мірою, переконливий [6, с. 243], а *винятковий* – 1) який становить виняток серед загальних правил; 2) такий, який нечасто трапляється, особливий, надзвичайний [6, с. 103]. Тож як бачимо, відповідно до тлумачного слов-



ника ці поняття є різними та не дублюються. На нашу думку, доцільно було б повернути у конструкцію диспозиції ст. 492 КПК України поняття «виняткові випадки» та закріпити їх перелік в окремій нормі нині чинного КПК України щодо неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених. Оскільки згідно з нормами КПК про застосування тримання під вартою щодо неповнолітніх перелік виняткових випадків обмежується лише поняттям про вчинення ними тяжких та особливо тяжких злочинів, то, на нашу думку, до цього переліку слід віднести:

- повторність вчинення умисного злочину;
- наявність конкретних та неспростовних даних, що свідчать про можливість протиправної поведінки, спрямованої на перешкодження встановленню істини у кримінальному провадженні (потрібно, щоб їх обґрунтування надав Верховний Суд України у своїй окремій постанові);
- наявність конкретних даних, що неповнолітній підозрюваний порушує умови, передбачені обранням щодо нього запобіжним заходом, не пов'язаним із позбавленням волі;
- продовження ним (або у складі групи) злочинної діяльності, незалежно від тяжкості вчиненого злочину.

Суттєвим кроком на шляху становлення демократичних засад кримінального судочинства в Україні стало закріплення на законодавчому рівні нового, наближеного до міжнародних стандартів, порядку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та продовження його строків. Враховуючи, що він суттєво обмежує конституційне право кожного на свободу та особисту недоторканність, актуальною є проблема обмеження його застосування виключно випадками, коли іншими запобіжними заходами досягнути завдань кримінального судочинства взагалі неможливо. Вбачається, що вона може бути вирішена як шляхом удосконалення чинного правового механізму застосування даного запобіжного заходу, так і коригуванням з цією метою сучасної правозастосовної практики.

Слід погодитися із думкою А.М. Попова [7, с. 13], що будучи одним із запобіжних заходів, тримання під вартою несе на собі функціональне навантаження подвійного характеру. З одного боку, воно виконує превентивну роль, тобто перешкоджає здійсненню обвинуваченим незаконної діяльності в ході розслідування, розгляду справи в суді, а також для забезпечення виконання вироку, а з іншого боку, носить забезпечувальний характер, тобто покликане гарантувати нормальну, відповідну завданням кримінального судочинства, кримінально-процесуальну діяльність.

Значна частина науковців говорить про те, що позитивним здобутком нового КПК є те, що тримання під вартою може застосовуватися до неповнолітніх лише у разі, якщо він підозрюється, обвинувачується у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину. У такому випадку вважаємо за доцільне навести свої приклади практичного застосування запобіжних заходів до неповнолітніх, роблячи основний акцент на гуманізації норм нині чинного КПК.

75% опитуваних нами слідчих органів внутрішніх справ вважають запобіжний захід у вигляді тримання під вартою найбільш ефективним та дієвим запобіжним заходом щодо неповнолітніх, а пояснюють це тим, що лише після застосування цього запобіжного заходу неповнолітній правопорушник починає розуміти сутність вчиненого ним злочинного діяння та покарання, що в подальшому стає вагомою підставою для припинення здійснення кри-

мінальних правопорушень через страх потрапити в місця позбавлення волі знову.

Згідно із ч. 2 ст. 492 КПК України тримання під вартою може застосовуватися до неповнолітнього *лише* у разі, якщо він підозрюється чи обвинувачується у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину за умови, що застосування іншого запобіжного заходу не забезпечить запобігання ризикам, зазначеним у ст. 177 КПК України. Згідно з Кримінальним кодексом України [8, с. 9] «тяжким злочином» є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років, а «особливо тяжким» – злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі (ч. 4 і ч. 5 ст. 12 КК України). При цьому слід мати на увазі положення ч. 3 ст. 102 КК України [8, с. 50], за якою покарання у виді позбавлення волі призначається неповнолітньому: за тяжкий злочин – на строк не більше семи років; за особливо тяжкий злочин – на строк не більше десяти років; за особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, – на строк до п'ятнадцяти років.

Враховуючи це, вважаємо за доцільне зауважити той факт, беручи до уваги комплекс особистісних та психологічних особливостей неповнолітніх, що вони (неповнолітні) є не досить обізнаними, вони, так би мовити, тільки розпочали свій злочинний шлях, а тому не кожному із неповнолітніх під силу вчинити тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Адже вчинюючи злочини цієї категорії, дорослі злочинці, у більшості випадків, ведуть довготривалу та масштабну підготовку, складають плани, підшукують засоби, вербують осіб, встановлюють необхідну інформацію тощо. Тобто для цього потрібно володіти певними навичками, мати дорослих підбурювачів або ж осіб, які надають консультації та поради з даної категорії кримінальних проваджень. Тож самостійно неповнолітній, звичайно, здатний вчинити кримінальне правопорушення, але здебільшого вони невеликої або середньої тяжкості. Проте здається, що великої суспільної шкоди, вчиняючи злочин середньої чи невеликої тяжкості, вони не завдають і в такому разі можна застосувати альтернативний та більш м'який запобіжний захід, наприклад, особисте зобов'язання, але є така категорія неповнолітніх, які також вчиняють злочин середньої чи невеликої тяжкості, але не один раз, а декілька поспіль, і це їх не зупиняє.

Наведемо приклад. Згідно з вироком суду у Справі № 161/15927/13-к Провадження № 1-кп/161/575/13 від 11.12.2013 р. [9] було ухвалено: 1) неповнолітній обвинувачений З., 26.05.2013 р., близько 18 год., знаходячись у під'їзді будинку № 5, що по вул. Т. у м. Л., шляхом вільного доступу із підвального приміщення, вхід до якого є вільним, діючи з корисливих мотивів та керуючись метою таємного викрадення чужого майна, таємно викрав велосипед типу «ВМХ» марки «Флай Монтана», чим завдав потерпілому К. матеріальної шкоди на загальну суму 1 050 грн.

2) Крім цього, неповнолітній обвинувачений З., повторно, 20.06.2013 р. близько 01 год., перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходячись на зупинці громадського транспорту, що по вул. В. у м. Л., діючи умисно, з корисливих мотивів та керуючись метою відкритого викрадення чужого майна, без застосування насильства, шляхом ривка, відкрито викрав належний потерпілому С. мобільний телефон марки «Флай – 230» імей якого 868 158 XXX XXX XXX вартістю 400 грн., у якому знаходились: дві сім карти оператора стільникового зв'язку («МТС»): з абонентським

номером 095-XXX-XX-XX, вартість якої становить 10 грн., на рахунку якої знаходились грошові кошти у сумі 40 грн., та з абонентським номером 066-XXX-XX-XX, на рахунку якої грошові кошти були відсутні та яка матеріальної цінності для потерпілого не становить; карта пам'яті ємністю 2 Гб, вартість якої становить 70 грн., який потерпілий С. тримав у руці, чим завдав останньому матеріальної шкоди на загальну суму 520 грн.

3) Крім цього, він же, повторно, за попередньою змовою з неповнолітнім К. та малолітнім Ж., який на той час не досяг віку, з якого настає кримінальна відповідальність, 21.06.2013 р. близько 03 год., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, керуючись метою таємного викрадення чужого майна, знаходячись поблизу ЖКП № X, будівля якого розташована за адресою: м. Л., вул. В., 39в, із салону автомобіля марки «Рено 19» державний номерний знак XXX-XX ВО таємно викрали належні потерпілому Ж. речі, чим завдали йому матеріальної шкоди на загальну суму 1 301 грн. 25 коп.

4) Вони ж, повторно, за попередньою змовою між собою, 21.06.2013 р. близько 04 год., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, керуючись метою таємного викрадення чужого майна, знаходячись у дворі будинку № 51 по вул. В. у м. Л., застосувавши знайдений камінь, яким неповнолітній К. розбив скло передніх лівих дверей автомобіля марки «Даймлер-бенц», номерний знак якого XXX-XX PE, та просунувши крізь розбите скло свою руку в салон транспортного засобу, відчинив вказані двері у той момент, як малолітній Ж. спостерігав за тим, щоб їх протиправні дії не були викриті, а у разі наближення сторонніх осіб мав про це повідомити неповнолітніх З. та К., щоб не бути спійманими та мати можливість довести свій злочинний намір до кінця. Після чого через відчинені неповнолітнім К. двері неповнолітній З. проник у салон автомобіля, звідки викрав речі потерпілого В., чим завдали останньому матеріальної шкоди на загальну суму 489 грн.

Під час досудового розслідування за цим кримінальним провадженням щодо вищевказаних неповнолітніх до кожного із них було застосовано запобіжні заходи. Спочатку це було особисте зобов'язання, потім особиста порука, натомість домашній арешт і наприкінці, коли жоден із застосованих запобіжних заходів не виявився вдалим, тому що обов'язки, які були покладені на неповнолітніх вище переліченими запобіжними заходами, свідомо не виконувалися та ігнорувалися, електронні засоби контролю знімалися з тіла і неповнолітні покидали місце свого проживання та продовжували вчиняти кримінальні правопорушення, до них було застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Під час застосування неізоляційних запобіжних заходів до неповнолітніх вони не відвідували навчальні заклади, щодня вживали алкогольні напої та продовжували вчиняти ряд корисливих злочинів середньої тяжкості. Ось тут виникає питання: чи ефективними є альтернативні триманням під вартою запобіжні заходи і чи можна в таких випадках застосувати тримання під вартою, коли норма ст. 492 КПК України [10, с. 258] вказує на те, що застосування тримання під вартою до неповнолітнього лише у разі, якщо він підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливого тяжкого злочину. Ми вважаємо, що в таких випадках альтернативні запобіжні заходи є неефективними і тому законодавцю необхідно доповнити кримінальний процесуальний закон нормою про виняткові випадки щодо застосування тримання під вартою до неповнолітніх. Адже коли неповнолітні, розуміючи свої вчинки, а також і чіт-

ко розуміючи той факт, що вони являються спеціальними суб'єктами і під варту їх навряд чи візьмуть, продовжують свою анти суспільну, антиморальну, а головне – злочинну поведінку.

Чомусь законодавець «б'ється» застосовувати до неповнолітніх правопорушників запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Провідні науковці в один голос говорять про те, що недоцільно застосовувати тримання під вартою та обмежуються альтернативними заходами примусу, які передбаченні кримінальним процесуальним законодавством. О. Мироненко [11, с. 92] взагалі говорить про те, що такий запобіжний захід, як тримання під вартою дуже негативно впливає на підозрюваних, обвинувачених і тому він повинен застосовуватися лише у виключних випадках.

Усі говорять про гуманізацію норм КПК, про захист прав та свобод підозрюваних, обвинувачених, зберігання їх соціальних зв'язків та гарантування дотримання принципу забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, особливо коли це стосується неповнолітніх (ст. 29 КУ, ст. 12 КПК). Таким чином виходить, що державні органи і сама держава під час кримінального провадження в першу чергу повинна захищати і дбати про підозрюваного, обвинуваченого, щоб він міг вільно користуватися своїми правами та почував себе «комфортно». Невже це повинно являтися основою демократичної, правової, розвиненої держави? Нас усіх з дитинства навчають тому, що зі злом потрібно боротися, що негатив потрібно знищувати, але ми самі своїми ж руками продовжуємо зміцнювати злочинність, тобто ми робимо відповідні комфортні умови для розповсюдження так званої «бактерії», яка розмножується та починає заражати здорові ділянки. Особа вчинила суспільно небезпечне діяння, при чому зробила це свідомо, не покаялася, не зробила ніяких висновків, не попросила вибачення, прекрасно розуміючи той факт, що йому це все минеться, бо він дитина. А можливо, це найжорстокіші злочинці, які відчувши усі прояви лібералізму нашого законодавства, продовжують свою, вже професійну, діяльність, тим самим роблячи більші ставки та вдосконалюючи свою майстерність. Ми не говоримо про те, що саме тримання під вартою нам допоможе перевиховати неповнолітніх злочинців, але принаймні зробить свій якісний вклад у їх виховання.

Ми так зайняті «турботою» про підозрюваного, обвинуваченого, що зовсім забуваємо та втрачаємо контакт зі ще одним із найважливіших суб'єктів кримінального провадження – потерпілим. Законом не регламентована участь потерпілого при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого. Між тим за розширення прав цього учасника кримінального процесу неодноразово висловлювалися деякі вчені-процесуалісти, які цілком справедливо посилалися на те, що розвиток законодавства у такому напрямку зумовлений принципами змагальності й рівноправності сторін у кримінальному судочинстві, доступу потерпілого до правосуддя [12, с. 30].

Потерпілий має бути обов'язковим учасником судового засідання при розгляді питання про обрання до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, якщо це стосується фактів, на підставі яких обирається запобіжний захід. І це в жодному випадку не повинно залежати від того, відносно кого обирається запобіжний захід: чи то дорослий, чи неповнолітній підозрюваний, обвинувачений. При цьому участь потерпілого може мати прояв у доказуванні факту реальності загрози його життю, здоров'ю

тощо, яка надходить від підозрюваного, обвинуваченого [13, с. 192–193]. Тобто слідчий суддя під час застосування запобіжного заходу повинен враховувати думку потерпілого та отримати його об'єктивні та ґрунтовні пояснення.

**Висновки.** Роблячи узагальнений висновок нашої статті, хочемо наголосити на тому, що з прийняттям нового КПК України процес кримінального судочинства щодо неповнолітніх набув більш гуманістичних рис, що полягає в ряді особливостей використання учасниками кримінального провадження наданих їм прав та процесуальних обмежень під час проведення процесуальних дій та врахування європейської практики розслідування кримінальних правопорушень, вчинених неповнолітніми.

Проте норми кримінального процесуального закону, що регулюють застосування запобіжних заходів, а саме застосування тримання під вартою до неповнолітніх правопорушників, не є досконалими та потребують значних наукових досліджень.

Не потрібно забувати про те, що головним завданням кримінального судочинства щодо неповнолітніх є їх перевиховання і в цьому випадку потрібно розглядати застосування запобіжного заходу не як примус, а як спосіб попередження майбутніх кримінальних правопорушень та спосіб виховного впливу на свідомість та поведінку неповнолітнього правопорушника.

Ще в минулому столітті А.М. Ларін [14, с. 24] зауважив, що метою застосування запобіжних заходів до неповнолітніх є забезпечення нормального ходу кримінального судочинства, попередження та усунення реальних та можливих перешкод з боку підозрюваного (обвинуваченого) щодо здійснення цього судочинства, забезпечення участі підозрюваного (обвинуваченого) в процесуальних діях, в яких така участь необхідна, і якнайшвидшого прибуття його до місця їх проведення, недопущення вчинення підозрюваним (обвинуваченим) нових злочинів, необхідність нейтралізувати намагання підозрюваного (обвинуваченого) створити перешкоди з виконання прийнятих процесуальних рішень, а також виховний вплив на неповнолітнього.

Водночас державна політика у сфері кримінальної юстиції має забезпечувати належний баланс між свободою особи та інтересами правосуддя. Утримання під вартою неповнолітніх осіб, що переслідуються у кримінальному процесуальному порядку, має здійснюватись виключно за наявності правових і фактичних підстав, що дозволяють підтвердити суспільну обґрунтованість таких дій. Забезпечити ефективність системи гарантій прав дитини у кримінальному судочинстві та запобігти злочинності неповнолітніх можна лише за умови злагодженої взаємодії судової системи з усіма органами державної влади, на які покладено це важливе завдання, та розробки спільного алгоритму дій.

Ми хочемо зауважити, що кожен із запобіжних заходів, які передбачені кримінальним процесуальним законом, певним чином корегує поведінку неповнолітнього підозрюваного. Лише правильне їх застосування впливає на волю, свідомість та емоції неповнолітнього, допомагає йому критично оцінювати свої дії, у зв'язку з якими відносно нього було обрано той чи інший запобіжний захід,

викликає у нього неприємні відчуття та переживання і тим самим стимулює необхідність у зміні своєї неправомірної поведінки. Ми не схилиємося до думки, що до більшої частини неповнолітніх правопорушників потрібно застосовувати тримання під вартою. Проте не можна обмежуватися лише поняттями вчинення ними тяжких та особливо тяжких злочинів, адже існує безліч випадків, за наявності яких цей запобіжний захід буде найкраще виконувати покладені на нього обов'язки.

### Список використаної літератури

1. Кримінальний процес України : [навч. посібник] / В.В. Назаров. – К. : ФОП О.С. Ліпкан, 2013. – 448 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [Є.М. Блажівський, Ю.М. Грошевий, Ю.М. Дьомін та ін.]; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова – Т. 2. – Х. : Право, 2012. – 664 с.
3. Бопхоев Х.В. Принудительные меры в отношении несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых в совершении преступлений : проблемы совершенствования законодательного урегулирования и практики правоприменения : автореф. дис. канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України : [станом на 05.01.2006 р.]. – К. : Велес. – 2006. – 176 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.]; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Т. 1. – Х. : Право. – 2012. – 768 с.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с.
7. Попов А.М., Громов Н.А., Черкасов А.Д. Совершенствование и правовая природа ареста как мера уголовно-процессуального принуждения // Российский следователь. – 2001. – № 5. – С. 15.
8. Кримінальний кодекс України (зі змінами та доповненнями станом на 1 вересня 2013 року). – Х. : Одиссей, 2013. – 232 с.
9. Вирок Луцького міськрайонного суду у Справі № 161/15927/13-к Провадження № 1-кп/161/575/13 від 11.12.2013 р.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 1 вересня 2013 року : (офіц. текст). – К. : Паливода А.В., 2013. – 328 с.
11. Мироненко О. Вплив спеціальних умов застосування та обставин, які при цьому враховуються на обрання запобіжного заходу / О. Мироненко // Публічне право. – № 2(14). – 2014. – с. 89–97.
12. Савенко М. Деякі питання застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового слідства / М. Савенко // Юрид. вісн. України. – 2004. – № 24. – С. 29–32.
13. Тищенко О.І. Процесуальне положення учасників судового розгляду при обранні запобіжного заходу у виді тримання під вартою / О.І. Тищенко // Проблеми законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України. – 2006. – Вип. 82. – 221 с.
14. Ларин А.М. Работа следователя с доказательствами / А.М. Ларин. – М. : Юрид. лит., 1966. – 156 с.



УДК 343.112

## СУДОВІ ДОРУЧЕННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: PRO ET CONTRA

Володимир ФІГУРСЬКИЙ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

The article deals with the theoretical and practical problems of the institute of the court orders due to the current Criminal Procedural Code of Ukraine. Based on the analysis of the judicial practice the author comes to the conclusion concerning abuse of such authority by the judges and the necessity for the court orders existence. The research gives the reasons to make amendments to part 3 of article 333 of the Criminal procedure code of Ukraine.

**Key words:** thorough, complete, impartial, criminal proceedings, court orders, body of pre-trial investigation, additional investigation, incompleteness of pre-trial investigation, verification.

### АНОТАЦІЯ

У статті проаналізовані теоретичні та практичні проблеми інституту судових доручень за чинним КПК України 2012 року. На підставі аналізу судової практики зроблений висновок про зловживання судьями судовими дорученнями та про доцільність існування цього повноваження суду. У результаті дослідження запропоноване уточнення до ч. 3 ст. 333 КПК України щодо судових доручень.

**Ключові слова:** всебічний, повний, неупереджений, кримінальне провадження, судові доручення, орган досудового розслідування, додаткове розслідування, неповнота досудового слідства, перевірка.

**Постановка проблеми.** Відповідно до ч. 2 ст. 9 КПК України 2012 року прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані **всебічно, повно і неупереджено** дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень. Виконати зазначені обов'язки вказані органи та посадові особи зобов'язані насамперед на стадії досудового розслідування.

Як відомо, досудове розслідування – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або **направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності** (п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК України).

Визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний, виконавши вимоги відповідних статей КПК України, направити матеріали до суду.

З наведеного випливає, що органи досудового розслідування зобов'язані вже до моменту направлення до суду вказаних матеріалів **всебічно, повно і неупереджено** дослідити **всі** обставини кримінального провадження.

Проте на практиці з різних причин трапляються випадки, коли органи досудового розслідування виконують цей обов'язок не достатньо **повно**, у зв'язку з чим доволі часто виникає необхідність усунути цю «неповноту».

Як відомо, до прийняття Кримінального процесуального кодексу 2012 року ця неповнота (також і неправильність)

досудового розслідування, виявлена в судовому засіданні, яку неможливо було усунути в ньому, надолужувалася шляхом направлення кримінальної справи на додаткове розслідування. Так, це правило закріплювалось у ст. 281 КПК України 1960 року.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України відмовився від інституту направлення кримінальної справи на додаткове розслідування.

Погодимося, що відмова від цього інституту є суттєвим прогресом, адже інститут направлення судом кримінальної справи на додаткове розслідування фактично був перепонуою на шляху застосування таких основних засад судочинства, як забезпечення доведеності вини, презумпція невинуватості, змагальність сторін, безпосередність дослідження показань, речей і документів, розумні строки його здійснення тощо [1, с. 619].

При направленні окремих кримінальних справ на додаткове розслідування іноді можна було вести мову не лише про неповноту дослідження обставин справи чи якісь процесуальні проблеми, а й про наявність інтересу окремих осіб у тому, щоб посягти сумнів у допустимості деяких доказів та їх достатності, віддалити вирішення справи в часі. У такий спосіб можна досягти пом'якшення сприйняття гостроти та небезпечності вчиненого як у суспільстві, так і судом, а за рахунок цього розраховувати на більш м'яке покарання або на уникнення відповідальності взагалі [2].

Відомо, що більшість європейських країн не надолужують недоліки досудового розслідування шляхом направлення справи на додаткове розслідування, оскільки вважають, що судовий розгляд порівняно з досудовим є головним, вирішальним, що передбачені законом можливості досудового розслідування не можуть переважати над можливостями судового розгляду. Крім того, право людини на доступ до правосуддя та на розумний строк провадження в кримінальній справі не дозволяє затягувати у такий спосіб вирішення справи судом [2].

КПК України 2012 року, як уже зазначалось, не передбачає інституту додаткового розслідування. Своєрідною гарантією



всєбїчності, повноти та неупередженості дослідження всіх обставин кримінального провадження стало впровадження, серед іншого, інституту процесуального керівництва. Чи означає це, що тепер на досудовому розслідуванні не можуть мати місце неповнота та неправильність? І як діяти у випадку виникнення таких? Спробуємо знайти відповідь на ці та інші запитання в чинному КПК України.

**Аналіз останніх досліджень.** Інститут судових доручень у кримінальному провадженні неодноразово ставав предметом досліджень таких відомих вчених, як В.Т. Малярєнко, В.Т. Нор, В.Г. Гончаренко, М.Є. Громова, Р.О. Куйбіда, Ю.М. Грошевий та ін. Проте їх праці лише поверхнево та побїжно торкалися досліджуваної проблеми або предметом аналізу були відповідні норми КПК України 1960 р. Тому ґрунтовного дослідження зазначеного питання згідно з чинним КПК України 2012 р. до сьогодні немає.

**Мета статті.** На основі аналізу норм чинного КПК України та судової практики дослідити інститут судових доручень, виокремити як позитивні сторони його існування, так і вказати на недоліки законодавчого формулювання, що обумовлюють відповідні зловживання на практиці.

**Виклад основного матеріалу.** Насамперед згадаємо, що поряд з інститутом додаткового розслідування у 2001 р. як засіб усунення неповноти досудового слідства законодавець ввів і інститут судових доручень (ст. 315<sup>1</sup> КПК України 1960 р.). Незважаючи на те, що існування цієї статті викликало багато дискусій щодо її недоцільності чи навіть у деякій мірі неконституційності, основні положення цієї статті практично без змін знайшли своє відображення у відповідних частинах ст. 333 чинного КПК України 2012 року [1, с. 619].

Відповідно до ч. 3 ст. 333 КПК України у випадку, якщо під час судового розгляду виникне необхідність у **встановленні обставин або перевірці обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження**, і вони не можуть бути встановлені або перевірені іншим шляхом, суд за клопотанням сторони кримінального провадження має право доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії. Згідно з ч. 5 ст. 333 КПК України в ухвалі суду про доручення проведення слідчої (розшукової) дії зазначається, для з'ясування або перевірки яких обставин і які саме слідчі (розшукові) дії необхідно провести, та встановлюється строк виконання доручення. Слідчі (розшукові) дії, що проводяться на виконання доручення суду, здійснюються в порядку, передбаченому главами 20 (Слідчі (розшукові) дії) та 21 (Негласні слідчі (розшукові) дії) КПК України.

Однак ці норми не відзначаються ґрунтовністю і конкретністю. Їх логіка та узгодженість з іншими нормами КПК України викликають певні сумніви.

Тут насамперед виникає закономірне запитання: якщо прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, **повно** і неупереджено дослідити всі обставини кримінального провадження ще до направлення матеріалів до суду, то про **встановлення або перевірку яких обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, законодавець веде мову?**

Зауважимо, що «повний» – це той, який включає все необхідне, викінчений, виявляється вповні, який досяг межі, досконалий, цілковитий, абсолютний, цілий, вичерпний [3]. Якщо виникає необхідність встановити нові або перевірити відомі обставини, які мають істотне значення для кримінального провадження, чи не можна вести мову

за описаної ситуації про неповноту чи неправильність досудового розслідування, незважаючи на те, що законодавець у чинному КПК України не передбачає в процесуальному сенсі неповноти і неправильності як таких? Відповідь напрошується очевидна. Якщо ці обставини були або могли бути відомі під час досудового розслідування або їх встановлення на цій стадії не викликало труднощів, то не встановивши або не перевіривши їх, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, певно, допустили неповноту чи неправильність досудового розслідування. Більшість цих недоліків можна виправити під час судового засідання. Проте для іншої частини законодавець передбачив доволі нечітку норму, в якій закріплює можливість суду надавати судові доручення, навколо яких на практиці спостерігаються значні зловживання.

При застосуванні судами ч. 3 ст. 333 КПК України на практиці виникає чимало справедливих запитань, зокрема:

– Про встановлення чи перевірку яких саме обставин іде мова у цій статті?

– Які «певні» слідчі (розшукові) дії суд чи суддя мають запропонувати виконати органам розслідування?

– Чи мають право сторони брати участь у тих слідчих (розшукових) діях, які провадитимуться за судовим дорученням?

– Чи можуть бути оскаржені дії та рішення посадових осіб, які виконували судові доручення? Якщо можуть, то куди і в якому порядку?

– На який строк відкладається судовий розгляд для проведення слідчої (розшукової) дії? [4].

Питань виникає багато, але відповідей на них у законі немає.

Існування цієї статті змінює уяву про роль і місце суду у змагальному процесі, фактично зміщує досудове розслідування й судовий розгляд і це потребує серйозних змін і доповнень до багатьох статей КПК України. Проте таких змін та доповнень не внесено, що закономірно призводить до непорозуміння, неоднозначності при застосуванні цієї норми. Зазначена норма на практиці за метою і змістом може розцінюватися як завуальована форма додаткового розслідування кримінального провадження, спроба за рахунок судів поліпшити досудове розслідування, вирішити його проблеми та допущені недоліки [4].

З урахуванням змісту ч. 3 ст. 333 КПК України та відсутності її адаптації в інших статтях КПК України важко зрозуміти, що означає перевірити обставини та про які обставини йде мова? Про ті, що встановлені у ході судового розгляду чи досудового розслідування? Хіба не суд, за логікою законодавця, повинен перевірити й уточнити всі обставини провадження, одержані як під час досудового розслідування, так і судового розгляду? Тим більше, що в ч. 3 ст. 333 КПК України не йдеться чітко про те, що таку перевірку й уточнення органи досудового розслідування можуть робити лише тоді, коли цього не в змозі зробити **сам суд** під час судового розгляду.

Крім цього, законодавець в аналізованій статті зазначає, що засобами такої перевірки та встановлення обставин можуть бути «певні» слідчі (розшукові) дії. Однак закріплюючи оціночну норму, а саме «певні» слідчі (розшукові) дії, закон тим самим створює неоднозначність та неконкретизованість її застосування, оскільки виникає цілком слушне запитання: які саме слідчі (розшукові) дії має на увазі український законодавець?

Виходячи з положення, що ці слідчі (розшукові) дії мають виконуватися з додержанням вимог, передбачених

главами 20 (Слідчі (розшукові) дії) та 21 (Негласні слідчі (розшукові) дії) КПК України, є підстави припустити, що законодавець робить можливим давати судові доручення для проведення не окремих, а будь-яких слідчих (розшукових) дій, передбачених вказаними главами КПК України.

Частина 4 ст. 333 КПК України встановлює, що під час розгляду клопотання про судові доручення суд враховує значення обставин, про встановлення або перевірку яких просить особа, яка звернулася з ним (клопотанням), можливість їх встановлення або перевірки шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та причин, з яких не були здійснені належні дії для їх встановлення чи перевірки на стадії досудового розслідування. Суд відмовляє в задоволенні клопотання прокурора, якщо він не доведе, що слідчі (розшукові) дії, про проведення яких він просить, не могли бути проведені під час досудового розслідування через те, що не були і не могли бути відомі обставини, які свідчать про необхідність їх проведення.

Із буквального тлумачення наведеної норми випливає, що якщо є можливість встановити чи перевірити певні обставини шляхом проведення слідчої (розшукової) дії і ця слідча дія не могла бути проведена під час досудового розслідування з конкретних причин, то суд має право доручити органу досудового розслідування провести цю чи іншу слідчу (розшукову) дію. Проте виникають закономірні запитання: чи за усіх описаних ситуацій суд має давати доручення, чому суд сам не може провести ту чи іншу процесуальну дію під час судового розгляду, адже законодавець наділяє його необхідними повноваженнями?

Так, відповідно до положень ст. ст. 352, 353, 354, 356 КПК України суд має право допитати будь-яку особу як свідка, а також провести допити потерпілих чи експертів. Згідно зі ст. 355 КПК України в суді може бути проведено впізнання особи чи речей. Законом (ст. ст. 332 та 361 КПК України) передбачена також можливість призначення судом експертиз та проведення огляду на місці.

У зв'язку з наведеним, як видається, суд не мав би давати доручення органу досудового розслідування виконувати слідчі дії, які він безпосередньо сам може виконати. Адже у суду достатньо повноважень, щоб у більшості випадків не вдаватися до судових доручень. Проте суди не завжди використовують ці повноваження, про що засвідчує аналіз судової практики.

Так, Бориспільський міськрайонний суд Київської області своєю ухвалою від 24 липня 2014 року (справа № 359/5201/14-к, провадження № 1-КП/359/285/2014) доручив слідчим ГСУ МВС України **призначити почеркознавчу експертизу** щодо належності записів у вилученій записній книжці (блокноті) власнику.

Галицький районний суд Івано-Франківської області (справа № 341/330/14-к, провадження № 1-кп/341/31/14) ухвалою від 22 липня 2014 року надав слідчому СВ Галицького РВ УМВС України в Івано-Франківській області судове доручення **провести огляд автомобіля** «Mercedes Бенц Віто», який ще на стадії досудового слідства був визнаний речовим доказом.

Білоцерківський міськрайонний суд Київської області (справа № 357/18468/13-к, провадження № 1-кп/357/83/14) своєю ухвалою від 13 березня 2014 року надав доручення старшому слідчому СВ Білоцерківського МВ (з обслуговування міста Біла Церква та Білоцерківського району) ГУ МВС України у Київській області **призначити автотехнічну експертизу автомобіля** «Audi А6», який знаходиться на штрафмайданчику Білоцерківського МВ (з

обслуговування міста Біла Церква та Білоцерківського району) ГУ МВС України в Київській області та на вирішення експертів поставити таке запитання: чи у справному стані перебував автомобіль «Audi А6» перед ДТП?

Луцький міськрайонний суд Волинської області (справа № 161/18966/13-к, провадження № 1-кп/161/56/14) своєю ухвалою від 30 квітня 2014 року доручив старшому слідчому СВ Рожищенського РВ УМВС України у Волинській області **призначити судову психолого-психіатричну експертизу** та на вирішення якої експертам поставити запитання: чи знаходився О. в момент вчинення кримінального правопорушення в стані фізіологічного афекту; чи знаходився О. в момент вчинення кримінального правопорушення в емоційному стані (стрес, фрустрація, розгубленість), який міг істотно вплинути на його свідомість та діяльність; чи присутні в О. індивідуально-психологічні особливості (інтелектуальні, характерологічні, емоційно-вольові, мотиваційні та ін.), які могли істотно впливати на його поведінку у підслідній ситуації; чи являється О. психічно хворим у даний час і чи не потребує він застосування примусових заходів медичного характеру.

Іллічівський міський суд Одеської області (справа № 501/3923/14-к, провадження № 1-кп/501/165/14) своєю ухвалою від 05 листопада 2014 року доручив СВ Іллічівського МВ ГУМВС України в Одеській області провести слідчу дію, а саме **призначити та провести судово-медичну експертизу** для з'ясування та перевірки обставин смерті потерпілого О.

Керченський міський суд Автономної Республіки Крим (справа № 107/11441/13-к, провадження № 1кп/107/30/14) своєю ухвалою від 30 січня 2014 р. задовольнив клопотання обвинуваченого про виклик для допиту в якості свідка О., який був ді-джеєм 31 березня 2012 року на дискотечі в БК імені Войкова у місті Керчі і бачив його на дискотечі, коли, згідно з обвинуваченням, він скоїв злочин. Для цього суд дав доручення **провести допит** цієї особи Керченському міському відділу ГУМВС України в АР Крим.

Богуславський районний суд Київської області (справа № 358/443/14-к, провадження № 1-кп/358/51/14) своєю ухвалою від 09 жовтня 2014 року надав судове доручення СВ Богуславського РУ ГУМВС України в Київській області **провести допити** осіб О. та А. в якості свідків та надати суду протоколи їх допитів.

Зарічний районний суд м. Суми (справа № 591/323/14-к, провадження № 1-кп/591/100/14) 14 березня 2014 року ухвалив доручити слідчому СВ СМВ УМВС України в Сумській області, з метою відтворення обставин вчинення кримінального правопорушення, провести вказані слідчі дії: здійснити **допит** в якості свідків, скласти протоколи допиту свідків О1, О2 та з'ясувати відомі їм обставини щодо вчинення ОЗ зловживання службовим становищем на посаді директора ДП «Сумський науково-дослідний та проектний інститут землеустрою».

Петрівський районний суд Кіровоградської області (справа № 400/910/14-к, провадження № 1-кп/400/83/14) ухвалив 01 жовтня 2014 року направити доручення начальнику Петрівського РВ УМВС України в Кіровоградській області на проведення слідчих (розшукових) дій, а саме: встановити та **допитати** осіб, з якими спілкувалась потерпіла О4 протягом трьох годин перед її смертю, тобто до 10 години 30 хвилин.

Яремчанський міський суд Івано-Франківської області (справа № 354/880/13-к, провадження № 1-кп/354/7/14) ухвалив 07 березня 2014 року доручити слідчому відділенню

Яремчанського МВ УМВС України в Івано-Франківській області **призначити судово-медичну експертизу щодо причин смерті потерпілого О.**

Отже, наведений аналіз практики засвідчує:

1. Суди вдаються до судових доручень і у випадках, коли вони самі мають можливість провести ті чи інші судово-слідчі дії під час судового розгляду.

2. За всіх проаналізованих ситуацій мала місце саме «неповнота» досудового розслідування, оскільки прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий у всіх випадках могли і мали б передбачити необхідність проведення вказаних слідчих дій для з'ясування обставин, що мали істотне значення для кримінального провадження під час досудового розслідування.

Так, з наведених прикладів виникає закономірне запитання: як до суду могло надійти провадження з неперевіреною алібі обвинуваченого і для чого доручати провести допит органу досудового розслідування, якщо допитати може і має безпосередньо сам суд? Також не вже орган досудового розслідування не міг передбачити необхідність встановлення осіб, з якими спілкувалася перед смертю потерпіла і їх допитати? Крім того, чому судово-медична експертиза для встановлення причин смерті не була призначена на стадії досудового розслідування, адже встановлення причин смерті – це одна з підстав обов'язкового призначення судової експертизи. Важко пояснити і ситуацію, за якої слідчий, розслідуючи ДТП зі смертельними наслідками, не призначив автотехнічну експертизу і не з'ясував, чи у справному стані перебував автомобіль, на якому був здійснений наїзд на пішохода. Незрозуміло залишається ситуація, за якої слідчий визнав автомобіль речовим доказом, проте не провів його належний огляд тощо. Чи не можна розцінювати це як неповноту досудового розслідування? Видається, що відповідь очевидна – так, можна.

3. Як впливає з вищенаведеного, практика трансформувала судові доручення за суттю в завуальоване додаткове розслідування і використовує інститут судових доручень як засіб усунення неповноти і неправильності досудового розслідування, що згідно з КПК України 1960 року здійснювалося шляхом направлення справи на додаткове розслідування.

Аналіз цих та низки інших прикладів із судової практики свідчить про те, що неконкретність закону щодо як предмета судових доручень, так і часу їх виконання призводить до того, що на суд усе більше перекладаються невластиві йому функції в змагальному кримінальному процесі. Застосування ч. 3 ст. 333 КПК України в судовому розгляді призводить до істотного затягування судового процесу, оскільки суди відкладають судовий розгляд справи до отримання результату за судовим дорученням. Крім цього, звернемо увагу, що у визначенні часу на виконання цих судових доручень суди діють кожний на власний розсуд.

З іншої сторони, зазначимо, що доцільність існування у кримінальному процесуальному законодавстві норми, що дозволяє суду давати судові доручення органу досудового розслідування, в окремих випадках очевидна. Це зумовлено тим, що часто на практиці виникають ситуації, за яких без судових доручень обійтись практично не можливо. Так, розглянемо ситуацію, за якої обвинувачений у провадженні про вбивство під час групової бійки заперече свою причетність до злочину. В цьому випадку для того, щоб спростувати або підтвердити його показання, необхідно

серед іншого провести і слідчий експеримент. За допомогою цієї слідчої дії можна з'ясувати: з ким конкретно бився обвинувачений, на якій ділянці місця події, хто був поруч із ним. Водночас з'являється можливість перевірити показання очевидців бійки, з'ясувати, із якого місця кожен із них спостерігав, кого бачив, чи міг чути або впізнати з такої відстані конкретних осіб тощо.

Беззаперечно, цю слідчу дію повинен був виконати слідчий під час досудового розслідування. Проте якщо з певних причин цього не було зроблено, то необхідно вдатись саме до судового доручення.

Подібна ситуація з такою слідчою (розшуковою) дією, як обшук. Змодельємо ситуацію, коли свідок під час судового розгляду заявляє, що здогадався, де обвинувачений може зберігати чи переховувати знаряддя чи інші речові докази, які мають значення для кримінального провадження. Для цього потрібно провести обшук, виконання якого необхідно доручити саме органу досудового розслідування. Адже іншим способом важко буде забезпечити належну тактику його проведення, зокрема дотримання принципу раптовості.

Названі слідчі дії потребують неабиякої підготовки, володіння теоретичними та практичними знаннями з тактики їх виконання, складаються з кількох умовних етапів, тривалі в часі і потребують залучення спеціальних знань для досягнення позитивного результату тощо. Тому, як видається, законодавець справедливо не зазначає їх серед слідчих (розшукових) дій, до яких може вдатися безпосередньо суд під час судового розгляду.

За описаних ситуацій суд закономірно має звернутись в порядку ч. 3 ст. 333 КПК України до інституту судових доручень, оскільки встановити нові обставини або перевірити існуючі, які безперечно мають істотне значення для вирішення кримінального провадження під час судового засідання, своїми силами неможливо.

Отже, судові доручення можливі, але в надзвичайно рідкісних і виняткових випадках, коли у інший спосіб, зокрема під час судового розгляду, неможливо отримати відповідні дані. Саме на це повинен орієнтувати закон.

Зазначимо, що слідчі (розшукові) дії, які можуть бути предметом судового доручення, законодавець повинен чітко визначити. До них можуть увійти дії, що носять розшуковий характер (встановлення особи та її місця знаходження тощо), складні дії, що потребують особливих знань, вміння та підготовки, тривалі в часі тощо та дії, на виконання яких законодавець не уповноважує суд під час судового засідання – мова, насамперед, про слідчий експеримент, обшук, освідування.

**Висновки.** У такий спосіб видається виправданим внести уточнення до ч. 3 ст. 333 КПК України і викласти її у такий редакції: «У разі, якщо під час судового розгляду виникне необхідність у встановленні або перевірці обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, **що не були і не могли бути відомі під час досудового розслідування** і вони не можуть бути встановлені або перевірені **безпосередньо судом в межах його повноважень під час судового розгляду іншим шляхом**, суд за клопотанням сторони кримінального провадження у **виняткових випадках** має право доручити органу досудового розслідування провести **окремі** слідчі (розшукові) дії».

Таким чином вдалось би врегулювати наявну на практиці ситуацію, за якої суди вдаються до судових доручень, перекладаючи на орган досудового розслідування подеколи свій обов'язок з виконання слідчих (розшукових) дій,

які можуть і мали б безпосередньо виконати самі. Це, у свою чергу, дозволило б уникнути певного уподібнення інституту судових доручень за метою до інституту направлення справи на додаткове розслідування і забезпечити дотримання таких основних засад судочинства, як забезпечення доведеності вини, презумпція невинуватості, змагальність сторін, безпосередність дослідження показань, речей і документів, розумні строки його здійснення тощо.

#### Список використаної літератури

1. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. – Х. : Фактор, 2013. – 1072 с.

2. Маляренко В.Т. Щодо повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування та прокурору / В. Т. Маляренко // Вісник Верховного суду України. – 2004. – № 6(46) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/06F93C26A3E9EF52C2256EC400305F70?OpenDocument>.

3. Всесвітній словник української мови. Словник антонімів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uk.worldwidedictionary.org/%D1%86%D1%96%D0%BB%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%82%D0%B8%D0%B9>.

4. Маляренко В.Т. Про судові доручення у кримінальній справі / В.Т. Маляренко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/f0bae8cc7a7a5dddc325707c002d1725?OpenDocument>.



## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.242

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ УКРАЇНОЮ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ НОРМ  
ПРО НАДАННЯ ЗГОДИ НА ОBOB'ЯЗKOBІСТЬ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВЮрій ВИШНЕВСЬКИЙ,  
здобувач кафедри міжнародного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## SUMMARY

The article studies the issues of implementation of the norms of Vienna Convention on the law of treaties (1969) as well as of the norms of Vienna Convention on the law of treaties between states and international organizations or between international organizations (1986) about the consent to be bound by a treaty in the national law of Ukraine. The research is grounded on certain examples of the consent to be bound by an international treaty in the Ukrainian modern legal practice.

**Key words:** Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), implementation, consent to be bound by a treaty, signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, accession, acceptance, approval.

## АНОТАЦІЯ

У статті досліджуються питання імплементації в національний правопорядок України міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів, що містяться у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. і Віденській конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р. Дослідження ґрунтується на конкретних прикладах сучасної міжнародно-правової практики України щодо надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів.

**Ключові слова:** Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р., імплементація, згода на обов'язковість міжнародного договору, підписання, обмін документами, ратифікація, приєднання, прийняття, затвердження.

**Постановка проблеми.** Універсальними міжнародно-правовими документами, що регулюють порядок надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів, є Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. (надалі за текстом – Віденська конвенція 1969 р.) [1] і Віденська конвенція про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. (надалі за текстом – Віденська конвенція 1986 р.) [2].

Віденська конвенція 1969 р. [1] набрала чинності 27 січня 1980 р. [3]. Станом на 2 квітня 2014 р.<sup>1</sup> учасниками Віденської конвенції 1969 р. [1] є 114 суб'єктів міжнародного права (112 держав, Папський Престол і Держава Палестина) [3]. Зауважимо, що зазначена Конвенція згідно зі статтею 1 застосовується *виключно* до договорів між державами [1, с. 1].

Україна стала учасницею Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1] ще в складі СРСР. Спочатку була прийнята Постанова Ради Міністрів Української РСР «Про схвалення та представлення на розгляд Президії Верховної Ради Української РСР пропозиції про приєднання Української РСР до Віденської конвенції про право міжнародних договорів» від 26 березня 1986 р. № 102 [4]. Згодом на підставі зазначеної Постанови було прийнято Указ Президії Верховної Ради Української РСР «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної

Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів» від 14 квітня 1986 р. № 2077-ХІ [5].

Офіційне підписання від імені України (Української РСР) Віденської конвенції 1969 р. відбулося 29 квітня 1986 р. Згідно зі статтею 83 Конвенції («Приєднання») документ про приєднання України (Української РСР) до Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1, с. 83] було здано на зберігання Генеральному Секретареві Організації Об'єднаних Націй 14 травня 1986 р. [3].

Відповідно до пункту 2 статті 84 Конвенції («Набрання чинності»)² Віденська конвенція 1969 р. набрала чинності для України (Української РСР) 13 червня 1986 р. [1, с. 84]. Після здобуття незалежності Україна підтвердила свої зобов'язання за Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р. [1] на підставі статті 6 Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р. № 1543-ХІІ [6, с. 6].

Що стосується Віденської конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. [2], то зазначена Конвенція чинності *не* набрала [7]. Разом з тим слід мати на увазі, що на підставі абзацу 7 Преамбули Віденської конвенції 1986 р. [2] норми цієї Конвенції сформульовані з урахуванням положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1]. У свою чергу абзац 8 Преамбули Віденської конвенції 1986 р. [2] визнав зв'язок між правом договорів між держа-

<sup>1</sup> За хронологією 114-м учасником Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1] стала Держава Палестина, яка приєдналася до цієї Конвенції саме 2 квітня 2014 р. – Ю. В.

<sup>2</sup> Згідно з пунктом 2 статті 84 Конвенції: Конвенція набирає чинності на тридцятий день після здачі на зберігання державою-учасницею своєї ратифікаційної грамоти або документа про приєднання – Ю. В.

вами<sup>3</sup> і правом договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями.

На підставі викладеного логічно постають важливі наукові і практичні питання про імплементацію до національного правопорядку України міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання права міжнародних договорів досліджували у своїх наукових працях такі українські вчені, як: В.Г. Буткевич, М.В. Буроменський, А.С. Гавердовський, В.Н. Денисов, А.І. Дмитрієв, В.І. Євінгов, С.Р. Кравченко, А.Я. Мельник, С.С. Мещеряк, П.М. Рабінович, В.О. Ріяка, О.Ю. Перевезенцев, Н.М. Раданович, В.М. Стешенко, О.Я. Трагнюк, А.О. Шепель та ін.; а також іноземні автори: Н.В. Захарова, Г.В. Ігнатенко, В.О. Карташкін, І.І. Лукашук, Р.А. Мюллерсон, Б.І. Осмінін, В.П. Панов, А.М. Талалаєв, О.І. Тіунов, Є.Т. Усенко, Б. Алтангерела, К.Ш. Амаду, М. Кравен (M.C.R. Craven), Р.К. Гардінер (R.K. Gardiner), О. Еліас (O. Elias), Д.М. Джонс (J.M. Jones), П. Кляйн (P. Klein), О. Кортен (O. Corten), М. Фіцморіс (M. Fitzmaurice) та ін.

У своїх публікаціях зазначені фахівці ґрунтовно досліджують окремі аспекти права міжнародних договорів, зокрема питання імплементації окремих міжнародно-правових норм у внутрішньодержавний правопорядок. Однак до цього часу фактично відсутні комплексні дослідження особливостей імплементації до внутрішньодержавного правопорядку України міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

Виходячи з цього, **мета статті** полягає у дослідженні особливостей імплементації в національний правопорядок України міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, у першу чергу, – Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1], а також дослідження доречної міжнародно-правової практики надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів, що укладаються Україною з міжнародними організаціями.

На підставі викладеного можна сформулювати такі **основні завдання** статті:

– встановити законодавчі та інші нормативно-правові акти України, що містять імplementовані з універсального міжнародного права норми про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору;

– з'ясувати зміст імplementованих Україною міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору;

– визначити, наскільки норми законодавчих та інших нормативно-правових актів України відповідають змісту відповідних міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

**Викладення основного матеріалу.** Зважаючи на те, що Україна стала учасником Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1] ще в складі колишнього СРСР, слід звернути увагу на особливості імплементації Україною (Українською РСР) норм цієї Конвенції, які стосуються надання згоди на обов'язковість міжнародного

договору. У цьому зв'язку слід нагадати, що Українська РСР не мала відповідного Закону про міжнародні договори. Що стосується Закону СРСР «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР» від 6 липня 1978 р. № 7770-IX [8], то цей Закон набув чинності з 1 вересня 1978 р. [9, с. 1], тобто *раніше* за часом, ніж набрала чинності власне Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. [1], і *раніше* за часом, ніж Конвенція 1969 р.<sup>4</sup> [1] набрала чинності для колишнього СРСР<sup>5</sup>. Зважаючи на викладене, можна констатувати (з певними застереженнями) так звану попередню рецепцію Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1] з боку колишнього СРСР. Принагідно зазначимо, що попередня рецепція (як спосіб імплементації) полягає у тому, що держава вживає заходів до приведення свого законодавства у відповідність з нормами міжнародного договору на етапі підготовки до приєднання до відповідного договору. Тим самим удається поєднати момент прийняття на себе зобов'язань за міжнародним договором і початок їхнього виконання у внутрішньому правопорядку [10, с. 67, 68].

Важливою для нашого дослідження є зміст статті 1 Закону СРСР «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР» від 6 липня 1978 р. № 7770-IX [8], згідно з якою цей Закон регулював порядок укладення, виконання і денонсації *виключно* міжнародних договорів колишнього СРСР [8, с. 1]. Отже, Закон СРСР про міжнародні договори 1978 р. [8] об'єктивно не міг бути застосований до міжнародних договорів, що укладалися від імені Української РСР.

Зважаючи на викладене, першим вітчизняним законом, який імplementував положення Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1] до національного правопорядку України, є Закон України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. № 3767-XII [11]. Однак на сьогодні зазначений Закон має в основному історичне, а також порівняльно-правове (компаративістське) значення, оскільки він втратив чинність з 03 серпня 2004 р. [12, розд. VII, с. 3]. Натомість з цієї ж дати (тобто з 03 серпня 2004 р.) набрав чинності Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, розд. VII, с. 1].

Отже, наразі саме Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV<sup>6</sup> [12] можна вважати *основним* вітчизняним нормативно-правовим актом у сфері укладення, виконання і припинення дії міжнародних договорів України. На підставі викладеного можна перейти до безпосереднього дослідження особливостей імплементації до національного правопорядку України міжнародно-правових норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

Міжнародно-правові норми загального характеру про способи надання згоди на обов'язковість міжнародного договору містяться у статтях 2 і 11 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [13, Art. 2 і 11]. Згідно з підпунктом «b» пункту 1 статті 2 («Вживання термінів») Конвенції 1969 р. «ратифікація», «прийняття»,

<sup>3</sup> Очевидно, що під «правом договорів між державами» в абзаци 8 Преамбули Віденської конвенції 1986 р. [2] мається на увазі, у першу чергу, Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. [1], а також доречна міжнародно-правова практика – Ю. В.

<sup>4</sup> Довідкове: Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. [1] набрала чинності 27 січня 1980 р. [3] – Ю. В.

<sup>5</sup> Довідкове: для СРСР Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. [1] набрала чинності 29 травня 1986 р. [3] – Ю. В.

<sup>6</sup> Надалі по тексту – Закон України «Про міжнародні договори України» 2004 р., Закон 2004 р. або Закон – Ю. В.

«затвердження» і «приєднання» означають, залежно від випадку, міжнародний акт, який має таке найменування і за допомогою якого держава виражає в міжнародному плані свою згоду на обов'язковість для неї договору [13, Art. 2].

Абзац шостий статті 2 («Визначення термінів») Закону України «Про міжнародні договори України» 2004 р. [12, с. 2] практично повністю повторив перелік способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, що містяться у підпункті «b» пункту 1 статті 2 («Вживання термінів») Конвенції 1969 р. [13, Art. 2], – у порівнянні з конвенційною нормою в українському Законі було змінено лише черговість перерахування способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору: «ратифікація, затвердження, прийняття, приєднання – залежно від конкретного випадку форма надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору» [12, с. 2]. Тобто, у цьому випадку, ми можемо констатувати типовий приклад рецепції міжнародно-правової норми.

У свою чергу стаття 11 («Способи надання згоди на обов'язковість договору») Конвенції 1969 р. суттєво доповнила перелік способів, викладених у статті 2 Конвенції 1969 р. [13, Art. 2], і встановила, що згоду держави на обов'язковість для неї договору може бути виражено підписанням договору, обміном документами, ратифікацією договору, прийняттям, затвердженням, приєднанням до нього або будь-яким іншим способом, про який [держави – Ю. В.] домовились [13, Art. 11]. Зазначена конвенційна норма імплементована у статті 8 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV: згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору або іншим шляхом, про який домовилися сторони [12, с. 8].

Розглянемо особливості імплементации способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору у порядку їх черговості за текстом статті 11 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [13, Art. 11], що має характер загальної норми щодо подальших статей Розділу 1 Частини II цієї Конвенції.

Першим серед перелічених способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору є *підписання*. Згідно з пунктом 1 статті 12 Віденської конвенції 1969 р.: згода держави на обов'язковість для неї договору виражається шляхом підписання договору представником держави, коли: *a)* договір передбачає, що підписання має таку силу; *b)* в інший спосіб встановлено домовленість держав, які беруть участь у переговорах, про те, що підписання повинне мати таку силу; *c)* намір держави надати підписанню такої сили випливає з повноважень її представника або був виражений під час переговорів [1, с. 12].

У свою чергу пункт 2 статті 12 Віденської конвенції 1969 р. встановлює, що парафування тексту договору<sup>7</sup> одночасно означає і підписання договору в тому випадку, коли встановлено, що держави, які беруть участь у переговорах, так домовились. Так само підписання *ad referendum*<sup>8</sup> договору представником держави, якщо воно підтверджується

цією державою, також означає остаточне підписання договору [1, с. 12].

Імплементованою нормою статті 12 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1, с. 12] можна вважати абзац п'ятий статті 2 Закону України «Про міжнародні договори України» 2004 р., згідно з яким підписання – це або стадія укладення міжнародного договору, або форма надання Україною згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору у випадках, передбачених міжнародним договором чи іншою домовленістю сторін [12, с. 2]. Як спосіб надання згоди на обов'язковість міжнародного договору підписання може застосовуватися лише щодо міжвідомчих міжнародних договорів України [12, с. 3], що знайшло відображення у пункті 5 Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422 [14, п. 5].

Наступний спосіб надання згоди на обов'язковість міжнародного договору у переліку статті 11 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [13, Art. 11] – це *обмін документами*. У свою чергу спеціальна за своїм характером стаття 13 Віденської конвенції 1969 р. встановлює, що згода на обов'язковість договору, надана шляхом обміну документами, які становлять договір, має місце, якщо: *a)* ці документи передбачають, що обмін ними матиме таку силу; або *b)* в інший спосіб встановлено домовленість цих держав про те, що цей обмін документами повинен мати таку силу [1, с. 13].

Порівняльний аналіз статей 11 і 13 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [13, Art. 11 і 13] і статті 8 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, с. 8], а також інших відповідних норм цього Закону показує, що чинне українське законодавство формально не передбачає такого способу надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, як обмін документами<sup>9</sup>. Разом з тим на практиці Україна досить часто послуговується таким способом надання згоди на обов'язковість міжнародного договору. Зазвичай, у міжнародно-правовій практиці України обмін документами, як спосіб надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, застосовується на міжвідомчому рівні і має два види: обмін дипломатичними нотами [15; 16] та обмін листами [17; 18].

У цьому зв'язку також доречно зауважити, що поняття «обмін документами» не слід плутати з поняттям «обмін ратифікаційними грамотами». За сенсом статті 13 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. обмін документами вважається окремим (самодостатнім) способом надання згоди на обов'язковість міжнародного договору [1, с. 13]. Тоді як обмін ратифікаційними грамотами є необхідним елементом іншого способу надання згоди на обов'язковість міжнародного договору – ратифікації. Про це свідчить зміст і статті 16 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1, с. 16], і статті 11 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, с. 11]. Приклади обміну

<sup>7</sup> Парафування – це засіб встановлення автентичності тексту договору згідно зі статтею 10 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [1, с. 10]. Парафування зазвичай здійснюється за допомогою проставлення ініціалів уповноважених осіб на кожній сторінці відповідного міжнародного договору – Ю. В.

<sup>8</sup> У перекладі з латинської мови «ad referendum» означає «під умовою схвалення». У праві міжнародних договорів під терміном «ad referendum» розуміють умовне, неостаточне підписання – Ю. В.

<sup>9</sup> Частина перша статті 1 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. № 3767-III встановлювала, що обмін листами або нотами є однією з форм укладення міжнародних договорів [11, ст. 1] – Ю. В.



ратифікаційними грамотами є досить поширеними в українській правовій практиці [19; 20; 21].

Що стосується власне *ратифікації*, то згідно зі статтею 14 Віденської конвенції 1969 р. згода держави на обов'язковість для неї договору у формі ратифікації надається, якщо: *a)* договір передбачає, що така згода виражається ратифікацією; *b)* в інший спосіб установлено, що держави, які беруть участь у переговорах, домовились про необхідність ратифікації; *c)* представник держави підписав договір з умовою ратифікації; або *d)* намір держави підписати договір з умовою ратифікації впливає з повноважень її представника або був виражений під час переговорів [1, с. 14].

Конвенційна норма про ратифікацію міжнародних договорів імплементована до внутрішньодержавного правопорядку України шляхом трансформації у статті 9 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, с. 9]. При цьому національна норма значно ширша за обсягом порівняно з конвенційною, оскільки містить докладний перелік видів міжнародних договорів, що підлягають ратифікації, і детальну внутрішньодержавну процедуру надання згоди на обов'язковість міжнародного договору (з чітким розподілом повноважень відповідних органів державної влади на кожному конкретному етапі ратифікації) [12, с. 9].

Далі стаття 15 Віденської конвенції 1969 р. передбачає, що *приєднання*, як спосіб надання згоди держави на обов'язковість для неї договору, застосовується, якщо: *a)* договір передбачає, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання; *b)* в інший спосіб установлено, що держави, які беруть участь у переговорах, домовились, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання; або *c)* всі учасники потім домовились, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання [1, с. 15]. Імплементация цієї конвенційної норми здійснена у статті 13 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, с. 13].

На відміну від пункту 2 статті 14 Віденської конвенції 1969 р., який встановлює, що *прийняття* або *затвердження* здійснюються на умовах, подібних до тих, які застосовуються до ратифікації [1, с. 14], національний законодавець України встановив, що у порядку, передбаченому для ратифікації міжнародних договорів України, здійснюються *приєднання* до міжнародного договору і *прийняття* міжнародного договору [12, с. 13]. У свою чергу затвердження, як спосіб надання згоди на обов'язковість договору, здійснюється за спеціальною процедурою Президентом України, Кабінетом Міністрів України, міністерствами або іншими центральними органами виконавчої влади України [12, с. 12].

Слід також зауважити, що перелік способів надання згоди держави на обов'язковість для неї певного договору, який закріплено у статті 11 Конвенції 1969 р. [13, Art. 11] не є вичерпним, і тому держави можуть обрати будь-який інший спосіб, про який вони домовились, щоб надати згоду на обов'язковість для них певного договору. Конвенційна норма про *відкритий* перелік способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору імплементована у статті 8 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12, с. 8]. Очевидно, що такий *інший спосіб* може виникнути внаслідок певної правомірної практики у міждержавних відносинах

як прояв принципу суверенної рівності держав-учасниць певного міжнародного договору [22, с. 2].

Що стосується імплементации до національного правопорядку України відповідних норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, які закріплені у Віденській конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. [2], можна зауважити таке. Як ми вже зазначили вище, Віденська конвенція 1986 р. [2] чинності не набрала [7]. Однак доречні норми цієї Конвенції *фактично* імплементовані до національного правопорядку України через відповідну практику укладення Україною міжнародних договорів з міжнародними організаціями.

Віденська конвенція про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. встановлює способи надання згоди на обов'язковість міжнародного договору для держав і міжнародних організацій у статті 2 («Вживання термінів») [23, Art. 2]. Згідно з підпунктом «b-ter» пункту 1 статті 2 Віденської конвенції 1986 р. *спільними* і для держав, і для міжнародних організацій є такі способи надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, як: прийняття, затвердження і приєднання [23, Art. 2].

Натомість відповідно до підпункту «b» пункту 1 статті 2 Віденської конвенції 1986 р. ратифікація, як спосіб надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, може застосовуватися лише державами [23, Art. 2]. При цьому підпункт «b-bis» пункту 1 статті 2 Віденської конвенції 1986 р. встановлює, що акт офіційного підтвердження міжнародної організації означає міжнародний акт, що відповідає [за юридичною природою – Ю. В.] акту ратифікації з боку держави [23, Art. 2].

Для розуміння понятійного апарату Віденської конвенції 1986 р. важливою є норма пункту 2 статті 2, згідно з якою застосування термінів у цій Конвенції не впливає на застосування цих термінів або значень, що можуть бути надані їм у внутрішньому праві будь-якої держави або у правилах будь-якої міжнародної організації [23, Art. 2]. Щодо України, то такі терміни або значення закріплені у Законі України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV, зокрема у статті 2 («Визначення термінів») цього Закону [12, с. 2].

Міжнародно-правова практика України укладання договорів з міжнародними організаціями доводить, що із способів надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, які передбачені у статті 2 Віденської конвенції 1986 р. [2, с. 2], Україна найчастіше послуговується ратифікацією і затвердженням. Так, на підставі пункту 2 статті 11 Меморандуму про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) про розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ від 14 квітня 2014 р. [24, с. 11] Україна *ратифікувала* зазначений міжнародний договір на підставі відповідного Закону про ратифікацію від 29 травня 2014 р. № 1282-VII [25]. Прикладом *затвердження* Україною міжнародного договору за участю міжнародної організації є Угода між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (ЮНЕСКО) про надання Державному підприємству України «Міжнародний дитячий центр «Артек»» статусу центру під егідою ЮНЕСКО (категорія 2) від 9 листопада 2006 р. [26, с. 16]. Зазначена Угода була затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 30 травня 2007 р. № 793 [27].



Очевидно, найбільш поширеним з боку України способом надання згоди на обов'язковість міжнародного договору за участю міжнародної організації є *підписання*. Підписання є прийнятним способом надання згоди за умови, коли такі договори підписуються на рівні Уряду [28, п. 1], міністерств або інших центральних органів виконавчої влади України [29, с. 7] та інших вищих органів державної влади України [30, с. 5].

Практика України також допускає випадки, коли договір за участю міжнародної організації може набрати чинності з дати, яка мала місце *раніше* за часом, ніж дата його підписання. Так, Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй щодо надання ресурсів до складу Операції ООН у Кот-д'Івуарі було підписано 3 липня 2014 р. [31, с. 15], а набув чинності згідно зі статтею 14 – з 1 липня 2013 р. [31, с. 14]. Ця особливість пов'язана з необхідністю повного відшкодування на користь України її фактичних витрат із забезпечення національного українського контингенту (вертолітного підрозділу) під час Операції ООН у Кот-д'Івуарі (ОООНКІ/UNOCI).

Крім ратифікації, затвердження і підписання, в українській правовій практиці надання згоди на обов'язковість міжнародного договору за участю міжнародної організації може відбуватися також у формі обміну нотами [32].

Узагальнюючи викладене вище, можна зробити такі основні висновки:

1. Норми Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. [1] про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору імплементовані (шляхом рецепції і трансформації) до національного законодавства України в Законі України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12], який передбачає практично такі самі способи надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, як і Віденська конвенція 1969 р. [1].

2. Відсутність у статті 8 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [12] згадки про обмін документами, як спосіб надання згоди на обов'язковість для України міжнародного договору, не є юридичною перешкодою для використання цього способу надання згоди на обов'язковість договору у міжнародно-правовій практиці України.

3. Фактична імплементация норм про надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, що закріплені у Віденській конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р. [2], відбувається через відповідну міжнародно-правову практику України укладення договорів з міжнародними організаціями.

**Перспективи подальших досліджень** у цьому напрямку полягають, на нашу думку, у необхідності дослідження правової природи акту надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

### Список використаної літератури

1. Віденська конвенція про право міжнародних договорів : Складено у м. Відень 23 травня 1969 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_118).

2. Віденська конвенція про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями : Складено у м. Відень 21 березня 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_a04](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_a04).

3. Vienna Convention on the Law of Treaties : Done at Vienna, May 23, 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtmsg\\_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtmsg3&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtmsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtmsg3&lang=en).

4. Про схвалення та представлення на розгляд Президії Верховної Ради Української РСР пропозиції про приєднання Української РСР до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : Постанова Ради Міністрів Української РСР від 26 березня 1986 р. № 102 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/102-86-p>.

5. Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 р. № 2077-XI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2077-11>.

6. Про правонаступництво України : Закон України від 12 вересня 1991 р. № 1543-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1543-12>.

7. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations : Done at Vienna on 21 March 1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?&src=TREATY&mtmsg\\_no=XXIII-3&chapter=23 & lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?&src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-3&chapter=23 & lang=en).

8. О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР : Закон СССР от 6 июля 1978 г. № 7770-IX [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.lawrussia.ru/texts/legal\\_383/doc383a858x257.htm](http://www.lawrussia.ru/texts/legal_383/doc383a858x257.htm).

9. О введении в действие Закона СССР «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР» : Постановление Верховного Совета ССР от 6 июля 1978 г. № 7771-IX [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.lawrussia.ru/texts/legal\\_383/doc383a858x257.htm](http://www.lawrussia.ru/texts/legal_383/doc383a858x257.htm).

10. Міжнародне право : [навч. посіб.] / [авт. кол. : М. В. Буроменський, І. Б. Кудас, А. А. Маєвська та ін.] ; за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 336 с. – ISBN 966-667-174-3.

11. Про міжнародні договори України : Закон України від 22 грудня 1993 р. № 3767-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3767-12>.

12. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

13. Vienna Convention on the Law of Treaties : Done at Vienna on 23 May 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

14. Про затвердження Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/422-94-p>.

15. Угода (у формі обміну нотами) між Міністерством закордонних справ України та Апостольською Нунціатурою в Україні : Вчинено у м. Київ 6 квітня 2006 р., 22 серпня 2007 р. і 18 вересня 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/336\\_002](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/336_002).

16. Угода (у формі обміну нотами) між Міністерством економіки України і Міністерством закордонних справ Японії про реалізацію проекту технічного співробітництва «Українсько-японський центр» : Вчинено у м. Київ 15 липня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/392\\_028](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/392_028).

17. Домовленість між Урядом України і Урядом Швейцарської Конфедерації про встановлення дипломатич-

них та консульських відносин (у формі обміну листами) : Вчинено у м. Київ 6 лютого 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/756\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/756_015).

18. Угода (у формі обміну листами) між Урядом України та Урядом Китайської Народної Республіки про надання Міністерству освіти і науки України комп'ютерного обладнання для загальноосвітніх навчальних закладів України : Вчинено у м. Київ 5 грудня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/616\\_172](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/616_172).

19. Протокол про обмін Грамотами про ратифікацію Договору між Українською Радянською Соціалістичною Республікою і Білоруською Радянською Соціалістичною Республікою : Складено у м. Київ 31 серпня 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/112\\_011](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/112_011).

20. Протокол про обмін Грамотами про ратифікацію Договору між Україною і Республікою Польща про добросусідство, дружні відносини і співробітництво : Вчинено у м. Київ 30 грудня 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/760\\_026](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/760_026).

21. Протокол про обмін ратифікаційними грамотами про ратифікацію Договору між Україною та Сирійською Арабською Республікою про правові відносини і взаємну правову допомогу в цивільних і кримінальних справах : Вчинено у м. Дамаск 30 грудня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/760\\_026](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/760_026).

22. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду : Складено у м. Сан-Франциско 26 червня 1945 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010).

23. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations : Done at Vienna on 21 March 1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_2\\_1986.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf).

24. Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) про розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ : Вчинено у м. Відень 14 квітня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/975\\_026](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/975_026).

25. Про ратифікацію Меморандуму про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) про розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ : Закон України від 29 травня 2014 р. № 1282-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1282-18>.

26. Угода між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (ЮНЕСКО) про надання Державному підприємству України «Міжнародний дитячий центр «Артек»» статусу центру під егідою ЮНЕСКО (категорія 2) : Вчинено у штаб-квартирі ЮНЕСКО у м. Париж 9 листопада 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/952\\_010](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/952_010).

27. Про затвердження Угоди між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (ЮНЕСКО) про надання Державному підприємству України «Міжнародний дитячий центр «Артек»» статусу центру під егідою ЮНЕСКО (категорія 2) : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 травня 2007 р. № 793 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/793-2007-п>.

28. Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України і Програмою розвитку Організації Об'єднаних Націй щодо підтримки реформування системи державної служби у рамках адміністративної реформи : Укладено у м. Київ 23 жовтня 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_g76](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_g76).

29. Меморандум про взаєморозуміння між Міністерством внутрішніх справ України та Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ (БДІПЛ) : Вчинено у м. Київ 5 липня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b16](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_b16).

30. Меморандум про співробітництво між Конституційним Судом України та Координатором проектів ОБСЄ в Україні : Вчинено у м. Київ 16 липня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/975\\_027](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/975_027).

31. Меморандум про взаєморозуміння між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй щодо надання ресурсів до складу Операції ООН у Кот-д'Івуарі : Вчинено у м. Нью-Йорк 3 липня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_l52](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_l52).

32. Домовленість (у формі обміну нотами) між Представництвом України при Європейському Союзі та Генеральним секретаріатом Ради Європейського Союзу про виправлення технічних помилок в україномовному тексті Протоколу до Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами про Рамкову угоду між Україною та Європейським Співтовариством про загальні принципи участі України в програмах Співтовариства : Вчинено у м. Брюссель 7 і 10 червня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a45](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a45).