

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»



# ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

*збірник наукових праць*

науково-практичне юридичне видання

Випуск 6(21)

Том 1

Івано-Франківськ  
2017

У збірнику висвітлюються результати наукових досліджень проблем сучасної правової науки, зокрема актуальних питань теорії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права, процесуальних та комплексних галузей права, правозастосовної практики, правової освіти, а також інші аспекти правової політики держави.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, здобувачів, практичних працівників, студентів, курсантів та всіх зацікавлених осіб.

**Головний редактор:**

Ківалов Сергій Васильович – д-р юрид. наук, професор

**Відповідальний секретар:**

Романюк Андрій Богданович – канд. юрид. наук, доцент

**Редакційна колегія:**

*Ю.П. Аленін* – д-р юрид. наук, професор

*М.Р. Аракелян* – канд. юрид. наук, професор

*Л.Р. Біла-Тіунова* – д-р юрид. наук, професор

*Є.В. Додін* – д-р юрид. наук, професор

*В.В. Долежан* – д-р юрид. наук, професор

*В.М. Дрьомін* – д-р юрид. наук, професор

*В.В. Дудченко* – д-р юрид. наук, професор

*С.О. Ковальчук* – канд. юрид. наук, доцент

*П.Д. Пилипенко* – д-р юрид. наук, професор

*С.Л. Стадніченко* – габілітований д-р, професор

*В.В. Тищенко* – д-р юрид. наук, професор

*В.О. Туляков* – д-р юрид. наук, професор

*В.І. Фелик* – д-р юрид. наук, доцент

*Є.О. Харитонов* – д-р юрид. наук, професор

*О.І. Харитонova* – д-р юрид. наук, професор

*Г.І. Чанишева* – д-р юрид. наук, професор

**Відповідальний за випуск:**

*О.П. Головка*

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 26.12.2017 р. (протокол № 3)

Офіційний сайт видання: [www.pjv.nuoua.od.ua](http://www.pjv.nuoua.od.ua)

Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник» зареєстровано Державною реєстраційною службою України (Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 18118-6918Р від 16.08.2011 р.), внесено до переліку наукових фахових видань України з юридичних наук, відповідно до Наказу МОН України від 04.07.2013 р. № 893

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.1

**О. В. Барановський***аспірант кафедри загальноправових дисциплін  
Донецького юридичного інституту  
МВС України***ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ СИСТЕМИ УПРАВЛІННЯ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ШТАТНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ МІЛІЦІЇ НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ**

Сьогодні в Україні втілюється одна з найбільш масштабних і важливих реформ для нашої держави – реформа Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС), яка є, напевно, однією з головних ланок в комплексі заходів із реформування правоохоронних органів України. У цій реформі найважливішим завданням було створення Національної поліції України. Це стало комплексним проектом національного масштабу, в якому вперше поєдналися тверда політична воля, нова професійна команда, нове законодавство, повноцінна підтримка міжнародних партнерів і рішуче прагнення населення до реальних змін.

Створення нового правоохоронного органу має не лише відповідати потребам протидії злочинності, забезпечення правопорядку й законності, але й ґрунтуватись на тому досвіді інституалізації правоохоронного органу, який 24 роки стояв на варті інтересів держави, прав й основоположних свобод громадян – міліції України.

У цьому контексті ефективно наукове забезпечення організації та діяльності Національної поліції, серед іншого, передбачає вивчення й узагальнення історичного досвіду становлення та розвитку системи управління та організаційно-штатного забезпечення діяльності міліції незалежної України, що зумовлює актуальність зазначеної проблематики.

Аспекти організаційно-управлінської діяльності органів внутрішніх справ (далі – ОВС) і міліції відображені в працях О.М. Бандурки [1], І.В. Зозулі [2-3], Є.В. Зозулі [4-5], Ю.В. Кідрука [6], А.Н. Ключєва [7], Ю.Ф. Кравченка [8], Ю.Д. Кунєва [9], П.П. Михайленка, Я.Ю. Кондратьєва [10-11], Л.А. Сидорчука [12], Н.П. Харченко [13].

Водночас у сучасній історико-правовій науці недостатньо комплексних досліджень, присвячених проблемам становлення та розвитку органів міліції незалежної України. Відтак, метою статті є ретроспективний аналіз становлення й розвитку системи управління та організаційно-штатного забезпечення діяльності органів міліції протягом свого існування.

Розпочинаючи безпосереднє висвітлення проблеми, зазначимо, що формування нової системи управління та створення організаційно-штатної структури МВС України як правоохоронного органу незалежної держави почалось одразу після того, як Україна стала суверенною державою.

Уже у вересні 1991 року як результат виконання Закону України «Про підприємства, установи та організації союзного підпорядкування, розташовані на території України» від 10 вересня 1991 року [14] та постанови Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Про заходи щодо виконання Закону України «Про підприємства, установи та організації союзного підпорядкування, що розташовані на території України» від 24 вересня 1991 року [15], почався процес виходу МВС республіки, до якого належить міліція, з підпорядкування союзного МВС СРСР і формування його як правоохоронного органу незалежної держави.

Першим практичним кроком на шляху створення нового правоохоронного відомства стало звернення до особового складу органів та підрозділів внутрішніх справ України колегії МВС. Із ним вона виступила одразу ж після прийняття Верховною Радою 24 серпня 1991 року історичного політико-правового документа – Акта проголошення незалежності України, який засвідчував новий статус української держави. На той час необхідно було наповнити проголошену незалежність конкретним змістом, підкріпити її рішучими практичними діями, направленими на виведення країни з кризи, побудову демократичної правої держави з ефективною ринковою економікою. Зважаючи на це, колегія МВС звернулася до керівників органів та підрозділів внутрішніх справ, до усього особового складу із закликом докласти максимальних зусиль, щоб припинити розгул злочинності, утвердити в нашому житті принципи справедливості та гуманізму, керуватись у своїй діяльності винятково вимогами закону, зміцнити зв'язки з населенням та громадськістю [16].

Наступним кроком стала департизація органів міліції незалежної держави. Відповідно до Поста-

нови Верховної Ради України «Про департизацію державних органів, установ й організацій», прийнятої 24 серпня 1991 року, у всіх органах державної влади та управління, правоохоронних органах було припинено діяльність організацій політичних партій [17].

Необхідно зазначити, що згідно із Законом України «Про міліцію», на момент створення незалежної держави міліція складалася з підрозділів: кримінальної міліції, міліції громадської безпеки, транспортної міліції, державної автомобільної інспекції, міліції охорони та спеціальної міліції [18, с. 7].

Створення нового правоохоронного відомства незалежної держави потребувало визначення правового статусу працівника ОВС як особи, наділеної повноваженнями забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки й порядку. Відтак, постановою КМУ від 28 грудня 1991 року було затверджено новий текст Присяги працівника органів внутрішніх справ України [19]. На початку 1992 року у всіх органах і підрозділах внутрішніх справ було проведено ритуали прийняття Присяги на вірність народу України.

Враховуючи те, що в історії української міліції почався новий історичний етап, візуальним підтвердженням змін у новоствореній українській міліції стало установа спеціальних звань начальницького й рядового складу ОВС, форменого одягу та форми службового посвідчення працівників міліції, які були впроваджені згідно з постановою Верховної Ради України від 22 квітня 1993 року [20]. У подальшому, протягом квітня – грудня 1993 року, було здійснено обмін на нові службові посвідчення працівників ОВС з державною символікою незалежної України [21]. Крім того, протягом 1995-1996 років було здійснено перехід на нову форму одягу [22], а також міліція України та її підвідомчі служби, відповідно до нової державної символіки, одержали нову емблему; було затверджено концепцію вигляду транспортних засобів міліції [23].

Необхідно зазначити, що на діяльність органів міліції України в період їхнього становлення впливала низка негативних чинників, а саме: стрімке загострення криміногенної обстановки, розпад системи соціальної профілактики, падіння правозахисної активності населення, трудових колективів і громадськості, зв'язок з якими помітно послабився. Масштаби зростання злочинності в Україні призвели до того, що в низці місць вона вийшла з-під контролю правоохоронних органів. Значно зросла агресивність і жорстокість злочинців, опір силам правопорядку. За 1991 рік під час виконання службових обов'язків загинуло 76 і поранено 503 працівники міліції. Усе це вимагало від керівництва української міліції вживан-

ня швидких і рішучих організаційних і практичних заходів для вдосконалення діяльності міліції та посилення боротьби зі злочинністю в новоствореній державі [4, с. 33].

Відтак, наприкінці 1991 – на початку 1992 років керівництвом української міліції було здійснено низку організаційно-практичних заходів, спрямованих на удосконалення управління, кадрового забезпечення, зміцнення законності в оперативно-службовій діяльності органів внутрішніх справ.

Першочерговим заходом у цьому напрямі стало створення комісій щодо розгляду матеріалів стосовно атестації особового складу та присвоєння чергових спеціальних звань, головною метою діяльності яких було забезпечення об'єктивної та повної оцінки ділових, моральних та особистих якостей рядового та начальницького складу органів міліції новоствореної держави [24].

Наступним важливим кроком на шляху створення нової системи управління органами й підрозділами ОВС, зокрема й органів міліції, стала реорганізація у вересні 1991 року організаційно-інспекційних управлінь (відділів, відділень) УВС, які діяли в структурі міліції УРСР, у відповідні штаби [25].

На рівні центральної керівної ланки був створений штаб МВС України (на правах Головного управління), який став самостійним структурним підрозділом міністерства. Відповідно до затвердженого положення про штаб МВС України, він здійснював свою діяльність під безпосереднім керівництвом Міністра внутрішніх справ і його головним завданням стало забезпечення координації та узгодження дій галузевих служб міністерства, органів і підрозділів внутрішніх справ у боротьбі зі злочинністю й охороні громадського порядку [26]. Безумовно, створення цього нового структурного підрозділу мало важливе значення для організації діяльності новоствореної української міліції.

Водночас були здійснені подальші заходи щодо укріплення керівної ланки МВС України. Із цією метою, відповідно до Постанови КМУ від 10 квітня 1992 року, МВС України було дозволено мати 6 заступників міністра, зокрема одного першого, колегію в складі 15 осіб [27]. Серед наступних вжитих заходів було рішення колегії МВС України про удосконалення структури Головного слідчого управління МВС України, а саме введення до його структури раніше незалежних один від одного чотирьох слідчих підрозділів. [28].

У нових історичних умовах особливе значення мало зміцнення законності в діяльності ОВС, забезпечення прав й основоположних свобод громадян нашої країни. На цьому напрямку оперативно-службової діяльності також було здійснено низку управлінських рішень. По-перше, на керівників усіх рангів ОВС була покладена персональна

відповідальність за її стан [29]. Наступним кроком стало підвищення ролі інспекції з особового складу ОВС. Основним завданням інспекції стало зміцнення законності в діяльності ОВС, забезпечення повного, об'єктивного та всебічного дослідження надзвичайних подій, проведення профілактичної роботи серед працівників міліції [30].

У подальшому, на виконання рішення КМУ від 4 липня 1992 року, уперше в колишньому СРСР було прийнято рішення про створення в структурі кримінальної міліції МВС України нової служби – Управління внутрішньої безпеки. Її основним завданням було запобігання втягуванню працівників ОВС у протиправну діяльність, виявлення та розкриття їхніх корумпованих зв'язків та інших корисливих злочинів [31]. Водночас згадана служба займалася й захистом працівників та їхніх близьких від тиску з боку кримінальних елементів. У вересні 1994 року підрозділи внутрішньої безпеки увійшли до складу Головного управління по боротьбі з організованою злочинністю МВС України [32].

Водночас було здійснено низку необхідних послідовних організаційно-управлінських рішень на регіональному рівні. Серед першочергових заходів можемо виділити такі: затвердження в липні 1992 року складу колегій Управлінь внутрішніх справ (далі – УВС) областей [3]; розширення меж самостійності начальників УВС Республіки Крим, ГУВС м. Києва, УВС областей і м. Севастополя наказом МВС України у липні 1992 року, Управління внутрішніх справ на транспорті щодо вирішення службових завдань та підвищення їхньої відповідальності за стан боротьби зі злочинністю й охорони громадського порядку. Зокрема, їм були надані додаткові права в організаційно-штатних питаннях, у питаннях фінансів та матеріально-технічного забезпечення, у сфері управління ОВС та організації оперативно-службової діяльності [34].

Крім того, протягом 1992-1995 років із метою вдосконалення роботи ОВС була перебудована структура апаратів МВС, ГУВС, УВС, УВСТ, здійснене скорочення управлінських ланок, зміцнені підрозділи міліції, які вели безпосередню боротьбу зі злочинністю. Так, наприклад, були прийняті рішення про чисельне зміцнення оперативних служб міськрайвідділів ОВС, підрозділів боротьби з організованою злочинністю, із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, слідчих підрозділів, підрозділів внутрішньої безпеки, підрозділів з організації розкриття злочинів проти особистості, підрозділів з боротьби щодо незаконного обігу наркотиків [5, с. 41].

Водночас, значне зростання злочинності у сфері економіки й у напрямку карного розшуку потребувало підвищення рівня організаційно-оперативної діяльності підрозділів кримінальної

міліції та поліпшення управління ними в боротьбі зі злочинністю. На виконання цього завдання, у травні 1993 року в міських, районних, лінійних управліннях (відділах) ОВС було введено посаду першого заступника начальника управління (відділу) внутрішніх справ – начальника кримінальної міліції [35].

Крім того, необхідність посилення ефективності боротьби зі злочинністю потребувало вдосконалення рівня керівництва однієї з найважливіших служб – дільничних інспекторів міліції. Стосовно цього вже на початку 1993 року, з метою удосконалення організаційно-методичного забезпечення діяльності дільничних інспекторів міліції, посилення контролю за їхньою роботою та зміцнення взаємодії з підрозділами кримінальної міліції у складі міліції громадської безпеки МВС України, УВС Республіки Крим, УВС областей, ГУВС м. Києва та УВС м. Севастополя були створені самостійні управління, відділи дільничних інспекторів міліції; у всіх міськрайвідділах внутрішніх справ введені посади начальників відділень дільничних інспекторів міліції [36].

Після утвердження незалежності України перед правоохоронними органами постало завдання організації взаємодії з міжнародними організаціями, які здійснюють протидію міжнародній злочинності, насамперед, з Інтерполом – міжнародною правоохоронною організацією кримінальної поліції, яка координує міжнародне співробітництво поліцейських органів (установ) різних країн у боротьбі із загальнокримінальними злочинами. Після прийняття України до Інтерполу (4 листопада 1992 року) виникла нагальна необхідність створення підрозділу, який би безпосередньо забезпечив функцію Національного центрального бюро Інтерполу в Україні.

Для виконання цього завдання була прийнята постанова КМУ від 25 березня 1993 року «Про Національне центральне бюро Інтерполу», якою встановлювалося, що взаємодія правоохоронних органів України з компетентними органами зарубіжних держав щодо вирішення питань боротьби зі злочинністю, що має транснаціональний характер або виходить за межі країни, здійснюється лише через Національне центральне бюро (далі – НЦБ) Інтерполу. МВС виступає як НЦБ Інтерполу [37]. Цією постановою також було затверджено Положення «Про Національне центральне бюро Інтерполу» [38]. До того ж наказом МВС України були створені підрозділи Укрбюро Інтерполу та визначено вимоги до співробітників, якими комплектувалися нововведені посади [39].

Необхідно зазначити, що з набуттям незалежності в Україні виникла й спостерігається й досі стійка тенденція до загострення проблем, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Відтак, пе-

ред правоохоронними органами постало завдання організації боротьби з наркоманією та незаконним оборотом наркотиків, профілактика цих злочинів. Задля організації цього напрямку оперативно-службової діяльності в лютому 1994 року в структурі кримінальної міліції було створено самостійні підрозділи міліції для боротьби з незаконним обігом наркотиків (ВБНОН). Ці підрозділи спрямували свої зусилля на виявлення кваліфікованих видів злочинів: фактів збуту наркотиків, притонуотримування, втягування в наркоманію [40].

Наступним кроком у забезпеченні більш ефективною системи управління органами міліції став Закон «Про внесення змін та доповнень до статті 7 Закону України «Про міліцію» від 28.06.1994, яким остаточно вирішується питання про подвійне підпорядкування ОВС. Законом було визначено, що у своїй діяльності міліція підпорядковується МВС України, а Міністр внутрішніх справ України здійснює керівництво всією міліцією України» [41]. Крім того, відповідно до цього Закону управління внутрішніх справ областей реорганізовано в управління МВС України в областях.

Також у серпні 1994 року КМУ затвердив нову організаційну структуру центрального апарату МВС України, відповідно до якої у вересні цього ж року наказом МВС України була оголошена нова організаційна структура центрального апарату МВС України та підрозділів, які були безпосередньо йому підпорядковані [42].

Слід зауважити, що створення нових структурних підрозділів МВС найчастіше було зумовлено непростою соціально-економічною обстановкою в державі. Так, наприклад, у другій половині 90-х років ХХ століття в державі виникла нагальна потреба забезпечення стабільного надходження податків й інших платежів до бюджетів всіх рівнів. У зв'язку з цим перед органами міліції постало завдання організації роботи щодо профілактики, викриття та припинення злочинів, пов'язаних із порушенням податкового законодавства, які в цей час набули в державі масового поширення. Із цією метою в жовтні 1994 року в системі МВС України створюється Управління боротьби з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, яке стало самостійним оперативним підрозділом у складі кримінальної міліції [43]. У грудні цього ж року ці підрозділи були створені й в місті Києві, Автономній республіці Крим, Севастополі, інших областях та на транспорті [44]. У подальшому Згідно з Указом Президента України від 30 жовтня 1996 року [45], у складі Державної податкової адміністрації України було утворено податкову поліцію, що з лютого 1998 року називається податковою міліцією.

Водночас негативні соціально-економічні й політичні процеси, які відбувалися на етапі роз-

будови незалежної держави призвели до зростання злочинності неповнолітніх. Відтак, згідно з Постановою КМУ від 8 липня 1995 року «Про створення кримінальної міліції у справах неповнолітніх», наказом МВС України від 2 серпня 1995 року була створена кримінальна міліція у справах неповнолітніх, яка стала самостійним підрозділом у складі кримінальної міліції МВС України [46]. Нова служба зосередила свою діяльність на заходах профілактики правопорушень і боротьбі зі злочинністю серед осіб, які не досягли 18-річного віку, та на захисті неповнолітніх від негативного впливу дорослих.

На початку 1990-х років у зв'язку із погіршенням криміногенної ситуації в Україні, обумовленим поширенням злочинів, інших правопорушень із застосуванням вибухівки, які викликали тяжкі наслідки й значний суспільний резонанс, при експертно-криміналістичних управліннях МВС України, ГУМВС в Криму, УМВС України в Донецькій і Луганській областях були створені вибухотехнічні служби, а в УМВС України в Дніпропетровській, Львівській, Одеській, Харківській областях – міжрегіональні вибухотехнічні служби [47].

Також в липні 1995 року в структурі міліції громадської безпеки ГУМВС України в Криму, м. Києві та Київській області, УМВС України в областях та м. Севастополі з метою гарантування безпеки працівників суду, правоохоронних органів, осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їхніх сімей та близьких родичів були створені спеціальні підрозділи міліції [48].

У другій половині 90-х рр. ХХ ст. політичне, економічне та соціальне оновлення суспільства, зростання злочинності до рівня реальної загрози національній безпеці України, кризові явища в самій системі ОВС потребували визначення шляхів оптимізації діяльності системи МВС з метою максимального забезпечення ефективності її функціонування. Для вирішення цього завдання була розроблена й затверджена Концепція розвитку системи МВС, схвалена Постановою КМУ від 24 квітня 1996 року [49].

Концепція передбачала комплекс заходів з удосконалення й розвитку системи МВС, зокрема й у частині управління та організаційно-штатних структур. Проте унаслідок того, що Концепція не отримала належної підтримки органів виконавчої влади й місцевого самоврядування, достатнього фінансування, послідовної позиції і внутрішньовідомчої виконавчої дисципліни реалізація заходів Концепції у МВС не відбулася повною мірою.

Водночас діяльність із вдосконалення системи управління та організаційно-штатної структури органів міліції була продовжена після прийняття 28 червня 1996 року Верховною Радою України нової Конституції України. Спираючись на

це, необхідно зазначити, що 1996 року у зв'язку з визначенням у новій Конституції України нового статусу КМУ, всієї системи органів виконавчої влади постала необхідність підвищення ефективності роботи й відповідальності територіальних підрозділів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади та забезпечення їхньої взаємодії з місцевими державними адміністраціями. На виконання цього завдання Указом Президента України від 5 листопада 1996 року було встановлено, що керівники територіальних підрозділів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади (крім Служби безпеки України) підзвітні та підконтрольні головам відповідних місцевих державних адміністрацій із питань, що відповідно до законодавства належать до компетенції місцевих державних адміністрацій. Відповідно до Указу, призначення керівників підрозділів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади має проводитися за обов'язковим погодженням із головами відповідних місцевих державних адміністрацій [50]. Прийняття цього рішення, на нашу думку, сприяло підвищенню ефективності та відповідальності ОВС, і, насамперед, органів міліції за стан охорони громадського порядку та боротьби зі злочинністю на місцях, більш тісній взаємодії з державними адміністраціями у вирішенні цих питань.

Слід зазначити, що на початку 2000-х років керівництво держави, усвідомлюючи, що правоохоронна система у своїй основі залишається незмінною з радянських часів, ініціювало певні кроки на шляху її реформування. Зокрема, у січні 2001 року, спираючись на необхідність подальшого вдосконалення системи та структури правоохоронних органів, підвищення ефективності їхньої діяльності з утвердження й забезпечення прав і свобод громадян, зміцнення законності й правопорядку, Указом Президента України було утворено Комісію з реформування правоохоронних органів в Україні як консультативно-дорадчий орган. Основними завданнями Комісії були такі: підготовка пропозицій щодо вдосконалення та оптимізації системи правоохоронних органів в Україні, їхньої структури, організації діяльності з урахуванням загальноєвропейських міжнародних норм і стандартів [51].

Проте означена Комісія зі своїм завданням не впоралася. З огляду на це, згідно з Указом Президента України від 23 травня 2005 року була створена Міжвідомча комісія з питань реформування правоохоронних органів як консультативно-дорадчий орган при Раді національної безпеки і оборони [52]. Однак відсутність результатів діяльності, у вигляді підготовленої концепції, мало наслідком її ліквідацію у травні 2006 року.

Відтак, аналіз діяльності влади у сфері реформування правоохоронних органів дозволяє

зробити висновок про відсутність чіткого бачення стратегічної мети цього процесу, сформованої концепції щодо майбутньої системи цих органів, способів запровадження нових засад їхньої організації діяльності, що призвело до постійних пошуків оптимальних змін у структурі відповідних органів.

У контексті зазначеної проблеми необхідно акцентувати увагу на тому, що в зазначений історичний період діяльність з удосконалення системи управління та оптимізації організаційно-штатної структури органів міліції була тісно пов'язана з намаганням керівництва тодішнього МВС України все-таки здійснити реформування системи ОВС.

Підтвердженням цього є те, що протягом усього періоду існування міліції керівництвом МВС України було ініційовано розробку декількох проектів Концепцій реформування системи (органів) МВС України, а саме: проектів Концепції подальшого реформування системи Міністерства внутрішніх справ до 2006 року (2002 р.), Концепції реформування МВС України в сучасних умовах (2005 р.), Концептуальних засад реформування правоохоронних органів України (2006 р.), Концепції реформування системи Міністерства внутрішніх справ України (2007 р.), Концепції реформування системи органів Міністерства внутрішніх справ України (2008 р.) [44, с. 274]. Проте зазначені Концепції так і не були реалізовані, що не дозволило сформувати єдині системні підходи до вирішення проблем реформування, удосконалення управлінської діяльності органів внутрішніх справ, зокрема й органів міліції України. На нашу думку, основними причинами цього є відсутність сформованої стратегії й тактики процесу реформування, відповідного нормативно-правового забезпечення, належного фінансування, політичної підтримки з боку керівництва країни.

Також необхідно зауважити, що з потребою удосконалення системи управління ОВС, зокрема й органами міліції, була пов'язана й неодноразова реорганізація Положення про Міністерство внутрішніх справ України, зокрема у 1992, 1994, 1999, 1999 (двічі), 2000, 2001, 2002, 2003, 2003 (двічі), 2004, 2006, 2011 і 2015 роках, що, на нашу думку, не сприяло успішному розвитку процесів реформування системи МВС України. Безумовно, такий стан справ негативно впливав на ефективність управлінської діяльності органів міліції та оптимізацію їхньої організаційно-штатної структури.

Водночас, аналізуючи діяльність керівництва держави та МВС України щодо підвищення ефективності управління ОВС на основі оптимізації їхньої структури, необхідно зазначити, що позитивним кроком на цьому шляху стало прийняття 10 січня 2002 року базового Закону України «Про

загальну структуру й чисельність Міністерства внутрішніх справ України» [53].

На завершення огляду зазначеної проблематики зауважимо, що в подальшому зміни в організаційно-штатній структурі МВС і, відповідно, органів міліції були пов'язані з потребою боротьби з новими видами злочинів.

Отже, аналіз вищевикладеного матеріалу дає змогу стверджувати, що успішне виконання завдань правоохоронних органів залежить від зумовленості, пов'язаності та відповідності системи управління, організаційно-штатної структури їхнім функціям і повноваженням. Таким чином, організаційно-штатна структура підрозділів міліції України – важлива основа ефективної реалізації її завдань і функцій.

Основними її характеристиками мусили бути упорядкування структурної ієрархії, забезпечення розподілу повноважень між структурними підрозділами, урегулювання засад внутрішньо-структурної взаємодії та адміністративних повноважень керівництва, раціональне розташування особового складу, стабільність, хоча й з певною гнучкістю, щоб передбачати можливість її пристосування до поточних завдань, змін структури та характеру злочинних посягань, наявного кадрового потенціалу й ресурсного забезпечення.

Відповідно до цього у новоствореній державі була сформована єдина система управління та організаційно-штатна структура органів міліції як складової системи органів внутрішніх справ України.

Відповідно до завдань, які мало виконувати МВС України в нових історичних умовах, у його структуру входило керівництво, головні управління, управління, об'єднані в блоки за напрямками діяльності, та служби, які повинні були функціонувати при міністерстві. Для виконання завдань, покладених на міліцію незалежної України, також було створено відповідну структуру, яка була побудована відповідно до адміністративно-територіального устрою держави, соціально-економічних і політичних обставин, криміногенної ситуації в окремих регіонах України. Крім того, органи міліції як складова системи ОВС України були побудовані та функціонували за системним принципом. Системоутворювальною ланкою в органах міліції була протидія правопорушенням і злочинності.

Після розпаду СРСР від 1991 до 2014 року система МВС України, основним елементом якої була міліція, фактично не зазнала значних змін. Відповідно до внесених змін до Закону України «Про міліцію» у 2015 році, на час її ліквідації «міліція України складається з підрозділів: кримінальної міліції, міліції громадської безпеки, транспортної міліції, державної автомобільної інспекції, міліції охорони, судової міліції, спеціаль-

ної міліції, внутрішньої безпеки» [18]. Крім того, структура й чисельність органів міліції регулювалася окремим Законом України «Про загальну структуру й чисельність Міністерства внутрішніх справ України», питання дисциплінарних проваджень та покарання за порушення – Законом «Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України».

Таким чином, за роки незалежності України МВС незмінило успадковану від колишнього СРСР мілітаризовану організаційно-штатну структуру органів міліції, яка 2015 року, наприкінці історичного періоду свого існування, характеризувалася недосконалістю системи управління, дублюванням функцій різних підрозділів, завищеним відсотком чисельності управлінського персоналу та внутрішньою конкуренцією між структурними підрозділами, постійним недофінансуванням за основними напрямками діяльності органів та підрозділів та незадовільним соціальним забезпеченням працівників міліції. Наслідком цього стала системна корупція, здирицтво, злочинне зловживання повноваженнями, низька ефективність органів міліції в боротьбі зі злочинністю.

Усе це призвело до того, що після Революції Гідності однією з ключових реформ стала реформа МВС України, основним завданням якої є перетворення МВС на цивільний орган європейського зразка та створення поліції як головного органу з гарантування безпеки населення.

### Література

1. Бандурка О.М. Управління в органах внутрішніх справ України. Харків: Ун-т внутр. справ, 1998. 480 с.
2. Зозуля І.В. Теорія і практика реформування системи МВС України: монографія. Харків, 2008. 480 с.
3. Зозуля І.В. Оптимізація структури МВС України як елемент його реформування. Форум права. 2015. № 1. С. 115-122.
4. Зозуля Є.В. Міліція України в умовах становлення незалежної держави (90-ті рр. ХХ ст.): монографія. Донецьк, 2004. 188 с.
5. Зозуля Є.В. Органи внутрішніх справ України на етапі розбудови незалежної держави (історико-правове дослідження): монографія. 2-ге вид., переробл. і доповн. Херсон, 2017. 270 с.
6. Кідрук Ю.В. Проблеми створення і діяльності місцевої міліції в Україні (адміністративно-правові та організаційні аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 1995. 166 с.
7. Ключев А.Н. Правовые и организационно-управленческие аспекты деятельности уголовного розыска Украины: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харьков, 1997. 223 с.
8. Кравченко Ю.Ф. Актуальні проблеми реформування органів внутрішніх справ України (організаційно-правові питання): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Харків, 2001. 20 с.
9. Кунев Ю.Д. Принципи побудови та вдосконалення організаційної структури ОВС України: загально-теоретичні аспекти державного управління: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністра-

тивне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Харків, 2001. 17 с.

10. Михайленко П.П., Кондратьєв Я.Ю. Історія міліції України у документах і матеріалах: у 3 т. Київ: Генеза. Т.3: (1946-1990). 2000. 614 с.

11. Міліція України у 1917–2002 роках: (Історія, організація та діяльність, дотримання законності, підготовка кадрів/ уклад.: П.П. Михайленко та ін.; наук. ред. П. П. Михайленко. Київ.: Нац. акад. внутр. справ України, 2002. 123 с.

12. Сидорчук Л.А. Правові та організаційні питання створення і функціонування кримінальної міліції в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право, інформаційне право». Київ, 1998. 18 с.

13. Харченко Н.П. Міліція в механізмі української держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2011. 20 с.

14. Про підприємства, установи та організації союзнного підпорядкування, розташовані на території України : Закон України від 10 вересня 1991 року № 1540-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 46. Ст. 615.

15. Про заходи щодо виконання Закону України «Про підприємства, установи та організації союзнного підпорядкування, що розташовані на території України»: постанова Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1991 року № 227. / ДА МВС України, ф. 41, оп. 1, спр. 485, арк. 154-156.

16. Звернення колегії МВС УРСР до особового складу органів та підрозділів внутрішніх справ України. Архів РСУ УМВС України в Донецькій області. Ф. 17, спр. 10, арк. 69–70.

17. Про департизацію державних органів, установ і організацій : Постанова Верховної Ради України від 24 серпня 1991 року № 1429-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 38. Ст. 504.

18. Закон України «Про міліцію» (Зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 1991. № 4. Розділ 1. Ст. 1.

19. Про затвердження нового тексту Присяги працівника органів внутрішніх справ України: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1991 року № 382. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/382-91-%D0%BF>.

20. Про спеціальні звання, формений одяг та знаки розрізнення в ОВС України: Постанова Верховної Ради України від 22 квітня 1993 року № 3135. ХІІ. ДА МВС України. Ф. 41, оп. 3, спр. 436, арк. 56.

21. Про порядок оформлення та видачі службових посвідчень працівникам ОВС України: наказ МВС України від 25 лютого 1993 року № 94. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 2, арк. 151.

22. Про формений одяг працівників міліції України: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 листопада 1994 року № 766. ДА МВС України. Ф. 41, оп. 3, спр. 553, арк. 150.

23. Про затвердження емблеми МВС, емблеми підвідомчих служб, концепції зовнішнього вигляду транспортних засобів МВС України: наказ МВС України від 14 квітня 1993 року № 237. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 2, арк. 160.

24. Про створення атестаційної комісії МВС України: наказ МВС України від 10 вересня 1991 року № 387. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 17, спр. 8, т. 5, арк. 14.

25. Про реорганізацію організаційно-інспекційних управлінь УВС в штаби: наказ МВС України від 17 ве-

ресня 1991 року № 398. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 17, спр. 8, т. 5, арк. 26.

26. Про затвердження Положення про Штаб МВС України: наказ МВС України від 9 грудня 1991 року № 501. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 17, спр. 8, т. 7, арк. 92.

27. Про введення в дію Постанови Кабінету Міністрів України від 10 квітня 1992 року № 186: наказ МВС України від 30 квітня 1992 року № 229. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 6, арк. 34.

28. Про удосконалення структури Головного слідчого управління: рішення колегії МВС України від 16 липня 1992 року. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 5, т. 1, арк. 41.

29. Про заходи по зміцненню законності в діяльності ОВС: наказ МВС України від 6 грудня 1991 року № 552. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 17, спр. 8, т. 8, арк. 78.

30. Про затвердження Положення про інспекцію по особовому складу органів внутрішніх справ: наказ МВС України від 6 грудня 1991 р. № 553. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 17, спр. 8, т. 8, арк. 84.

31. Про створення підрозділів внутрішньої безпеки: наказ МВС України від 31 липня 1992 року № 452. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 13, арк. 95.

32. Про укріплення підрозділів внутрішньої безпеки МВС України: наказ МВС України від 7 вересня 1994 року № 480. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, арк. 125.

33. Про затвердження складу колегій УВС областей: наказ МВС України від 14 липня 1992 року № 414. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 12, арк. 44.

34. Про визначення прав начальників ОВС: наказ МВС України від 12 липня 1992 року № 441. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 13, т. 13, арк. 17.

35. Про введення посади першого заступника начальника управління (відділу) внутрішніх справ – начальника кримінальної міліції: наказ МВС України від 17 травня 1993 року № 289. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 6, арк. 72.

36. Про заходи щодо удосконалення рівня керівництва службою дільничних інспекторів міліції: наказ МВС України від 10 лютого 1993 року № 71. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 1, арк. 234.

37. Про Національне центральне бюро Інтерполу : постанова Кабінету Міністрів України від 25 березня 1993 року № 220. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/>

38. Про Національне центральне бюро Інтерполу : Положення затвержене постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 1993 року, № 220 URL: [www.uazakon.com/documents/date\\_29/pg\\_igwyof.htm](http://www.uazakon.com/documents/date_29/pg_igwyof.htm). – Заголовок з екрана.

39. Про створення підрозділів Укрбюро Інтерполу : наказ МВС України від 15 лютого 1995 року, № 104. Архів РСУ ГУМВС України в Донецькій обл. Арх. 61, ф. 20., д. 3. т. 1, арк. 201–202.

40. Про затвердження Положення про Управління по боротьбі з незаконним оборотом наркотиків МВС України: наказ МВС України від 22 квітня 1994 року № 209. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 3, арк. 104.

41. Про внесення змін та доповнень до статті 7 Закону України «Про міліцію»: Закон України від 28 червня 1994 року № 62/94-ВР. Відомості Верховної Ради. 1994. № 26. Ст. 216.

42. Про оголошення нової організаційної структури центрального апарату МВС України та підрозділів йому безпосередньо підпорядкованих: наказ МВС України від 2 вересня 1994 року № 469. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 6, арк. 68.

43. Про створення Управління по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування МВС України: наказ МВС України від 17 жовтня 1994 року № 618. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 7, арк. 135.

44. Про організаційно-штатні питання: наказ МВС України від 1 грудня 1994 року № 652. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 7, арк. 216.

45. Питання державних податкових адміністрацій: Указ Президента України від 30 жовтня 1996 року № 1013/96 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1013/96>

46. Про створення кримінальної міліції у справах неповнолітніх: наказ МВС України від 2 серпня 1995 року № 521. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 7, арк. 51.

47. Про створення вибухотехнічних підрозділів: наказ МВС України від 13 червня 1995 року № 378. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 5, арк. 56.

48. Про створення спеціальних підрозділів міліції для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів, осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів: наказ МВС України від 23 липня 1997 року № 467. Архів ГУНП в Донецькій області. Ф. 20, спр. 3, т. 5, арк. 124-125.

49. Концепція розвитку системи Міністерства внутрішніх справ: Постанова Кабінету Міністрів України від 24 квітня 1996 року № 456. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/456-96-%D0%BF>

50. Про заходи щодо підвищення ефективності роботи і відповідальності територіальних підрозділів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади та забезпечення їхньої взаємодії з Радою міністрів Автономної Республіки Крим та місцевими державними адміністраціями: Указ Президента України від 5 листопада 1996 року № 1035/96. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1035/96>

51. Про Комісію з реформування правоохоронних органів в Україні: Указ Президента України від 17 січня 2001 року № 17/2001. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/172001-627>

52. Питання Міжвідомчої комісії з питань реформування правоохоронних органів: Указ Президента України від 23 травня 2005 року № 834/2005. Офіційний вісник України. 2005. № 21. Ст. 1131.

53. Про загальну структуру і чисельність Міністерства внутрішніх справ України: Закон України від

10.01.2002 № 2925-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 16. Ст. 115.

### Анотація

**Барановський О. В.** Історико-правовий аналіз становлення та розвитку системи управління та організаційно-штатного забезпечення діяльності міліції незалежної України. – Стаття.

У статті здійснено історико-правовий аналіз основних етапів становлення та розвитку системи управління, організаційно-штатної структури органів міліції України; визначені напрямки й послідовність розбудови, запровадження нових засад їхньої організації й діяльності, як правоохоронного органу незалежної держави.

**Ключові слова:** Міністерство внутрішніх справ України, органи внутрішніх справ, органи міліції, система управління, організаційно-штатна структура, реформування.

### Аннотация

**Барановский А. В.** Историко-правовой анализ становления и развития системы управления и организационно-штатного обеспечения деятельности милиции независимой Украины. – Статья.

В статье осуществлен историко-правовой анализ основных этапов становления и развития системы управления, организационно-штатной структуры органов милиции Украины; определены направления и последовательность развития, внедрения новых принципов их организации и деятельности, как правоохранительного органа независимого государства.

**Ключевые слова:** МВД Украины, органы внутренних дел, органы милиции, система управления, организационно-штатная структура, реформирование.

### Summary

**Baranovskyi A. V.** Historical and legal analysis of the formation and development of the management system and staff support for the police activities of the independent state of Ukraine. – Article.

The article is devoted to the historical and legal analysis of the main stages of the formation and development of the management system, the organizational and staff structure of the police of Ukraine, it is determined the direction and sequence of development, the introduction of new principles for their organization and activities, as a law enforcement body of an independent state.

**Key words:** Ministry of Internal Affairs of Ukraine, internal affairs bodies, police, management system, organizational and staff structure, reforming.

УДК 321.05

*А. І. Бондаренко**асистент кафедри загальнотеоретичної юриспруденції  
Національного університету «Одеська юридична академія»***ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ В МЕХАНІЗМІ ПРАВОЗАХИСНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ**

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) є беззаперечно головним механізмом, через який відбувається розвиток традиції права прав людини не лише в європейському, а й у міжнародному контексті. З позиції національних правових систем існування наднаціонального суду, який встановлює принципи прав людини, посилює внутрішню судову систему договірних держав та зміцнює її незалежність від інших гілок влади. Система Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) дає європейцям право цікавитись тим, як інші держави Європи поведуться з власними громадянами. Роль і значення ЄСПЛ прямо пов'язані з його розумінням подальшого розвитку ідеї прав людини, яке проявляється в розроблених ЄСПЛ механізмах такого розвитку. Не дивно, як зазначає Дж. Летсас, що більшість інструментів інтерпретації, які розроблені ЄСПЛ, таких як доктрина «меж розсуду» держави (margin of appreciation) чи доктрина еволюційного тлумачення (evolutive interpretation), за своєю суттю торкаються дуже глибоких питань щодо самої природи прав людини, меж суддівського розсуду, а також того, як сам ЄСПЛ розуміє власну роль у багаторівневому правовому порядку Європи [1, с. 511].

Така провідна роль ЄСПЛ зумовлює те, що він перманентно перебуває у вирі палких дебатів. Він є наріжним каменем захисту прав людини для більше ніж 850 млн людей та водночас потерпає від страшенного перенавантаження, вимушений винаходити механізми для його подолання. Втручання ЄСПЛ у національні демократії, у судові системи держав дедалі частіше ставиться під сумнів. Не вщухають дискусії навколо того, яким чином ЄСПЛ має забезпечити ефективний захист прав людини, при цьому приділяючи належну увагу національному суверенітету [2, с. 33].

Роль ЄСПЛ як розробника правових доктрин у сфері прав людини заснована на об'єкті й меті самої Конвенції. Колишній Голова ЄСПЛ Р. Бернхардт підкреслив: «Існує безліч різноманітних міжнародних угод: від двосторонніх до багатосторонніх договорів, від військових альянсів до торгових угод, від угод про подвійне оподаткування до Статуту ООН, від договору щодо Місяця до договорів про запобігання транскордонного забруднення. Проте порівняно з більшістю інших міжнародних угод договори про права людини мають унікальний характер. Вони не стосуються взає-

мовідносин та обміну вигодами між суверенними державами. Натомість вони проголошують урочисті принципи гуманного ставлення до мешканців держав-учасниць. Предметом договорів про права людини є внутрішній порядок цих держав і їх ставлення до своїх громадян. Те, що колись вважалося частиною недосяжної внутрішньої юрисдикції та в межах виключної компетенції суверенних держав, стало предметом міжнародного захисту й нагляду» [3, с. 65–66]. Сам ЄСПЛ проголосив, що «під час інтерпретації Конвенції необхідно враховувати її особливий характер як договору для колективного забезпечення (enforcement) прав людини та основних свобод» [4].

Найбільш вражаючий вплив функціонування ЄСПЛ можна побачити, безумовно, у змінах внутрішнього законодавства держав та їх юридичної практики, що стали результатом практики суду. При цьому кожне рішення ЄСПЛ не має розцінюватись як окремий епізод, натомість воно є внеском у всю судову практику за Конвенцією. У кожному рішенні ЄСПЛ не просто викладає зобов'язання певної держави, що стосуються конкретної справи, він інтерпретує Конвенцію для всіх держав, які є її учасниками. Зрозуміло, що прямий вплив рішення має на державу, якої воно безпосередньо стосується, проте кожна держава – учасниця Конвенції має стежити за розвитком судової практики ЄСПЛ [5, с. 15].

Шлях ЄСПЛ до його сучасної інтерпретаційної доктрини та його впливовості можна простежити за певними важливими справами та проблемами, які широко обговорювалися світовою спільнотою з прав людини. Цілком логічно, як слушно підкреслює Ю. Вільянен, що багато питань на момент винесення на розгляд ЄСПЛ зазвичай уже широко обговорюються, оскільки суд не працює ізольовано [6, с. 251]. А отже, одним із факторів, який завжди необхідно враховувати в процесі аналізу розвитку ЄСПЛ доктрин у сфері прав людини, є наявність безперервної дискусії з прав людини, що відбувається на всіх рівнях (національному, регіональному та всесвітньому).

А. Моубрей на підставі аналізу практики ЄСПЛ зазначає, що сьогодні ми маємо віддати належне креативності суду в контексті тлумачення й застосування Конвенції. Адже ЄСПЛ намагається ставитись до прав і свобод, гарантованих Конвенцією, таким чином, щоб це мало дійсну користь для тих мільйонів осіб, які підпадають

під її юрисдикцію. Крім того, ЄСПЛ охоче сприйняв принципово іншу природу сучасних європейських суспільств (наприклад, таку їх тенденцію, як зростання кількості неповних сімей) порівняно з тими, що існували на момент прийняття Конвенції. Зміна етичних стандартів, що стосуються, зокрема, судових покарань і тортур, та зміна технологічних стандартів (наприклад, розвиток технології реактивних двигунів) привели не лише до розвитку суспільств, а й до виникнення якісно нових проблем, з якими стикається ЄСПЛ. Однак йому вдається досягати справедливого балансу між суддівськими інноваціями та повагою до кінцевої ролі держав-членів у розробленні політики з визначення спектру прав, гарантованих Конвенцією [7, с. 78].

Вважаємо, що найбільш відомим та обговорюваним прикладом такої креативності ЄСПЛ є доктрина живого інструменту. Ключовою та першою справою в контексті підходу до Конвенції як до «живого інструменту» стала справа «Тайрер проти Сполученого Королівства» (*Tyler v. the United Kingdom*) [8]. У цій справі ЄСПЛ мав вирішити, чи є судове тілесне покарання неповнолітніх таким, що принижує гідність, покаранням у сенсі ст. 3 Конвенції. Покарання у формі побиття різками, здійснене поліцейським у поліцейському відділку, було встановлене законом і практикувалось на острові Мен, що є незалежною територією Сполученого Королівства та має значний ступінь законодавчої автономії. На момент розгляду справи судове тілесне покарання було скасоване на решті території Сполученого Королівства, так само досить складно було знайти його в законодавстві більшості інших договірних держав.

Метафора «живого інструменту», натхненна концепцією «живої конституції», що існує в багатьох правових традиціях, вказує на сподівання суддів і науковців на те, що Конвенція має бути здатна на розвиток із плином часу, щоб відповідати новим соціальним і моральним реаліям, які не могли бути передбачені її творцями [9]. Ідея про те, що конституції – це живі організми, які еволюціонують із плином часу, є метафорою в багатьох конституційних традиціях. Вона посідає вагомe місце в дебатах про те, як конституційні суди мають інтерпретувати закріплені в конституціях права та як далеко вони можуть чи мають відходити від оригінального розуміння конституції. Ці дебати зумовлюються нормативним напруженням, від якого страждає сучасний конституціоналізм. З одного боку, конституції покликані сигналізувати про відданість низці основоположних принципів, які мають бути захищені від ефемерних політичних змін, а з іншого – обставини людського життя постійно змінюються, іноді радикально, що є певним закликem до нового тлумачення конституції, яке могли передбачити лише

деякі (якщо такі взагалі були) оригінальні актори (укладачі, судді, народ). Прихильники «живої конституції» виступають проти ідеї про те, що сучасні обставини мають повністю регулюватись документом, укладачі якого померли декілька десятиліть або навіть століть тому. Однак ті, хто підтримує цю доктрину, стикаються з перешкодою – їм складно пояснити, який тип відданості первісній конституції маєтись на увазі, якщо її значення не розглядається як заморожене. Окрім того, вони повинні обґрунтувати те, чому саме суди, а не законодавчі органи чи конституційні асамблеї, повинні мати повноваження розвивати зміст конституції, а також вирішувати, як далеко суди можуть піти в цій діяльності, перш ніж почнуть зловживати своєю владою [10, с. 106].

У разі ЄСПЛ ідея живого інструменту має три основні особливості. По-перше, суд враховує «сучасні стандарти» (*present-day standards*) як важливий фактор у тлумаченні Конвенції. ЄСПЛ дуже рідко з'ясовує, що розумілось під прийнятною поведінкою держави в той час, коли Конвенція розроблялася, або те, які саме права мали намір захищати розробники Конвенції. По-друге, сучасні стандарти, які ЄСПЛ бере до уваги, мають бути в певному сенсі загальними або поділитись договірними державами. Суд ніколи не пояснював, що означає те, що стандарт є загальним чи поділяється договірними державами. ЄСПЛ не висуває вимоги, щоб усі договірні держави прямо прийняли цей стандарт у вигляді законодавчого акта. По-третє, ЄСПЛ не надає вирішальне значення тому, що держава-відповідач (влада або суспільна думка) вважає прийнятним стандартом у конкретному випадку. Це, зокрема, актуально тоді, коли практика держави-відповідача не відповідає загальноприйнятим у Раді Європи стандартам [5, с. 2].

А. Моубрей зазначає, що критики суддівського активізму можуть стверджувати, що ЄСПЛ у справі «Тайрер проти Сполученого Королівства» не надав достатнього обґрунтування та пояснення доктрини живого інструменту [7, с. 61]. Справді, ЄСПЛ не надав жодних посилань на кримінальне право договірних держав, не провів порівняльне дослідження тілесних покарань і не намагався встановити загальні стандарти для держав-членів у відміні тілесних покарань. Ніде в самому рішенні не вказано, чому суд почав використовувати підхід живого інструменту та які підстави він мав для такого використання [7, с. 77].

Дж. Летсас пояснює використання ЄСПЛ доктрини живого інструменту необхідністю відмежуватись від різноманітних моралістичних поглядів, які домінували в державах-членах у той час, коли Конвенція була розроблена, і які досі можуть існувати в деяких договірних державах. Під моралістичними в цьому разі маються на увазі погля-

ди, які передбачають, що хтось має бути позбавлений свободи чи можливостей тільки тому, що інші (зазвичай більшість) вважають його менш рівним або не піклуються про нього так, як піклуються про інших. Прикладами категорій людей, яких більшість у 1950–1960-х рр. сприймала як менш рівних (і можливо, досі так сприймає), є гомосексуалісти, ув'язнені, неповнолітні правопорушники, народжені поза шлюбом діти, роми та багато інших [1, с. 527].

Справа Тайрера та всі подальші справи, у яких ЄСПЛ застосував доктрину живого інструменту, є важливими не тільки в контексті захисту тих груп людей, про які пише Дж. Летсас, а й у тому сенсі, що вони задають певний вектор подальшого розвитку права прав людини та роблять суттєвий внесок у розуміння питань юридичної інтерпретації загалом. Під час розгляду конкретної справи ЄСПЛ намагається побачити сутність того чи іншого права, передбаченого Конвенцією, і моральну цінність, якій воно покликане служити в демократичному суспільстві. Така позиція ЄСПЛ є протилежною тому підходу, що передбачає лінгвістичні розвідки щодо значення слів або емпіричні пошуки намірів розробників Конвенції. Натомість суд прагне до такого тлумачення Конвенції, за якого права, передбачені в ній, мають бути «практичними й ефективними, а не теоретичними та ілюзорними» [12].

Поряд із досить успішними, за обґрунтуванням ЄСПЛ своєї позиції, справами є й такі, де позиція суду піддавалася жорсткій критиці та неприйняттю суспільством. Труднощі, з якими сьогодні стикається ЄСПЛ, часто пов'язані з його перенавантаженням справами, потік яких із кожним роком тільки збільшується. Тому сьогодні ключовою в контексті майбутнього ЄСПЛ є необхідність розмежовувати працездатність цієї системи, з одного боку, та її ефективність – з іншого. Працездатність системи розуміється з позиції її здатності кількісно обробляти певну кількість справ. Ефективність же пов'язана з таким якісним критерієм, як можливість надавати індивідуальним заявникам швидко й без затримок справедливе та обґрунтоване рішення, яке в результаті буде реалізоване на рівні держави-члена.

Незважаючи на всі виклики, на які ЄСПЛ сьогодні має знайти належні відповіді, не варто недооцінювати його роль у конституюванні Європи в політичному, юридичному та моральному контекстах. ЄСПЛ уже сьогодні став рушійною силою фундаментальних змін у європейській архітектурі прав людини. Необхідно підкреслити, що вплив ЄСПЛ поширюється також далеко за межі Європи, позначаючись на практиці інших регіональних судів із прав людини. Так, Міжамериканський суд з прав людини перебуває під суттєвим впливом ЄСПЛ, цитуючи його у своїх рішеннях і за-

позичуючи його досвід. Практика Міжамериканського суду з прав людини, з одного боку, «стоїть на плечах» ЄСПЛ, а з іншого – через такі апеляції до практики останнього додає їй авторитетності й вагомості. Зрештою, регіональні механізми вплетені в міжнародну мережу інструментів захисту прав людини, у якій ведеться перманентний діалог. Іноді ЄСПЛ демонструє досить консервативний підхід в інтерпретації прав за Конвенцією, в інших випадках, навпаки, наражається на критику через занадто сміливу позицію. Однак варто мати на увазі, що ЄСПЛ не працює ізольовано, він має реагувати та враховувати багато факторів під час прийняття рішень. Створюючи найбільш авторитетне сьогодні джерело права прав людини, ЄСПЛ, проте, не має можливості самотужки боротися за захист і подальший розвиток ідеї прав людини. Вказуючи вектор цього розвитку, він має відчувати готовність європейської спільноти та окремих держав змінюватись і подеколи йти на компроміс, поступаючись у непростих із моральної й політичної позицій питаннях.

### Література

1. Letsas G. Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *The European Journal of International Law*. 2010. Vol. 21. № 3. P. 509–541.
2. *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European, and Global Context* / ed. by A. Føllesdal, B. Peters, and G. Ulfstein. New York: Cambridge University Press, 2013. 441 p.
3. Bernhardt R. Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties. *Protecting Human Rights: The European Dimension* / ed. by F. Matscher and H. Petzold. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1988. P. 65–71.
4. Soering v. United Kingdom (Application № 14038/88), Judgment of 07.07.1989 / ECHR. URL: [http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov\\_Soering-v-UK.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5710/h10/undervisningsmateriale/5nov_Soering-v-UK.pdf).
5. Merrills J.G. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester: Manchester University Press, 1995. 265 p.
6. Viljanen J. The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law. *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol*. 2011. № 62/63. P. 249–265.
7. Mowbray A. The Creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2005. Vol. 5. Issue 1. P. 57–79.
8. Tyrer v. United Kingdom (Application № 5856/72), Judgment of 25 April 1978 / ECHR. URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/em585672.html>.
9. Yuwen F. Revisiting ECtHR Interpretation of the ECHR: Living Up to a Living Instrument. *FICHL Policy Brief Series*. 2016. № 65. P. 20–24.
10. Letsas G. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 106–141.
11. Marochini M. *The Interpretation of the European Convention on Human Rights*. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 2014. Vol. 1. P. 63–84.

12. Airey v. Ireland (Application № 6289/73), Judgment of 9 October 1979 / ECHR. URL: <http://www3.law.cornell.edu/AvonResources/Airey.PDF>.

### Анотація

**Бондаренко А. І. Європейський суд з прав людини в механізмі правозахисної функції держави.** – Стаття.

Європейський суд з прав людини сьогодні виконує роль функціонального дороговказу правозахисту, і в цьому сенсі він сприяє інституціоналізації правозахисної функції держави, висвітлюючи ключові «больові точки» прав людини в сучасних європейських суспільствах, які є безумовно різними, однак поєднаними спільним баченням людської гідності. У цій своїй іпостасі Європейський суд з прав людини значною мірою визначив розвиток національних правозахисних інститутів упродовж останніх 20 років і залишається потужною ідеологічною «точкою гравітації» для державного правозахисту в Європі.

*Ключові слова:* Європейський суд з прав людини, правозахист, правозахисна функція держави, права людини, інституціоналізація, правозахисні інститути.

### Аннотация

**Бондаренко А. И. Европейский суд по правам человека в механизме правозащитной функции государства.** – Статья.

Европейский суд по правам человека сегодня выполняет роль функционального указателя правозащиты, и в этом смысле он способствует институционализации

правозащитной функции государства, освещая ключевые «больевые точки» прав человека в современных европейских обществах, которые являются безусловно различными, однако объединенными общим видением человеческого достоинства. В этой своей ипостаси Европейский суд по правам человека в значительной степени определил развитие национальных правозащитных институтов в течение последних 20 лет и остается мощной идеологической «точкой гравитации» для государственной правозащиты в Европе.

*Ключевые слова:* Европейский суд по правам человека, правозащита, правозащитная функция государства, права человека, институционализация, правозащитные институты.

### Summary

**Bondarenko A. I. European Court of Human Rights in the mechanism of the human rights function of the state.** – Article.

European Court of Human Rights serves as functional guidance is law enforcement, and in this sense he promotes the institutionalization of human rights protection functions of the State, highlighting key “pain points” of human rights in modern European societies that are certainly different, however skillfully shared vision of human dignity. In this role his European Court of Human Rights largely determined the development of national human rights institutions during the last 20 years and remains a powerful ideological “point of gravity” for the state law enforcement in Europe.

*Key words:* European Court of Human Rights, protection of rights, human rights function of the state, human rights, institutionalization, human rights institutes.

УДК 347.91

**T. V. Vodopian**  
*Candidate of Juridical Science,  
 Associated Professor of the Department of Constitutional Law  
 and Law Branch Disciplines  
 National University of Water and Environmental Engineering*

### MEANING AND SOURCES OF POWER IN MEDIATION

Power is a vague concept with various meanings. It is a contextual concept used in many fields with different meanings. We talk about political power, military power, economic power, physical power, legal power, psychological power, and social power. Mediators have power. They use their power during mediation to help the parties to communicate with each other, to change their positions, and to come to an agreement.

It is a function of mediator to facilitate the parties to reach agreement themselves. The mediator can attempt to use the processes of mediation to assist the parties reach a level of equality that allows them to arrive at an agreement. As the parties will have some direct contact with each other, the mediator must be responsible for detecting any factors that threaten the fairness and equality of any agreement [1].

Among many others researches of mediation we should admit John R. P. French, Jr., Bertram Raven, Omer S. Shapira, Scott H. Hughes, James A. Christopherson and Ukrainian researchers G. Eremenko, V. Zemlyanska, Yu. Prytyka, etc.

In the article the author aimed to define meaning and sources of power in mediation.

The field of social psychology seems to be of special relevance for the study of power relations in mediation. In essence, mediation is a forum for multi-party communication whereby each participant tries to influence another participant. Each party tries to make the other party accept its position. Each party tries to convince the mediator that its position is right. The mediator tries to influence the parties to behave in a way which would advance their common interests. In other words, at the heart of the mediators' role is communication and interaction with the parties, and much can be learned in this regard from social power and influence theories.

John R. P. French and Bertram H. Raven, two of the most important researchers in this field, defined "power" as the potential ability to influence another person, and "influence" as the use of force on another person in order to bring about a change in the person's behavior, opinions, goals, needs, or values [2, p. 150, 152].

Another definition is "the ability to control resources or access to resources that another wants or needs" [3]. Power is the ability to influence events or

outcomes, and to have an effect on the perceptions and actions of others [4].

Nobody lives in a state of complete powerlessness. Power always exists in relations. It doesn't exist of itself or in vacuum. It comes from having a resource to use.

John R. P. French and Bertram H. Raven defined five bases of power: coercion, reward, legitimacy, referent, and expertise, and later a sixth base of power, information, was added to the list.

This list of sources of power is not exhaustive many writers have suggested different classifications for the bases of social power. We can define such sources of power as:

- formal authority (judge, housing officer);
- expert/information power (expert witness, technician);
- associational power ("he looks just like my father");
- resource power (bank, oil company);
- procedural power (court clerk, bureaucrat);
- sanction power (traffic warden, teacher);
- nuisance power (vandal, salesman);
- habitual power ("things are always done this way");
- moral power (priest, philosopher);
- personal power (charismatic leader, mediator)

[4].

Omar Shapira describes following bases of power:

1) **coercive power.** Coercive power is the ability to cause what the other party would consider a negative outcome. This ability derives from control over resources such as money, physical strength, and high social status.

2) **reward power.** Reward power is the ability to bring about what the other party would consider a positive outcome. This ability, as in the case of coercive power, derives from control over resources. A personal relationship with the influenced person might enhance this base of power, making it personal reward power.

3) **expert power.** Expert power is based on a perception of the power holder as having superior knowledge and experience. One tends to follow what experts advise because one assumes that the expert knows better what should be done.

4) **referent power.** One has referent power where another (the influenced person) identifies with the

power holder or finds common points of likeness with the power holder. Positive referent power motivates one to follow what one is told by someone whom one identifies with or finds charismatic.

5) **legitimate power.** Legitimate power exists where a person believes that the power holder has a right to ask something of the person, and that the person has an obligation to do as the power holder has asked:

a) **position power** (or formal legitimacy) derives from a position or a role which makes it legitimate to ask someone for something or to order someone to perform a task.<sup>70</sup> This legitimacy may be expressly defined in a legal setting but can also be implied from other social norms;

b) **the power of reciprocity** (or legitimacy of reciprocity) is based on the social norm of “give and take”: where one has done something for the benefit of another, the latter should feel obliged to repay the former and do something in return;

c) **the power of equity** (or legitimacy of equity) is based on a norm of fairness which creates a right to compensation;

d) **the power of weakness** is based on a norm which creates an obligation and responsibility to assist those who cannot help themselves or who are dependent on others;

6) **informational power.** Information is power, but not every piece of information generates power, since it must be of relevance to the influenced person.

7) **environmental manipulation power.** The ability of one person to manipulate the environment of another is power, since such a change of surroundings would make the other person respond to the new situation.

8) **third parties' power.** In some cases one can rely on the power of others, with whom one can associate oneself, and by doing so extend one's own powers. Where this is the case, one can then attempt to influence another person by “invoking the power” of these third parties [5, p. 535].

The issue of power at the mediation table concerns Self-Determination and mediator's Neutrality. In fact, there is not anything to get excited about encountering an imbalance of power at the mediation table, unless it affects a party's ability to self-determine. A cornerstone of the mediation process is the protection of self-determination. If a party cannot self-determine their own future, then little difference exists between mediation and a judge or hearing officer deciding their fate for them. Empowering someone to determine for themselves the outcome of their conflict is part of the design of the mediation process and the skill set of talented mediators. Any challenge to a party's power to self-determine should be a concern of the talented mediator, requiring some serious attention and

skill application. If a mediator does not recognize and address this challenge then the mediator could unwittingly become an accomplice or collaborator in undermining a party's power [6, p. 79].

Mediators are known to be a neutral third party and mediation is defined as involving the intervention of a third party neutral. Last years this neutrality was widely criticized and as a result it no longer appears as a defining feature or even an ethical requirement in the National Mediation Accreditation Standards (NMAS). The first construction mediator's neutrality was that this third party exercised no power in mediation.

Many scholars critiqued this and mediators argued the idea that mediators have no power.

Questions remain however about the sources of mediator power and the proper limits of its exercise. Traditionally mediators attributed power to the process of mediation itself, and constructed the parties' voluntary consent to engaging in the process as giving them authority (legitimized power) to control that process. This approach was consistent with constructing mediators as neutral as to the content of mediation but in control of the process. The distinction between process and content in mediation no longer appears in the NMAS. This change is consistent with the development of “newer” models of mediation, namely, narrative and transformative models, extending the traditional problem-solving (facilitative and evaluative) models. Postmodern constructions of power are more consistent with these later models. At the same time facilitative and evaluative models are the most commonly practiced, with practitioners' sometimes incorporating ‘aspects’ of narrative and transformative approaches [7].

Scott H. Hughes illustrates five areas of power in divorce mediation: economic, intellectual, physical, emotional, and procedural. Economic power represents the ability to control the income and the assets of the divorcing couple. Intellectual power has two distinct aspects: control over information, both legal and factual, and the expertise to understand and manipulate the information. Physical power represents the ability to control the real and personal property of the marriage, the ability to provide for the housing and care of the children, it also entails control over the other spouse exercised through physical abuse. On a personal level, emotional power represents the ability to recognize injury to oneself, to disengage from the relationship, and to meet emotional needs elsewhere. On a relationship level, emotional power means the ability to control the other through threats or intimidation. Finally, procedural power represents the ability to control the course and the duration of the dispute and any dispute resolving mechanism [8, p. 553].

As a rule the types of power are not split but interwoven. Therefore one act may execute or concede

power in several categories. The differences between them are indistinct. Power is relative, situational, and can shift.

It is important that mediators' work is transparent and that the parties know before they enter mediation how it is conducted and how mediators operate. Mediation is based on a principle of informed consent, and consent would be harmed if parties were not aware of mediators' power. Even though mediators lack the formal power to impose an outcome on the parties, they are still powerful professionals who use a variety of powers in the exercise of their professional role, and have considerable influence on the parties, the process, and its outcome.

### References

1. Eliades D. Power in mediation – some reflections. ADR Bulletin. 1999. Vol. 2. No. 1, Article 2. URL: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol2/iss1/2>.
2. John R.P. French, Jr., Bertram Raven. The Bases of Social Power. STUDIES IN SOCIAL POWER (Dorwin Cartwright ed., 1959).
3. Christopherson J. A. Power imbalances in mediation. 2009.
4. SCMC Mediation Briefing Papers, Scottish Community Mediation Centre Power Imbalances In Mediation. URL: [http://www.scmc.sacro.org.uk/sites/default/files/resource/SCMC\\_9\\_PowerImbalancesInMediation.pdf](http://www.scmc.sacro.org.uk/sites/default/files/resource/SCMC_9_PowerImbalancesInMediation.pdf) (accessed 02 February 2018).
5. Shapira O. Exploring the Concept of Power in Mediation: Mediators' Sources of Power and Influence Tactics. 24 Ohio St. J. on Disp. Res. 535 (2009).
6. Rubin J. Z., Brown B. R. The social psychology of bargaining and negotiation. New York: Academic Press, 1975. 359 p.
7. Douglas S. Power in mediation. 2016. URL: <https://adrresearch.net/2016/03/08/power-in-mediation>.
8. Hughes Scott H. Elizabeth's Story: Exploring Power Imbalances in Divorce Mediation. 8 Georgetown Journal of LEGAL ETHICS. 1995.

### Summary

**Vodopian T. V. Meaning and Sources of Power in Mediation.** – Article.

The article is devoted to the clarification of the concept of force in mediation, the evolution of this concept is explored. The sources of force in mediation are considered. The types of mediation force are given. The importance of the mediator's power (power) and sides in mediation is highlighted.

*Key words:* mediator, power in mediation, mediation, types of power in mediation.

### Анотація

**Водоп'ян Т. В. Поняття та джерела сили у медіації.** – Стаття.

Стаття присвячена з'ясуванню поняття сили у медіації, досліджено еволюцію цього поняття. Розглянуто джерела сили в медіації. Наведено види сили у медіації. Висвітлено важливість сили (влади) медіатора та сторін у медіації.

*Ключові слова:* медіатор, сила в медіації, медіація, види сили в медіації.

### Аннотация

**Водоп'ян Т. В. Понятие и источники силы в медиации.** – Статья.

Статья посвящена выяснению понятия силы в медиации, исследована эволюция этого понятия. Рассмотрены источники силы в медиации. Приведены виды силы в медиации. Освещена важность силы (власти) медиатора и сторон в медиации.

*Ключевые слова:* медиатор, сила в медиации, медиация, виды силы в медиации.

УДК 340.12

**Ю. В. Івченко***кандидат юридичних наук,  
докторант докторантури та аспірантури  
Національної академії внутрішніх справ*

## НАЦІОНАЛЬНА СВІДОМІСТЬ І ПАТРІОТИЗМ ЯК ЧИННИКИ ВІДРОДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

Гідність, відданість та патріотизм – це не лише найголовніші якості людини як громадянина своєї держави, а й найважливіші чинники виходу України із системної кризи й покращення життя кожного пересічного українця, бо патріотизм – це, насамперед, любов до своєї Вітчизни, що виявляється лише реальними діями, а не словами.

Саме любов до своєї країни повинна бути джерелом духовних сил громадян України. А бути патріотом – це усіма силами бажати своїм землякам та державі процвітання. Це не означає негативно ставлення до інших народів та бажання їм зла, це означає піклування про свій народ та примноження його надбань [1]. Ці щирі почуття здатні розвивати Україну, стати двигуном прогресу.

Від часів Античності й до сьогодення проблема патріотизму залишається актуальною та дискусійною. Значна кількість учених досліджувала цю проблематику в різних галузях суспільного буття, починаючи від аналізу його філософських аспектів і закінчуючи сферою педагогіки. Найбільш відомими дослідниками філософських основ цього питання були Ж.-Ж. Руссо, Т. Гоббс, К. Гельвецій, П. Гольбах, П. Струве, С. Франк. Традиція глибокого світоглядного вивчення проблем патріотизму була закладена В. Соловйовим і М. Бердяєвим. Методологічні та теоретичні основи формування особистості з глибоким почуттям патріотизму, любові до Батьківщини розкриті в працях І. Бека, Г. Біленької, М. Боришевського, Г. Ващенко, П. Ігнатенка, В. Каюкова, М. Левківського, О. Сухомлинської та ін.

Метою цього дослідження є з'ясування сутності та взаємозв'язку національної свідомості й патріотизму як важливих факторів процесу відродження української держави.

Сьогодні перед Україною постає значна кількість непростих духовних та світоглядних проблем. Серед них одна з найголовніших – формування патріотичного налаштованого громадянського суспільства. А без високого рівня національної свідомості досягнення цієї мети є неможливим.

У філософській літературі свідомість визначається як властивість (функція) високорганізованої матерії – мозку, яка полягає у здатності людини відображати зовнішнє буття у формі чуттєвих і раціональних образів. Водночас наголошується, що раціональні образи свідомості визначають до-

цільну діяльність людини, свідомість регулює взаємини особистості з навколишнім світом і соціальною дійсністю, дає можливість особистості осмислити власне буття, внутрішній духовний світ і дозволяє удосконалювати дійсність у процесі суспільно-практичної діяльності.

Свідомість існує у різних формах до яких належать такі: людська здатність відтворення дійсності в мисленні; сприйняття і розуміння навколишньої дійсності, властиве людині; розуміння, усвідомлення людиною, групою людей суспільного життя (погляди, переконання людей як представників соціальних класів, верств); чітке розуміння, усвідомлення чого-небудь, думка, почуття, відчуття чогось (усвідомлення боргу) [2, с. 213].

Усі вищеперелічені значення однаковою мірою стосуються свідомості як до форми відображення дійсності та просто розкривають різні її сторони.

Сучасні уявлення про свідомість виходять із множинності видів і форм свідомості. Загалом можна виділити такі види свідомості: відповідно до предмету розумової діяльності (політична, наукова, релігійна, екологічна, побутова, класова, естетична, національна та ін.); за належністю суб'єкта свідомості (гендерна, вікова, суспільна, приватна, групова); за ступенем сформованості (розвинена і нерозвинена); за принципом, що лежить в основі свідомості (глобальна, демократична, консервативна, прогресивна, реакційна та ін.) [3].

Цей перелік не є вичерпним і його можна продовжувати, тому більш детально ми зупинимось саме на такому різновиді як національна свідомість.

У світовій науковій літературі проблемам національної свідомості присвячено цілий спектр наукових досліджень. Базовими, з погляду розкриття сутності національної свідомості, є дослідження К. Юнга, який у праці «Структури несвідомого розвитку» розвинув уявлення про існування у психіці людини поряд з індивідуальним несвідомим глибинного шару, зміст якого становлять загальнолюдські праобрази – архетипи. К. Юнг уважав, що саме феномен архетипу засвідчує творчий характер несвідомого, ірраціонального, його здатність акумулювати й зберігати енергію національної спільноти, спрямовувати її на саморефлексію, самоопанування і самоствердження. [4, с. 55]. Е. Ренан серед ос-

новних критеріїв нації називав факти вольового, психологічного плану [5, с. 36-37]. Г. Тард визначав націю як план чи систему цілей, які слугують основою національної свідомості для значної кількості індивідів [6, с. 81]. Із цих же позицій виходить Е. Сміт, коли вважає, що нація – це багатомірна концепція, ідеальний тип, що лежить в основі людської діяльності [7, с. 59].

Цікава точка зору українського дослідника В. Лісового, який вважає, що для буття нації важлива не тільки (а часом і не стільки) наявність певних особливостей у культурі чи політичній історії, скільки те, у чому самі люди вбачають свою особливість, свою відмінність від інших націй. Це самоусвідомлення має дуже важливий складник – певні ціннісні орієнтації і волю, тобто діяльне утвердження себе як колективної «особистості» [8].

Загалом становлення людини як особистості відбувається лише в конкретних суспільних умовах, так як особистість – це конкретна людина, що живе в певних історичних умовах і досягла такого рівня психічного розвитку, національної самосвідомості, який дозволяє управляти цим розвитком і взаємодіяти з оточуючими. Тому національна свідомість, виявляючись через своїх носіїв, тобто індивідів, що складають спільноту, є важливим компонентом світогляду особистості.

Національна свідомість особистості містить уявлення суб'єкта про свою національну приналежність, позитивне прийняття своєї етнічності, ставлення до історичного минулого нації, її сьогодення та майбуття, активність в освоєнні рідної мови, вивченні народної культури, усвідомлення і прийняття національних інтересів та ціннісних орієнтацій, формування відносин з іншими етнічними спільнотами, готовність зберігати територіальну цілісність своєї Вітчизни та прагнення примножувати її багатства.

Стосовно особистості, то національна свідомість – це інтегративна її характеристика, що, крім усього іншого, містить усвідомлення приналежності до певної національної спільноти поряд із позитивною оцінкою представників інших національних культур.

Дослідник Д. Ольшанський підкреслює, що «національна свідомість це сукупність поглядів й оцінок, думок і відносин, що виражають зміст, рівень й особливості уявлень членів національно-етнічної спільноти про свою історію, сучасний стан і майбутні перспективи свого розвитку, а також про власне місце серед інших аналогічних спільнот і характер взаємин із ними. Національна свідомість містить раціональні (власне усвідомлення своєї приналежності до нації) і меншою мірою емоційні (часом неусвідомлене співпереживання своєї єдності з іншими представниками національно-етнічної групи) компоненти» [9].

Крім того, національна свідомість – один з основних компонентів соціалізації в умовах поліетнічної держави. Процес формування національної самосвідомості як окремого індивіда, так і національної свідомості представників різних етносів у цілому, має такі етапи:

1) етнічна самоідентифікація (усвідомлення індивідом своєї етнічної приналежності);

2) розвиток національного та наднаціонального компонентів, а саме:

- патріотичної свідомості індивіда (усвідомлення ставлення до Батьківщини, свого народу, засвоєння певної ієрархії цінностей і установок, становлення ціннісних орієнтацій, розвиток патріотизму на основі національної гордості, історичної свідомості, звичаїв і традицій);

- формування ставлення до представників інших етносів на основі їхнього повсякденного досвіду, сформованих етнічних стереотипів, системи виховання (під впливом навколишнього середовища: сім'ї, родичів, однолітків, представників своєї національності) та виховного впливу державних інститутів (дитячих дошкільних закладів, школи, позашкільних виховних установ, засобів масової комунікації), мета дії якого – формування культури міжетнічного спілкування;

- формування політичної культури, зокрема й у сфері національних відносин, що містить оцінку політичної ситуації, ставлення до системи політичної влади і її інститутів, формування політичних поглядів, симпатій і антипатій, переконань та підготовку до реалізації цих переконань у громадянській діяльності [10].

Також національна свідомість виконує низку функцій. Зазвичай виділяють такі, як пристосувальна, захисна, пізнавальна, функція самоконтролю, стабілізуюча, відтворююча, соціальна і конструювальна. Ці функції виявляються таким чином: пристосувальна забезпечує передачу від одного покоління до іншого національних традицій та інших елементів нації, «працює» на згуртування етносу й нації; захисна пов'язана зі збереженням від зникнення національних культурних цінностей, захистом національної гідності від утисків як ззовні, так і зсередини, захистом національних інтересів; пізнавальна бере участь у переданні звичаїв, традицій, цінностей історичної, духовної культури від одного покоління до іншого; функція самоконтролю і відповідальності призначена для створення бар'єрів, що перешкоджають порушенню принципів рівності й справедливості, виявам національного снобізму, марнославства й забобонів [10].

Г. Старовойтова визначала етнічну свідомість «як певний шар суспільної свідомості, який обмежений рамками повсякденного досвіду, закріпленого у звичаях і традиціях, і містить безпосереднє відображення практичної діяльності, моралі

й норм звичаєвого права, етичних норм та традицій, уявлення про свою етнічну приналежність» [11, с. 41].

Під час визначення структури національної самосвідомості виділяють такі загальні компоненти, як національні потреби, інтереси, національна самоідентифікація, національні стереотипи (уявлення про інші нації), спільність історичного минулого, історична пам'ять, культурні цінності, мова, релігія, природа, територіальна спільність, ціннісні орієнтації та установки стосовно інших національностей (толерантність), система національних цінностей, національні символи, ідеали, традиції і звичаї.

Національна свідомість історично формується в процесі націотворення, шляхом усвідомлення представниками етносу свого походження та органічного зв'язку зі своїм культурним корінням, визнання самобутнього характеру рідної культури, мови, національних особливостей, менталітету й почуття загальнонаціональної солідарності.

Отже, національна свідомість – це усвідомлення приналежності до певної етнічної спільності, що формується на рівні буденної свідомості, стійкість якої визначається спільністю походження, національною мовою, етнічним побутом, особливостями культури й поведінки [11, с. 43].

Одним зі стійких елементів національної свідомості є національне почуття. Останні висловлюють не лише емоційне ставлення до власної етнічної дійсності, а й «характер міжнаціональних відносин, війни, завоювання, національної експансії і т. д.».

Залежно від глибини розвитку національні почуття в різних націй виявляються по-різному. Вони відображають специфічні умови життєдіяльності етносу, його побут і культуру. Стійкість національних почуттів визначається стійкістю тих факторів, якими вони викликані до життя. Національні почуття можуть мати позитивний і негативний відтінок. До почуттів із позитивним забарвленням належать національна гордість, патріотизм, любов до свого народу, почуття дружби й братерства щодо інших народів. Негативний відтінок знаходять такі почуття, як стан відчуженості стосовно інших народів, національна перевага та ін.

Національні почуття тісно пов'язані зі звичаями й традиціями як найбільш узагальненими нормами й принципами суспільних відносин, що передаються з покоління в покоління, і охороняються силою громадської думки. Звичаї і традиції взаємопов'язані та взаємообумовлені. Національні традиції – це сформовані історично, що відрізняються відносно твердою наступністю і стійкістю, погляди й почуття людей, закріплені у звичаях і правилах їхньої поведінки. Ці норми або зразки поведінки, укорінені в сімейно-побутових

або національних відносинах характерні для груп народів, близьких за своїм історичним минулим, мовою, культурою. Отже, звичаї і традиції – найстійкіші явища національної самосвідомості, що виробляються в процесі тривалої еволюції, передаються з покоління в покоління і міцно закріплюються у свідомості людей, стають їхньою духовною потребою і виступають як могутній засіб об'єднання і згуртування людей. Національні традиції і звичаї беруть участь у формуванні ідеалів, смаків, потреб особистості і її світогляду. Як соціальні явища вони беруть участь у формуванні життєвих установок і переконань особистості, впливаючи на мотиваційну активність особистості.

Відповідно до національних установок, люди специфічно сприймають обставини, що склалися, і національно-своєрідно діють під час спілкування з представниками інших національностей. Отже, національні установки є складовою частиною національної свідомості людини, що формують певний її настрій, викликають до життя відповідні соціальним нормам стереотипи поведінки і дій.

Особливу роль у житті нації відіграють її національні інтереси, що відображають цінності етнічної спільноти й слугують важливим чинником збереження її єдності й цілісності. Вони є найважливішою рушійною силою поведінки й діяльності як окремих особистостей, так і нації та держави загалом. Спроба обмежити інтереси нації завжди розглядається її членами як замах на їхню свободу й життєві права. Маючи розвинену національну свідомість, представники різних етнічних спільнот у межах однієї держави повинні прагнути до єдності та не поступатися своїми національними інтересами, захищаючи їх усіма можливими засобами, не лише політичними та правовими, а за необхідності й збройним шляхом [10].

Говорячи про сучасних українських громадян, то їхню національно-політичну свідомість не можна вважати усталеною. Асоціативний ряд цінностей, на яких свідомість могла б триматися, давно порушений, вони існують лише в ідеальних уявленнях людей. Отже, про усталені параметри, які формують нині національно-політичну свідомість громадян, говорити рано. Діалектика поглядів на сучасний політичний курс та зміни в державотворчих процесах формується на основі абсолютно альтернативних, а іноді й протилежних позицій.

Сучасні українці втратили довіру до політиків та вважають, що усі політичні партії захищають лише власні інтереси й серед них неможливо знайти справжніх патріотів, готових до самопожертви заради власної Батьківщини. Сьогодні сплеск громадянської свідомості й активності поступово вщухає. Амбівалентність свідомості пов'язана з тим, що український громадянин підтримував певну ідею, а, водночас, і конкретну особу, несучи

місну з цією ідеєю. Населення вже не може розрізнити, що в того чи іншого політика, незалежно від кольору його табору, первинне: боротьба за владу як мета, чи мета є лише засобом здобуття й зміцнення влади [8].

Отже, підсумовуючи, слід зауважити, що національна свідомість – одна з властивостей нації, що часто має визначальне значення для виділення її серед інших. Розвиток національної свідомості дозволяє нації історично сформуватися як стійкій групі людей, яка свого часу виникла на базі спільної мови, території проживання, економічного життя, культури й традицій та побудувати на цій основі державу. Сучасна Україна є суверенною державою, що позиціонує себе як розвинена європейська країна, побудована на принципах демократії та прав людини й усвідомлення цього усіма громадянами є ознакою реальних змін, що забезпечать практичну реалізацію обраного напрямку. Саме тому сучасна Україна в складних умовах державотворення повинна сформувати нову національну свідомість, основу на захисті своїх національних інтересів, принципах толерантності до інших етнічних груп та на основі поваги та любові до своєї Вітчизни.

### Література

1. Артемчук А. Національна свідомість, гідність і патріотизм – шлях до покращення добробуту населення України. Українська ініціатива. URL: <http://ukr-ini.org.ua/hmenu-137/4666-2327>.
2. Большой толковый словарь русского языка / под ред. С. Кузнецова. Санкт-Петербург, 1998. 1536 с.
3. Язык и национальное сознание. Вопросы теории и методологии: научное издание / под ред. З. Попова, И. Стернина. Воронеж, 2002. URL: [http://sterninia.ru/files/757/4\\_Izbrannye\\_nauchnye\\_publicacii/Teoreticheskie\\_problemy\\_jazykoznanija/Jazyk\\_i\\_nacionalnoe\\_soznanie\\_2002.pdf](http://sterninia.ru/files/757/4_Izbrannye_nauchnye_publicacii/Teoreticheskie_problemy_jazykoznanija/Jazyk_i_nacionalnoe_soznanie_2002.pdf).
4. Юнг К. Аналитическая философия. Санкт-Петербург, 1994. С. 51-55.
5. Ренан Э. Что такое нация. Лекция Э. Ренана в Сорбонне. Санкт-Петербург, 1888. 43 с.
6. Тард Г. Социальная психология. Санкт-Петербург., 1902. 281 с.
7. Сміт Е. Національна ідентичність. Київ: Основа, 1994. 234 с.
8. Паніч Ю. Національна свідомість українських громадян в сучасних умовах. Політичний менеджмент. 2006. № 6. С. 45-51. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9629/04-Panich.pdf>.
9. Ольшанский Д. Основы политической психологии Национальное самосознание. Библиотека «Полка букиниста». URL: [http://society.polbu.ru/olshansky\\_psychology/ch60\\_i.html](http://society.polbu.ru/olshansky_psychology/ch60_i.html).
10. Шпилькин Ю. Национальное самосознание. Проза.ру. URL: <https://www.proza.ru/2016/09/30/1802>.
11. Крупник Е. Национальное самосознание. Введение в проблему: монография. Москва, 2006. 144.

### Анотація

**Івченко Ю. В. Національна свідомість і патріотизм як чинники відродження Української держави.** – Стаття.

У статті досліджено сутність поняття «національна свідомість», охарактеризовано її складові та функції. Визначено місце патріотичних почуттів у структурі національної свідомості. Проаналізовано зміст понять «національні почуття» та «національні інтереси».

**Ключові слова:** національна свідомість, патріотизм, національні почуття, національні інтереси, Вітчизна.

### Аннотация

**Ивченко Ю. В. Национальное сознание и патриотизм как факторы возрождения Украинского государства.** – Статья.

В статье исследована сущность понятия «национальное сознание», охарактеризованы ее составляющие и функции. Определено место патриотических чувств в структуре национального сознания. Проанализировано содержание понятий «национальные чувства» и «национальные интересы».

**Ключевые слова:** национальное сознание, патриотизм, национальные чувства, национальные интересы, Отчизна.

### Summary

**Ivchenko Y. V. National consciousness and patriotism as factors of the revival of the Ukrainian state.** – Article.

The article explores the essence of the concept of "national consciousness", describes its components and functions. The place of patriotic feelings in the structure of national consciousness is determined. The content of the concepts of national feelings and national interests is analyzed.

**Key words:** national consciousness, patriotism, national feelings, national interests, motherland.

Ю. О. Липовець

*ад'юнкта кафедри філософії права та юридичної логіки  
Національної академії внутрішніх справ***ТОЛЕРАНТНІСТЬ У ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ**

Сучасна соціокультурна ситуація характеризується демократичними перетвореннями, серйозними змінами в галузі міжнародної політики, акцентуванням уваги на проблемах людини. Але водночас людство продовжує стикатися з реальними загрозами для свого фізичного існування та небезпеками, які загрожують реалізації прав і свобод людини й громадянина (у формі нетерпимості, неповаги інших та різних виявів дискримінації).

Остання третина ХХ – початок ХХІ століття ознаменувалися виходом у світ великої кількості праць, назви яких містили термін «толерантність». Найбільш опрацьованим є коло питань із трьох складових: 1) чому толерантність потрібна людству? які причини її сьогодишньої актуальності? (А. Морван); 2) що таке толерантність? (Дж. Локк, П. Рікер); 3) межі, поза якими толерантність перетворюється у свою протилежність і стає небезпечною (М. Ворнок, Д. Рафаель, Р. Друа). Питання толерантності в діяльності поліції переважно опрацьовується в аспекті спілкування поліцейських із різними категоріями громадян (праці В. Литвин, О. Беца, І. Ващенко, Л. Вовенарг, Ф. Хміль, Ю. Шрейдер, Р. Шрейдер та ін.). Окрім того, існує низка навчальних посібників щодо формування толерантності в поліцейських. Попри це, неопрацьованими залишаються філософсько-правові питання толерантності в діяльності поліції, зокрема її соціокультурний та ціннісний аспекти.

Дослідження феномену толерантності в діяльності поліції України буде нами проводитися з філософсько-правових позицій. На відміну від теоретико-правових та юридично-прикладних досліджень цієї проблеми, ми зосередимо свою увагу на толерантності як соціальній цінності сучасності та її відображенні в роботі поліції.

Толерантність сьогодні проголошується універсальною цінністю (хоча й має різну соціальну значимість для різних спільнот). Толерантність першопочатково визнавалася європейською спільнотою інструментом для запобігання конфліктів. Перехід до ціннісного виміру (але зі збереження її інструментальності) толерантності пов'язується з епохою відродження, коли «толерантність починає розглядатися як обов'язок християнина, наближаючись за своїм значенням до моральної добродійності» [4]. Сучасне ж розуміння толерантності як всезагальної цінності та підґрунтя миру між різними соціальними групами значною

мірою сформоване під впливом філософії ХVІ – ХVІІ ст. Нині концепт «толерантність» не має однозначності, а тому можна виділити такі основні його значення:

- душевна якість, здатність особи без внутрішньої агресії сприймати інших, що мають відмінні або протилежні погляди й ціннісні настанови;
- терпиме, лояльне ставлення до інших, свідоме визнання права на їхнє існування, терпиме ставлення до переконань, думок і вірувань інших;
- поведінка людини в ситуації конфлікту, прагнення досягти взаємного розуміння та узгодженості різних настанов, використовуючи не насильство, приниження людської гідності, а гуманітарні можливості [3].

Водночас слід визнати, що толерантність сьогодні – це «фрактал для опису зовнішнього вияву сучасного життя: визначення організації та оцінки усіх форм поведінки людини й людських об'єднань (соціальних груп). Зокрема це поняття використовується в різних контекстах і у найширшому діапазоні значень і сенсів, але переважно для позначення зовнішніх проявів. Оскільки про зміст внутрішнього життя, про внутрішні прагнення й невиявлені (у поведінці) мотиви говорити за допомогою терміна «толерантність» є необґрунтованим. Толерантність – це характеристика саме поведінки, зовнішнього, направленої назовні; внутрішнє ж для оцінки толерантності людини є таємничим. У цьому разі можна говорити про внутрішню настанову, яка присутня як потенціальна толерантність» [5].

Поліція належить до тих соціальних інститутів, функціонування яких має публічний характер. Оскільки поліція є соціальним інститутом, який за своїм призначенням може використовувати насилля, то суспільство зацікавлене у високій якості як самого інституту, так і його окремих представників. Ця якість залежить від конкретного соціокультурного контексту, панівної системи цінностей та ідеології конкретного суспільства. Але предметний вияв цього всього відбувається на таких рівнях:

- державному (у системі чинного законодавства), оскільки поліція й сьогодні є обов'язковим атрибутом держави, вона «стала одним із наріжних каменів держави. Глобальну силу кожної держави можна виміряти за можливостями її поліції. Державу майбутнього можна уявити в мріях без армії, але з поліцією ще більш могутньою, аніж

тепер» [1, с. 58, 63]. Законодавець повинен підтримувати панівну систему цінностей в суспільстві і створити таку систему норм для таких діянь: а) регулювання діяльності поліції, б) розвитку й реалізації професійного потенціалу поліцейського; в) можливості вільного розвитку поліцейського-Людини і поліцейського-Громадянина. У подальшому це все має знаходити конкретизацію у відомчих нормативних документах;

– індивідуально-особистісному (кожний поліцейський і працівник поліції відповідає у професійному та морально-етичному відношенні встановленим вимогам). Дослідження цього рівня є міждисциплінарними, оскільки тут перебувають у тісному взаємозв'язку культурні, соціальні, педагогічні, психологічні, акмеологічні чинники.

Ці рівні складають двоєдине начало, яке є одним із способів та засобів побудови комфортного й безпечного суспільства.

Розвиток та функціонування поліції в ХХ – ХХІ століттях відбувається відповідно до демократичних ідей, але з урахуванням національно-історичних особливостей конкретних держав, оскільки безумовними трендами сучасного світу стали демократизація і глобалізація. На сьогодні найбільш коректним є визначення поліції як силового компонента виконавчої влади, основне призначення якого полягає у виконанні правоохоронних функцій. У сучасних демократичних державах поліція виконує, насамперед, сервісну функцію: вона покликана допомагати людині, що виявляється у прагненні законодавців демократичних держав уникнути будь-якої гіпертрофії поліції як «силового» механізму. Водночас діяльність поліції направлена й на забезпечення реалізації законів, які стосуються її сфери діяльності, і на вирішення завдань правосуддя. Тому коректно припустити, що сучасна поліція захищає людину у всій її несхожості на інших та з притаманними їй правами й свободами, дотримуючись принципу толерантності. Європейська спільнота розробила для цього низку таких декларативних документів, у яких ці ідеї знайшли втілення: «Загальна декларація прав людини» (1948), «Декларація про релігійну свободу» (1965), «Декларація принципів толерантності» (1995) та ін. Проте толерантність, що затвердилася в офіційних документах, усе ще далека від того, щоб стати загальноприйнятим принципом взаємовідносин.

Яким чином толерантність як соціальна цінність сучасності відображається в діяльності поліції України? По-перше, поліція в Україні на законодавчому рівні визнана таким соціальним інститутом, діяльність якого направлена насамперед на забезпечення порядку й захист людини, адже завданнями поліції є надання поліцейських послуг у таких сферах:

- 1) забезпечення публічної безпеки й порядку;
- 2) охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства й держави;
- 3) протидії злочинності;
- 4) надання в межах, визначених законом, послуг щодо допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги» (Розділ І. Загальні положення Стаття 2. Завдання поліції).

Виконання цих завдань пов'язане з толерантністю. Більш деталізовано це представлено в Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 2013 року зі змінами 2014 року. Толерантність у цьому контексті є визнанням універсальних прав й основних свобод людини. Більше того, толерантну поведінку мають виявляти як окремі громадяни й групи людей, так і держава. Вияви толерантності завжди співзвучні повазі прав людини, означають нетерпимість до соціальної несправедливості, відмову від своїх або поступки чужим переконанням. Толерантність сьогодні – це визнання того, що люди, відрізняючись одне від одного расовою приналежністю, національністю, статтю, поведінкою і переконаннями, мають право жити в світі та зберігати свою індивідуальність.

Тобто правові норми означають межу толерантності, яка закінчується там, де людина дозволяє собі порушувати громадський порядок і суспільний спокій, тим більше завдавати шкоди іншим. Толерантність не може ототожнюватися із вседозволеністю і всетерпимістю: факт порушення особами чинного права має одержувати належну правову оцінку. Поліція, спираючись на надані їй повноваження, покликана забезпечувати порядок і спокій у суспільстві. Закон «Про національну поліцію» акцентує увагу на основному її призначенні – захисті життя, здоров'я, прав і свобод людини й громадянина незалежно від статі, національності, мови, майнового стану, політичних і релігійних переконань та ін. У статті 7 Розділу II Закону «Про національну поліцію» читаємо: «Обмеження прав і свобод людини допускається лише та в порядку, визначених Конституцією і законами України, за загальної необхідності і в обсязі, необхідному для виконання завдань поліції», «у діяльності поліції забороняються будь-які привілеї чи обмеження за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовною або іншими ознаками».

Слід зазначити, що працівники поліції є членами конкретного суспільства, а також громадянами конкретної держави. Це означає, що вони є носіями системи цінностей цього суспільства, «продуктом» конкретної соціокультурної ситу-

ації. Підвищення соціально-сервісного начала в діяльності української поліції вимагає і відповідної професійної підготовки співробітників. Суспільство очікує від поліцейського, що він буде ввічливим, інтелектуально розвинутим, сміливим, толерантним, безкорисним та ін. знову ж таки, діяльність поліцейського та його морально-етичне обличчя є «дзеркальним» відображенням світу, у якому він живе. «Сучасний стан суспільства характеризується посиленням соціальної мобільності, міграції, розвитком культурних контактів усіх рівнів, різкими змінами ціннісних орієнтирів. Водночас у всіх сферах відзначається й підвищення рівня міжетнічної напруженості, культурної нетерпимості, релігійного й етнічного екстремізму. Перебороти ці кризові явища лише шляхом політичних та економічних рішень неможливо. Корені проблем лежать у глибині психіки людини, в актуалізації архаїчних способів відносин до світу. Необхідно формувати толерантність до інших способів життя та культурних форм вже в особистості нового покоління, формувати толерантну свідомість як стабільну особистісну характеристику. Реалізація означених проблем припускає рішення як теоретичних, так і практичних задач» [2].

Тому толерантність у діяльності поліції, як правило, є «згустком», предметним виявом ціннісного шеругу суспільства, у якому кожний поліцейський виховувався, одержував освіту соціологізовувався проходив професійну підготовку. Головним аргументом на користь толерантності завжди були й залишаються легкопрогнозовані й трагічні результати, що спостерігаються реально за її відсутності. Цим можна пояснити наявність у діяльності поліції виявів інтолерантності, попри те, що декларативно цього не повинно бути.

Одним із прикладів інтолерантності у діяльності працівників поліції є етнічний і расовий профайлінг (profiling). Під ним розуміється будь-яка дія поліцейського щодо особи або групи осіб, яка базується на фактичній або уявній приналежності до групи (за расовими, етнічними ознаками) без фактичних причин (тобто за відсутності доведеної підозри на злочинну діяльність). На міжнародному рівні неприпустимість профайлінгу в поліцейській діяльності зафіксована у «Програмі дій», яка була прийнята на Всесвітній конференції з боротьби проти расизму, расової дискримінації, ксенофобії і пов'язаної з ними нетерпимості (2001).

Зрозуміло, що з теоретичної точки зору, толерантність у діяльності поліції може досліджуватися через опис конкретних механізмів формування і виявів толерантності як способу суб'єктивного існування особистості в культурі, а з практичної – «побудова моделі процесу виховання толерантності, визначення найбільш ефективних шляхів розвитку здатності до сприйняття іншої культу-

ри, іншої системи цінностей без втрати власної ідентичності» [2]. Формування толерантності на рівні поліцейського-особистого можливо в процесі виховання та самовиховання; проведення роз'яснювально-інформаційної роботи. Основою для формування толерантності в представників поліції є наявність сформованих переконань як особистого, так і професійного світогляду щодо визнання рівної гідності особистостей, яким належать несхожі погляди. Толерантність у діяльності поліцейського має вузьке значення – це дотримання ним однієї з алгоритмічно-деонтологічних вимог до його діяльності. Недотримання цієї вимоги зумовлює виникнення низки незручностей, тобто у сфері діяльності поліції толерантність зберігає інструментальний характер, тому що вона є допущенням існування іншого «без будь-яких емоцій, суджень, оцінок стосовно цього, це прийняття іншого з одночасним визнанням і збереженням непорушності своєї та його ідентичності. Толерантність за своїм змістом схожа на певний ритуал, який став умовністю та який позбавлений глибини змісту і фіксує лише певний, той що не піддається сумніву, порядок поведінки. Тобто це формальна, в певному сенсі ритуальна, зовнішньо-поведінкова категорія. Толерантність суб'єктивно не є конформізмом, але об'єктивно стає основою найбільш глибокого і всепроникаючого конформізму» [5].

### Література

1. Губанов А. Полиция зарубежных стран. Организационно-правовые основы, стратегия и тактика деятельности. Москва, 1999.
2. Колесніченко Н. Деякі аспекти сучасних дискусій з проблеми толерантності. URL: <http://lib.chmnu.edu.ua/pdf/pidruchnuku/3/92.pdf>.
3. Михайлова О. Толерантность в речевой коммуникации: когнитивные, прагматические и этические основания // по ред. Н. Купина, О. Михайловой. Екатеринбург, 2004. С. 15–26.
4. Хомяков М. Проблема толерантности в христианской философии: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Екатеринбург, 2000. 21 с.
5. Самохвалова В. О содержании понятия «толерантность» в современном культурном контексте. URL: [http://www.intelros.ru/readroom/fg/fg\\_1/5392-o-soderzhanii-ponyatiya-tolerantnost-v-sovremennom-kulturnom-kontekste.html](http://www.intelros.ru/readroom/fg/fg_1/5392-o-soderzhanii-ponyatiya-tolerantnost-v-sovremennom-kulturnom-kontekste.html).

### Анотація

**Липовець Ю. О.** Толерантність у діяльності поліції України. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню толерантності як соціальної цінності у сфері діяльності поліції України. Показано розвиток в історичному процесі ціннісного розуміння толерантності – від інструментальної значущості до значення моральної чесноти – і становлення ідеології толерантності в сучасному суспільстві. Актуальність цього дослідження зумовлена труднощами й суперечностями сучасного світу, що змушує шукати нові теоретичні та практичні засоби задля досягнення

стійкості й стабільності політичних і соціальних відносин. Толерантність сьогодні є одним із основних принципів діяльності поліції, котра направлена на захист прав і свобод людини і громадянина.

*Ключові слова:* сучасність, право, поліція, толерантність, дискримінація, цінність.

#### Аннотация

**Липовец Ю. А. Толерантность в деятельности полиции Украины. – Статья.**

Статья посвящена исследованию толерантности как социальной ценности в сфере деятельности полиции Украины. Показано развитие в историческом процессе ценностного понимания толерантности – от инструментальной значимости до значения нравственной добродетели – и становления идеологии толерантности в современном обществе. Актуальность данного исследования обусловлена трудностями и противоречиями современного мира, которые заставляют искать новые теоретические и практические средства для достижения устойчивости и стабильности политических и социальных отношений. Толерантность сегодня является одним из основных прин-

ципов деятельности полиции, которая направлена на защиту прав и свобод человека и гражданина.

*Ключевые слова:* современность, право, полиция, толерантность, дискриминация, ценность.

#### Summary

**Lypovets Y. O. Tolerance in the activity of police of Ukraine. – Article.**

The article is concerned with tolerance as a social value in the sphere of police activity of Ukraine. The development is shown in historical process of understanding the value of tolerance, from the instrumental importance to the sense of morality, and the establishment of ideology of tolerance in the modern society. The urgency of this research is preconditioned with difficulties and contradictions of the modern society and that makes us searching for new theoretical and practical methods to achieve stability and sustainability in the political and social relationships. Today the tolerance is one of the main principles of police activity, which is directed at defense of the rights and freedoms of person and citizen.

*Key words:* modernity, right, police, tolerance, discrimination, value.

*І. С. Лісна**кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри історії та теорії держави і права  
Чорноморського національного університету імені Петра Могили*

## ВПЛИВ СУСПІЛЬНОГО УСТРОЮ НА ПРАВО КИЇВСЬКОЇ РУСІ

Право від його зародження було одним із регуляторів суспільних відносин. Водночас право обумовлене суспільним устроєм, який змінюється з історичними епохами.

Удосконалення сучасної правової системи повинно здійснюватися не лише відповідно до міжнародних стандартів, але й з урахуванням вітчизняного історичного досвіду. Саме тому актуальним є вивчення права Київської Русі. Ця доба характеризується, насамперед, появою найдавнішого, відомого нам, писемного джерела вітчизняного права – «Руської Правди». До того ж право Київської Русі відрізнялося від права інших територіальних утворень того часу.

Історичні аспекти розвитку Київської Русі та її права досліджували такі вчені: М.С. Грушевський, М.І. Костомаров, П.П. Музиченко, О.Д. Сокурєнко, О.П. Толочко, П.П. Толочко, І.Б. Усенко, С.В. Юшков та ін.

Повне уявлення про державу та право, фактори, що впливають на їхній розвиток можливе за умови вивчення права певного історичного періоду як регулятора суспільного розвитку, обумовленого суспільним устроєм.

Формування й розвиток суспільно-правових відносин за часів середньовіччя відбувалося в умовах становлення феодальних відносин. Важливими факторами, які вплинули на виокремлення правових відносин у «суспільну галузь» і закріплення загально-правових норм на папері були створення у 882 році Київської Русі й прийняття нею у 988 році християнства [1, с. 61-62].

У період правління Володимира Великого було остаточно структуроване суспільство Київської Русі, сформовані соціальні та державні інститути, склалася правова система [2, с. 58].

Насамперед доцільно розглянути суспільний устрій за часів Київської Русі. Головним критерієм, що визначав місце будь-якої людини в суспільній ієрархії за часів Київської Русі була наявність у неї землі. Її кількість визначала статус землевласника, його можливості та права. Земельне питання було рушійним елементом розвитку тогочасного суспільства. Розподіл населення на окремі соціальні групи відбувався також згідно з родом занять [3, с. 34].

Усе населення Київської Русі складалося з трьох категорій: вільні, невольні та напіввольні люди. Серед кожної з цих верств населення існувала своя внутрішня ієрархія.

Князь та його дружина стояли на чолі соціальної ієрархії. Сам князь був найбільшим землевласником і становив верхівку вільних людей [1, с. 64]. Із-поміж вільних людей князь обирав собі воевод та інших урядовців.

Право власності на землю носило феодальний та ієрархічний характер. Князі окремих феодальних володінь були у васальній залежності від князя, котрий мав дружинників і на правах умовного володіння наділяв їх земельними ділянками. Така система відносин носила назву сюзеренітету-васалітету.

Значну роль у тогочасній державі відіграла родова місцева аристократія, до якої належала старовинна боярська верства землевласників. Але з розвитком держави все більшого значення набирала «княжа дружина», що призвело до того, що в XI ст. бояри та дружинники злилися в одну вищу верству населення – бояр.

Усередині князівської дружини становище дружинників також було неоднаковим. Існував поділ на «дружину старшу» – бояри «більші», «старіші», «ті, які думають» і на «дружину молодшу» – бояри «менші». Старші бояри були найвпливовішими в державі та займали вищі державні посади – воевод, посадників. До дружини молодшої належали дітські, отроки, гриді та ін. [4, с. 81].

Власне боярство також ділилося на різні групи. Проте всі вони без винятку були привілейованою частиною суспільства. До XIV ст. бояри ще не становили собою певного стану, не мали корпоративного устрою, спадкових, лише їм належних прав. За певні заслуги в боярство міг потрапити смерд та іноземець. Це була верства лише економічно найзаможніших людей, що характеризувалися особистими якостями.

Поряд із князями й боярами великим землевласниками виступали також монастирі та церкви. Сприяючи розвитку феодальних відносин, церква перетворилась у великого землевласника [5, с. 14]. Власне духовенство становило окрему групу населення й ділилося на «чорне» та «біле».

Населення поділялося на різні соціальні групи й могло по-різному впливати на життя як міста, так і держави.

Середня група складалася з вільних людей і мешкала в містах. За юридичним статусом жителі міст були вільні та навіть рівноправні з боярами, але фактично вони знаходились в залежності від феодальної верхівки.

Нижчу групу вільного населення становили селяни – смерди. Вони володіли землею та худобою і складали більшу частину населення Київської Русі. Вони сплачували податки та відбували військову повинність із власною зброєю та кіньми.

УВ XII – XIII ст. відбувається збільшення боярських землеволодінь і в зв'язку з цим кількість незалежних смердів зменшується.

На Русі існувала також досить численна група напіввільних людей – закупів. Це були смерди, які з різних причин тимчасово втрачали свою волю, але могли знову її здобути.

Найнижчий соціальний прошарок складали невольні люди, які спочатку носили назву «челядь», а потім «холопи» [3, с.24].

Основними джерелами холопства були такі: полон, шлюб із невольним, народження від холопів, продаж при свідках, продаж збанкрутілого купця, утеча або крадіжка, здійснена закупом. Холоп міг дістати волю через самовикуп або звільнення його паном. Холоп фактично не мав жодних прав, не міг мати своєї власності, адже він сам був власністю.

Із поширенням християнства становище холопів покращало. Церква закликала до пом'якшення у ставленні до холопів, радила випустити їх на волю на «спомин душі». Такі холопи переходили в категорію ізгоїв. Ізгоєм міг бути смерд, купець та й взагалі будь-хто.

Слід зауважити, що до ізгоїв у Київській Русі було особливе ставлення і вони перебували під опікою церкви [6, с. 46-47].

Незважаючи на те, що для простого люду церква з її податками та поборами була тягарем, нею засновувалися школи, лікарні, богадільні, будинки для прочан. Церква матеріально й морально підтримувала людей, які потребували допомоги [7, с. 66].

Основними джерелами права в Київській Русі були звичаєве право, міжнародні договори, княже законодавство, «Руська правда».

Найдавнішим джерелом виступало звичаєве право, але вже з X ст. починає з'являтися князівське законодавство. Із часом норми звичаєвого права санкціонуються державою і стають правовими нормами. Але вони не зникли і продовжували залишатись головним джерелом права для общинного суду.

«Руський закон» формується як добре створене, самобутнє законодавство, яке суворо карало за злочин проти особи та власності. Система права Київської Русі відповідає праву розвинутого суспільства. Це є прямим свідченням того, що на цих теренах законодавство існувало задовго до появи «Руської правди».

На розвиток права Київської держави також відчутно вплинуло запровадження християнства, яке сприяло виникненню церковного права, так

званих «Церковних уставів», які займали окреме місце серед пам'яток княжого законодавства. Церква застосовувала різні норми канонічного права, передусім візантійського, яке виникло на основі римського рабовласницького права, пристосованого до потреб феодального розвитку. Найдавнішими пам'ятками церковного права були церковні статuti. У статутах визначалися форми, розміри матеріального забезпечення церкви та межі церковної юрисдикції стосовно столичної київської метрополії. Церковні статuti дають змогу визначити становище християнської церкви у державі та вплив на соціум [2, с.53].

Серед правових пам'яток, безперечно, найбільше значення в Київській Русі мала «Руська правда». На сьогодні вона існує більш ніж у трьохстах списках у складі літописів та різних юридичних збірників. Руська правда регулювала усі суспільно-правові аспекти життя суспільства.

Досить розвинутим в Київській Русі було зобов'язуване право. «Руська правда» регламентувала як зобов'язання за нанесення шкоди, так і договірні зобов'язання. Вона передбачала й майнові стягнення [6, с.48].

Високий рівень торгівлі в Київській Русі змусив законодавця включити до Руської правди цілий розділ щодо банкрутства. Розрізнялось три види банкрутства: у випадку нещастя, у випадку, коли купець проп'є або програє чужий товар та у випадку злісного банкрутства, коли купець-боржник, який не мав кредиту, брав у гостя з іншого міста або в іноземця товар і не повертав за нього гроші [2, с. 44].

«Руська правда» розрізняла два види спадкування: за заповітом і за законом. Якщо померлий не залишив заповіту, у силу вступало спадкування за законом. Із загального права спадкування «Руська правда» робила виняток для бояр та дружинників.

Щодо кримінального права, то багато понять, які регулювали відносини людей за умов родоплемінного ладу, були перенесені в цивілізоване суспільство. Це насамперед стосується поняття «злочин», яке трактувалося як «образа, що наносила певні матеріальні та моральні збитки».

Від самого початку кримінальне право оформлюється як право привілею. Життя, честь і майно бояр та дружинників захищались більш суворою покараннями, ніж життя, честь і майно простої вільної людини. Холопи ж взагалі не захищались законом [8, с. 145].

«Руська правда» визнавала різні види злочинів, а саме: державні злочини, злочини проти особи та майнові. Відповідно до цього у Київській Русі існували й різні види покарань. Відшкодування нанесеної шкоди здійснювалось за допомогою штрафів. У «Руській правді» була відсутня смертна кара. Проте це не значило, що на практи-

ці її не було. Адже в державі досить довго існувала кровна помста.

У розвитку давньоруського суспільства важливу роль відіграло питання земельної власності та розвиток законодавства, обумовлений змінами в соціальному розшаруванні суспільства. Спираючись на це, можемо зазначити, що будь-які зміни в законодавстві відображались на суспільстві та його розвитку, а розвиток суспільних відносин нерідко знаходив своє відображення в законодавчому процесі.

Оскільки з виникненням держави панівні класи пристосували деякі звичаї, що виступали нормами звичаєвого права, до своїх інтересів, то вони санкціонували їхнє використання примусовою силою держави. Так, закріплення «Руською правдою» нових норм правовідносин мало не односпільний вплив на розвиток суспільства доби Київської Русі [9, с. 28].

На відміну від норм звичаєвого права, на основі яких чинився суд на вічевих зборах при родоплемінному укладі, пристосування норм «Руської правди» на користь верхівки правління відрізнялися меншим ступенем прав залежних верств населення. Цей фактор відіграв вирішальну роль в остаточному розділі на класи й законодавчому закріпленні різних соціальних класів через відмінність покарань за вчинені злочини й нерівність майнових та інших прав. Закріплення писаним законом прав на землю остаточно закріпило й класову нерівність.

Однією з функцій «Руської правди» стало придушення опору експлуатованих мас, що нівелювало фактор рівності перед судом за соціальним принципом, ставлячи підсудних у нерівні умови. Право Київської Русі стало правом привілеїв [4, с. 27].

Слід зазначити, що серед норм цивільно-правового характеру в «Руській правді» одне з центральних місць посідали норми, що регулювали питання власності.

Фактором впливу на розвиток суспільства Київської Русі є прийняття норм спадкового права, якими за «Руською правдою» община захищала себе від «витоку» майна за її межі в разі одруження доньок боярина й успадкування майна ними й чоловіками з іншої общини.

Ще одним елементом впливу на суспільство з боку законодавства були прийняті князем міжнародні договори, що захищали інтереси купців, які вели свої справи з іншими державами.

Так, серед змін у нормах міжнародного кримінального права, що відбулися в результаті розвитку держави, вирізняються статті, які змінюють трактування покарання за вбивство (ст. 4 договору 911 р. і ст. 13 договору 945 р.). Згідно зі ст. 4, якщо рус уб'є візантієць або візантієць уб'є руса, то винний помре на місці вчинення вбивства. У до-

говорі 945 р. аналогічна стаття наводиться дещо в зміненому вигляді. У ній говориться, що вбивця може бути затриманий і позбавлений життя близькими родичами вбитого [1, с. 52].

Можна зробити висновок, що в «українському» законі відображена вища, ніж в європейських середньовічних законах, культура берегового права. У Західній Європі майно розбитого корабля належало власникові берега, куди викинули його хвилі, а за українським законом воно переходило під нагляд держави до тих пір, поки не з'явиться його законний власник.

Враховуючи зміни, які відбулися у сфері правовідносин під впливом зовнішніх та внутрішніх факторів, можна зазначити, що їхній вплив на суспільство не можна вважати однорідним і спрямованим в бік загальносуспільного покращення. Різновекторність змін, які відбулися в нормативно-правовій базі, поперемінно погіршувала й покращувала різні сфери життя.

Прикладом змін на краще виступає заміна смертної кари як покарання за злочин викупом. Крім того, власник речі міг вимагати повернення її від незаконного набувача, який заволодів річчю з виплатою компенсації за її користування і це каралося лише штрафом, а не нанесенням фізичного каліцтва або смертю. Проте законодавче закріплення класової стратифікації суспільства носить очевидно негативний характер.

Що ж до загальної характеристики права доби Київської Русі, то загалом, треба зазначити досить високий рівень його розвитку, його самобутність і, навіть, певну прогресивність порівняно з тогочасним західноєвропейським правом. Оформлення ж Київської Русі в державу східних слов'ян мало позитивне значення для їхнього подальшого державно-правового розвитку.

### Література

1. Панюк А.В., Рожик М.Є.. Історія становлення української державності / за заг. ред. А.В. Панюк. Львів: Центр Європи, 1995. 278 с.
2. Гусєва С.О. Історія держави і права України: навч. посіб. Одеса: ЛАТСТАР, 2000. 253 с.
3. Кульчицький В.С., Настюк М.І., Тищик Б.Й. Історія держави і права України: навч. посіб. / За ред. Б.Й. Тищика; Львів: Світ, 1996. 346 с.
4. Захарченко П.П., Кузьминець О.В. Історія держави та права України: навч. посіб. Київ: Ун-т «Україна», 2005. 327 с.
5. Історія держави і права України в схемах і таблицях / уклад. В.Д. Гончаренко; Харків: Нац. юрид. акад. України, 2006. 423 с.
6. Антологія української юридичної думки: в 6 т. / заг. ред. Ю.С. Шемшученко, упоряд. І.Б. Усенко; Київ: Юрид. книга, 2002. Т. 3. 2003. 470 с.
7. Заруба В.М. Історія держави і права України: навч. посіб. Київ: Істина, 2006. 239 с.
8. Ідзьо В.С. Ранньослов'янське суспільство і ранньослов'янська державність. Зародження і становлення християнства на території України.: 2-ге вид., доп. і переробл. Львів: Радіо Воскресіння, 2004. 394 с.

9. Кузьминець О.А., Калиновський В.С., Дігтяр П.А. Історія держави і права України: навч. посіб./ за ред. Я. Ю. Кондратьєва; Київ: Україна, 2000. 217 с.

#### Анотація

**Лисна І. С. Вплив суспільного устрою на право Київської Русі.** – Стаття.

У статті розглянуто суспільний устрій та систему права Київської Русі. Розкрито взаємозв'язок суспільного устрою та права. Висвітлено право Київської Русі як регулятора суспільних відносин держави.

*Ключові слова:* Київська Русь, суспільний устрій, право, «Руська правда», історія права.

#### Аннотация

**Лисна И. С. Влияние общественного устройства на право Киевской Руси.** – Статья.

В статье рассмотрено общественное устройство и систему права Киевской Руси. Раскрыто взаимосвязь общественного устройства и права. Показано право Киевской Руси как регулятор общественных отношений данной страны.

*Ключевые слова:* Киевская Русь, общественное устройство, право, «Русская Правда», история права.

#### Summary

**Lisna I. S. Influence of social order on the law of Kyivan Rus.** – Article.

The social structure and the system of Kievan Rus law were studied. The correlation of social order and the law were revealed. The Kievan Rus law is shown as a regulator of Kievan Rus intercourse.

*Key words:* Kyivan Rus, social structure, law, Rus' Justice, history of the law.

УДК 347./45/.47

**Н. А. Мазаракі**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри міжнародного приватного,  
комерційного та цивільного права  
Київського національного торговельно-економічного університету

## ЗМІСТ ПРИНЦИПУ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ МЕДІАЦІЇ

Медіація як альтернативний вид вирішення спорів є, насамперед, процесом, ефективна реалізація якого неможлива без дотримання певних принципів, які уособлюють характер та порядок проведення медіації. Запровадження та інституалізація медіації в Україні, що наразі триває, має супроводжуватися розробленням теоретичних концепцій складових медіації, зокрема змісту, обсягів та порядку дотримання її принципів. Проект Закону України «Про медіацію» (№ 3665 від 17.12.2015 р.) вказує на «принципи добровільної участі, активності й самовизначення сторін медіації; незалежності та нейтральності медіатора; конфіденційності інформації щодо медіації» [1]. Кожен із цих принципів вигідно відрізняє медіацію від судового розгляду спору та заохочує сторони спору спробувати вирішити його без звернення до суду. І в приватних, і в комерційних спорах гарантії нерозголошення інформації, яку розкривають сторони спору у процесі медіації, виступають саме тим чинником, який має сприяти популярності та ефективності медіації. Для досягнення цієї мети законодавство має чітко встановлювати обсяг інформації, яка не підлягає розголошенню, а також виняткові підстави відступу від принципу конфіденційності медіації, порядок притягнення до відповідальності осіб, які розголосили інформацію, що охороняється законом.

Водночас положення цього проекту Закону України «Про медіацію» (на момент підготовки нашого дослідження проект очікував на друге читання) є надто загальними й не дають чіткого уявлення про зміст принципу конфіденційності медіації.

Теоретичні та практичні аспекти процедури медіації як альтернативного методу вирішення спорів досліджувалися у роботах Ю. Притики, А. Гайдука, О. Белінської, М. Поліщука, Ю. Розмана, Г. Огречук, Н. Грень, безпосередньо принципам медіації присвячені публікації С. Йосипенко та О. Можайкіної. Значну цінність мають ґрунтовні дослідження сутності та втілення принципів медіації іноземних юристів та медіаторів: Кімберлі К. Ковача (Kimberlee K. Kovach), Д. Ральфа (Jennifer Ralph), Д. Спенсера (David Spencer), М. Брoгана (Michael Brogan), Г. Брауна (Henry Brown), А. Марріота (Arthur Marriot), П. Брукера (Penny Brooker) та інших. Водночас

саме принцип конфіденційності медіації залишається практично недослідженим в українській науці.

Якщо поняття принципу є загальновідомим і вже не вимагає аналізу його сутності, то поняття «конфіденційність інформації щодо медіації», яке міститься у ст. 9 проекту Закону України «Про медіацію», є новим в українському законодавстві й потребує детального вивчення, зокрема його складових.

Термін «конфіденційний» тлумачиться як «такий, що не підлягає розголосу; довірчий, таємний» [2]. Законодавче визначення інформації міститься в Законі України «Про інформацію» як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Також цей законодавчий акт передбачає, що «конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених умов, а також в інших випадках, визначених законом» [3].

До різновидів конфіденційної інформації, за розголошення якої передбачена кримінальна відповідальність, О. Прохніцький зараховує медичну таємницю, таємницю листування, таємницю голосування, таємницю усиновлення (удочеріння), нотаріальну таємницю, комерційну та банківську таємницю, адвокатську таємницю, конфіденційну інформацію про особу, комп'ютерну інформацію з обмеженим доступом [4].

Водночас унікальний характер медіації як альтернативного позасудового методу вирішення спору надає особливого змісту поняттю конфіденційності, яке є наріжним каменем процесу медіації. Виважене гарантування дотримання конфіденційності впродовж та після завершення медіації є саме тим чинником, який гарантує її ефективність та заохочує сторони спробувати вирішити спір за участю медіатора, а не звертатися до суду. Відомий дослідник медіації Еллен Е. Дізон (Ellen E. Deason) наголошує на таких аспектах:

1) конфіденційність сприяє спілкуванню між сторонами та медіатором і, як наслідок, дає можливість дійти згоди, коли це неможливо в процесі

звичайних переговорів. Правові норми захищають адвокатську, лікарську таємницю, таємницю сповіді для того, щоб люди могли довіритись, розкрити важливу інформацію з метою отримання професійної поради, не боючись, що повідомлені ними факти будуть розголошені чи використані проти них у суді. У медіації конфіденційність дає медіатору можливість в умовах початкової недовіри вибудувати ефективне спілкування між сторонами спору та між стороною спору та медіатором. Адже без гарантій конфіденційності очікувати на відверту розмову сторін не видається можливим;

2) конфіденційність медіації важлива для забезпечення нейтральності медіатора. Уперше це твердження було сформульоване американським судом у справі *NLRB v Joseph Macaluso, Inc.*, а саме: «медіатор, який дає свідчення, невідворотно буде діяти проти інтересів однієї зі сторін, що обов'язково зруйнує його нейтральність. Водночас медіатор не особисто чи умисно порушить принцип нейтральності, а буде свідчити як свідок» [5]. Водночас вірогідність того, що медіатор може бути викликаний до суду як свідок, означає ілюзорність та тимчасовість його нейтральності. Нейтральність є основоположним принципом медіації та забезпечує результативні робочі відносини між медіатором та сторонами спору, а також дає змогу проводити ефективні приватні медіаційні сесії з кожною зі сторін спору;

3) за умови присудової медіації гарантії конфіденційності набувають особливого значення через те, що зв'язок медіатора та судді дуже тісний і може ставити під сумнів неупередженість можливого подальшого судового розгляду [6].

Саме конфіденційність медіації підвищує її популярність порівняно із судовим розглядом, особливо, коли сторони спору зацікавлені уникнути розголосу самого факту спору та результатів його вирішення з огляду на репутаційні ризики.

Міжнародне та наднаціональне й національне законодавство містить норми щодо принципу конфіденційності медіації (ст. 10 Модельного закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну примирну процедуру [7], ст. 7 Директиви №2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах» [8]), які вимагають від держав унесення необхідних положень до національного законодавства.

Уважаємо, що принцип конфіденційності медіації безперечно має бути врегульований у законодавстві, адже це є одним із чинників заохочення до позасудового вирішення спорів. Саме держава зацікавлена в розвантаженні судів, формуванні практики мирного, позасудового вирішення спорів. Водночас, домінуючим є питання змісту цього принципу, меж конфіденційності медіації. Англійські медіатори Г. Браун та А. Марріот

міркування з цього приводу починають з аналізу співвідношення ст. 8 «Захист інформації приватного характеру» та ст. 10 «Свобода думки, совісті та релігії» Хартії основних прав Європейського Союзу [9, с. 518]. Досвід штату Каліфорнія (США) свідчить, що абсолютної конфіденційності медіації бути не може, навіть якщо вона й передбачена законодавчими нормами.

Так, ст. 1119 Кодексу доказування штату Каліфорнія (США) забороняє розголошення чи використання в будь-якому суді як доказів будь-яких документів, записів, медіаційних угод, свідчень та визнань, зроблених впродовж медіації чи медіаційної консультації [10]. Водночас від такої суворої вимоги в окремих справах щодо інтересів малолітніх осіб було зроблено примітки для забезпечення справедливості судового рішення (дозволено використати як доказ інформацію, що стала відома в процесі медіації, яка передувала кримінальній справі в суді, в іншій кримінальній справі медіатор був змушений давати свідчення) [11].

Також слід зауважити на такому аспекті, як забезпечення доступності належних доказів у разі передання спору на судовий розгляд, щоб зробити можливим справедливе судове рішення. Більше того, законодавче регулювання принципу конфіденційності має бути виваженим і не давати підстав для зловживання сторонами цим принципом, наприклад, для унеможливлення пред'явлення доказів (Д. Спенсер наводить такий можливий варіант, коли, користуючись принципом конфіденційності медіації, сторона може пред'явити у процесі медіації той чи інший доказ винятково з метою подальшого недопущення цього доказу в можливому судовому розгляді) [12, с.314].

Із принципу конфіденційності медіації мають бути зроблені справедливі винятки, які потенційно дадуть можливість без побоювання відповідальності за розголошення конфіденційної інформації повідомити про злочин чи попередити завдання шкоди життю чи здоров'ю осіб. Щодо самої процедури медіації обмеження принципу конфіденційності буде справедливим, коли сторони хочуть, наприклад, притягнути до відповідальності медіатора за неналежне виконання своїх обов'язків чи привести у виконання медіаційну угоду, довести недійсність медіаційної угоди через порушення принципів медіації в її процесі (наприклад, довести примусове укладення угоди тощо). Також є можливим і відступ від принципу медіації за взаємною згодою сторін.

Аналіз іноземного та вітчизняного досвіду правового забезпечення принципу конфіденційності медіації свідчить, що відповідні норми можуть бути передбачені:

1) процесуальним законодавством (норми щодо можливості виклику медіатора як свідка, викори-

стання як доказів інформації, оголошеної у процесі медіації тощо);

2) законами про медіацію (аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» буде поданий далі);

3) у судових прецедентах (характерно для держав англосаксонської системи права);

4) правилами медіації та Кодексами етики медіаторів, що затверджуються медіаторськими організаціями та асоціаціями. Такими є вимоги конфіденційності, передбачені Кодексом етики медіатора Національної асоціації медіаторів України. Серед іншого, п 4.3. Кодексу встановлює, що обов'язок нерозголошення конфіденційної інформації щодо медіації та отриманої під час медіації є безстроковим [13].

5) договорами про проведення медіації, медіаційними застереженнями в договорах, окремими договорами про конфіденційність медіації, що укладаються між учасниками медіацій.

Аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» (№ 3665 від 17.12.2015 р.) [1] дає можливість з'ясувати такі елементи, які пропонуються врегулювати на законодавчому рівні:

1) коло суб'єктів, на яких поширюється дія норм щодо конфіденційності: медіатор, сторони спору, учасники медіації, особи – залучені до організації процесу медіації.

Водночас як свідок не може бути викликаний лише медіатор, що дає можливість зацікавленій стороні спору в можливому судовому засіданні викликати для свідчень інших учасників медіації і тим самим обійти вимоги конфіденційності;

2) об'єкти, стосовно яких виникає конфіденційність: «інформація щодо пропозиції одній зі сторін про застосування процедури медіації, готовності сторін до участі в проведенні процедури медіації; думок, пропозицій або визнань, висловлених у ході проведення процедури медіації; готовності однієї зі сторін прийняти пропозицію іншої сторони про врегулювання спору та інша інформація щодо процесу підготовки та проведення медіації». Водночас нагадаємо про можливість розширення цього переліку експертними висновками та документами технічного, юридичного характеру, даними щодо суми спору, об'єктами матеріального світу, які оприлюднювалися у процесі медіації тощо. Сам факт проведення медіації не обов'язково буде конфіденційним, особливо якщо медіація була призначена в ході судового засідання. Водночас за умови проведення приватної медіації сторони можуть узгодити конфіденційність факту проведення медіації в договорі.

О. Спектор справедливо зазначає, що «сторони можуть визнати конфіденційною як інформацію про саме існування конфлікту, так і щодо будь-яких аспектів спору» [14];

3) презумпцію конфіденційності інформації: «інформація щодо медіації є конфіденційною, якщо сторони медіації письмово не домовилися про інше». Водночас усупереч процитованому п. 1 ст. 9 законопроекту п. 4 підкорюється іншій логіці: «у випадку, коли медіатор отримав від однієї зі сторін інформацію, що стосується спору або процедури медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні. Протек, якщо сторона повідомляє медіаторові таку інформацію за умови не розкриття її іншій стороні, ця інформація не розкривається іншій стороні медіації».

У цьому аспекті вважаємо спірним твердження Г. Огречук, що «у законодавстві обов'язково має знаходити відображення існування презумпції неконфіденційності інформації, отриманої медіатором під час медіації, для сторін процесу. Ця презумпція означає, що, якщо не було обумовлено інше, медіатор має право повідомити інформацію, отриману від однієї сторони процесу медіації іншій стороні» [15]. Можна припустити, що для більшої впевненості у правильності своїх дій, розуміння намірів сторін, забезпечення довіри до себе, медіатор якраз повинен пересвідчитися у сторони спору, яку інформацію він може передати іншій стороні. Таку позицію щодо меж конфіденційності інформації висловлювала й О. Можайкіна [16].

Для розуміння сутності медіації дуже цінною вважаємо ідею О. Можайкіної щодо поділу конфіденційності в медіації на процедурну (зобов'язання медіатора, сторін та учасників медіації щодо нерозголошення факту участі у медіації) та предметну (нерозголошення інформації, що стала відома під час переговорів) [16].

Принцип конфіденційності є наріжним каменем медіації і має бути врегульованим, дотриманим та захищеним учасниками медіації та законодавством задля забезпечення затребуваності та ефективності цього альтернативного методу вирішення спорів. Адже чим більше інформації сторони розкривають у процесі медіації, тим вірогідніше знаходження компромісного рішення. Тому гарантії того, що оприлюднені у процесі медіації інформація та факти не стануть відомими поза колом учасників медіаційного процесу, є вкрай важливими. Національні законодавства забезпечують різні обсяги конфіденційності медіації та знаходять власний баланс між публічним та приватним інтересом.

В умовах становлення медіації в Україні вважаємо, що норми проекту Закону України «Про медіацію» мають бути доповненими положеннями щодо кола суб'єктів, які не підлягають виклику як свідки з приводу інформації, що стала їм відома у медіаційному процесі, а також щодо кола об'єктів та інформації, яка не може бути розголошена.

**Література**

1. Проект Закону України «Про медіацію» (реєстрац. № 3665 від 17.12.2015). URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57463](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463).

2. Словник української мови: в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970-1980. – Т. 4. – С. 273.

3. Про інформацію: Закон України № 2657-XII від 02.10.1992. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.

4. Конфіденційна інформація як предмет злочину. Підприємництво, господарство і право. 2009. № 10. С. 79-82.

5. National Labor Relations Board, Petitioner, v. Joseph Macaluso, Inc., D/b/a Lemon Tree, Respondent, 618 F.2d 51 (9th Cir. 1980) URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/618/51/407482/>.

6. Ellen E. Deason, The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?, 85 Marq. L. Rev. 79 (2001). URL: <http://scholarship.law.marquee.edu/mulr/vol85/iss1/4>.

7. ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 год. URL: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf).

8. Директива No 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a95](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95).

9. Brown, H., & Marriott, A. (2011). ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters.

10. State of California Evidence Code § 1119. URL: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=EVID&division=9.&title=&part=&chapter=2.&article=](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=EVID&division=9.&title=&part=&chapter=2.&article=)

11. Wyko, Andrea (2016) Mediation & confidentiality, Bond University Student Law Review: Vol. 4: Iss. 1, Article 3. URL: <http://epublications.bond.edu.au/buslr/vol4/iss1/3>.

12. D.Spencer, M.Brogan (2006) Mediation Law and Practice. New York: Cambridge University Press.

13. Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затверджений рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL: <http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>.

14. Спектор О. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: дис.. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2012. 219 с.

15. Огречук Г. Добровільність та конфіденційність як основоположні принципи медіації. Наше право. 2014. № 10. С. 177–183.

16. Можайкіна О. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції № 5/2017. URL: [http://apnl.dnu.in.ua/5\\_2017/15.pdf](http://apnl.dnu.in.ua/5_2017/15.pdf).

**Анотація**

**Мазаракі Н. А. Зміст принципу конфіденційності медіації.** – Стаття.

Стаття присвячена аналізу значення та змісту принципу конфіденційності медіації як передумови підвищення затребуваності та популяризації альтернативних методів вирішення спорів в Україні. Проаналізовано проект Закону України «Про медіацію», іноземні та вітчизняні наукові джерела, судову практику та сформульовано пропозиції щодо удосконалення відповідного законопроекту.

**Ключові слова:** альтернативні методи вирішення спорів, медіація, принципи медіації, конфіденційність, медіатор.

**Аннотация**

**Мазаракі Н. А. Содержание принципа конфиденциальности медиации.** – Статья.

Статья посвящена анализу значения и содержания принципа конфиденциальности медиации как предпосылки к повышению востребованности и популяризации альтернативных методов разрешения споров в Украине. Проанализированы проект Закона Украины «О медиации», иностранные и отечественные научные источники, судебная практика и сформулированы предложения по совершенствованию соответствующего законопроекта.

**Ключевые слова:** альтернативные методы разрешения споров, медиация, принципы медиации, конфиденциальность, медиатор.

**Summary**

**Mazaraki N. A. The scope of confidentiality principle in mediation.** – Article.

The article is devoted to the analysis of the importance and scope of the principle of confidentiality of mediation as a prerequisite for increasing the demand and popularization of alternative dispute resolution methods in Ukraine. The draft Law of Ukraine "On Mediation", foreign and ukrainian scientific sources, judicial practice have been analyzed and proposals on the improvement of the relevant draft law have been formulated.

**Key words:** alternative methods of dispute resolution, mediation, mediation principles, confidentiality, mediator.

УДК 340.111

**А. В. Матвійчук***кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя  
Державного університету інфраструктури та технологій***ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ ОBOB'ЯЗКІВ ДЕРЖАВИ ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ**

Одним із важливих завдань юриспруденції є формування усталеного понятійно-категоріального апарату й наповнення його відповідним змістом. У науці теорії права та конституційного права й донині залишається недослідженою низка важливих питань, до переліку яких, наприклад, належить розуміння обов'язків держави як правової категорії. Більше того, учені не виробили єдиного підходу щодо трактування такого поняття як «правова категорія», не виокремили системи складових цієї категорії, що нерідко зумовлює хибність розуміння правової сутності й самих обов'язків держави. Вчений Ф. Бекон завбачливо підкреслив: «... якщо самі поняття, будучи основою всього, сплутані й необдуманно абстраговані від речей, то нема нічого міцного в тому, що побудовано на них» [1, с. 315]. Практична необхідність дослідження обов'язків держави як правової категорії зумовлена визначенням міри, меж і тенденцій впливу держави на суспільство, потребою з'ясування порядку існування взаємодії держави з іншими інститутами суспільної влади, громадянами, суспільством загалом, завдяки чому уможливується об'єктивне формулювання поправок і змін до конституційного законодавства України.

Системний аналіз джерел права свідчить, що в національній і зарубіжній доктринах права питання обов'язків держави як правової категорії, є недослідженим. Жодної монографічної праці з цього питання немає. За винятком дослідження А. Худякова «Конституційно-правове регулювання обов'язків держави в Росії» (2012), яке ґрунтується на предметному аналізі законодавства Російської Федерації і не розкриває теоретико-правової сутності обов'язків держави як правової категорії.

Логіка дослідницького пошуку зумовлює необхідність окреслення відповідей на питання: що таке правова категорія, у чому полягає сутність обов'язків держави як правової категорії, які складові є невід'ємними від обов'язків держави як правової категорії.

Філософське розуміння змісту категорії здебільшого об'єктивується через систему найбільш загальних і фундаментальних понять, виокремлення та формування яких здійснюється в результаті науково-дослідницької діяльності. Відтак, дослідження обов'язків держави як правової категорії має висновуватися через формування предметного понятійно-категоріального апарату,

зокрема системи понять, що відображатимуть їхні загальні й спеціальні ознаки, сутність, специфіку тощо.

На нашу думку, правові категорії – це основоположні, фундаментальні наукові узагальнення про державно-правові явища, що об'єктивуються у певних поняттях (визначеннях, дефініціях), та відображають загальні й спеціальні властивості юридичних явищ, завдяки чому розкривається їхня сутність і зміст. Отже, обов'язки держави як правової категорії – це встановлена й гарантована необхідність дій держави (або утримання від них), що здійснюється носіями її обов'язків у спосіб та в межах, визначених конституцією і законами держави.

Інститут обов'язків держави як правової категорії має компонуватися з розгорнутої системи елементів, які можуть бути властиві обов'язкам, й інших суб'єктів публічної влади, проте відрізнятимуться від них своїм змістом, предметом відання, сферами поширення, специфікою, завданнями, порядком організації і гарантіями, тобто способом забезпечення їхнього виконання.

Першим елементом обов'язків держави як правової категорії є поняття, оскільки саме вони становлять висхідні теоретико-правові узагальнення, що лежать в основі категорії. Категорії, як доводив І. Кант, містять у собі всі поняття [2, с. 109]. Поняття не тільки є основою будь-якої категорії, наповнюють її певним змістом та зв'язками, а й, змістовно узгоджуючись між собою, задають певну динаміку розвитку самої категорії. Наукове пізнання об'єкта продукує появу якісної єдності понять, завдяки чому відбувається логічне, системне узгодження різновекторних знань. Відтак, постають питання: що необхідно вкладати у зміст «поняття» і яким має бути якісне «поняття»?

«Поняття» у філософії, як доводять енциклопедичні видання, це форма мислення, що відображає істотні властивості, зв'язки й відносини предметів і явищ. Натомість логіка визначає «поняття» як думку, у якій узагальнюються та виділяються предмети будь-якого класу за певними загальними й спеціальними ознаками. Основна логічна функція поняття полягає у виділенні загального, що досягається засобом вилучення від решти особливостей окремих предметів цього класу [3, с. 1051]. Семантична сутність «поняття» пояснюється як одна із форм мислення, результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності;

розуміння чого-небудь, що склалося на основі відомостей, власного досвіду.

Поняття, на нашу думку, це не процес мислення, а результат логічного системного узагальнення певних ознак, властивостей, якостей, станів тих чи інших явищ, предметів, речей, завдяки чому вони відрізняються один від одного. Відтак, формуючи такі поняття як «конституційні обов'язки держави», «правові обов'язки держави» та інші, ми зобов'язані виявити не лише те, навколо чого узагальнюються, компонується чи висновуються відокремлені нами поняття, а й указати чим вони відрізняються один від одного.

Що стосується відповіді на питання про якість «поняття», то доречно згадати висловлювання класиків. «Поняття» найбільш точно й повно відображатимуть дійсність лише тоді, коли вони будуть «обтесані, обламани, гнучкі, рухомі, релятивні, взаємопов'язані, єдині в протилежності, щоб охопити світ» [4, с. 131]. Отже, цінність понять полягає в тому, що вони відбивають сутність речей, явищ, предметів.

Критерієм можливості появи поняття слугує, на думку І. Канта, узагальнення, у якому необхідними умовами для формування цілого поняття виступає істинність всього того, що може бути виведено з нього, зрештою, повнота всього того, що може бути вилучено зі змісту поняття. Учений уявляв поняття, як щось ціле, «поділене на частини» [2, с. 110, 112–113].

Німецький учений Г. Лейбніц протиставив своє розуміння поняття: «Якби спільність поняття базувалася лише на підсумовуванні окремих одиничних випадків, тоді дедукція із загального положення була б *petitio principii*. ... спільність думок і понять заснована не на кількості випадків, що спостерігалися, а на якісній стороні думок і понять. Поняття треба розглядати не як результат арифметичного підсумовування, а як єдність логічного цілого» [5, с. 257]. Гегель розуміє поняття не як сукупність одиничного, а як істотну єдність генетичної конструкції, за допомогою якої воно утворене.

Будь-яке поняття є якісним, повним і науково обґрунтованим лише тоді, коли воно формується на основі системного, логічного узагальнення певних однопорядкових («координованих», а не «субординованих») у своєму внутрішньому зв'язку складових, які шляхом логічного їх виокремлення не тільки розкривають, деталізують, а й пояснюють зміст певного поняття. Відтак, поняття певного явища (предмета) формується із узагальненого логічно-смыслового поєднання його ознак.

Ознака – це риса, властивість, особливість кого-, чого-небудь; предмет, зображення, що є знаком, символом, емблемою чого-небудь [6, с. 655]. Учені стверджують: «Хоча в понятті виділяється лише загальне, це не означає, що воно протистоїть

єдиничному та особливому. Загальне існує лише в окремому. Оскільки воно складає основу якісної специфіки окремих предметів, знання загального дає можливість пояснення окремого й особливого» [3, с. 372]. Із наведеного вбачається діалектична єдність обов'язків держави як загального (поняття обов'язків держави) та єдиничного (ознаки обов'язків держави).

Важливим елементом обов'язків держави як правової категорії є їхня специфіка. Слово «специфіка» (від лат. *specificus* – особливий) означає особливість, яка властива певному предмету, явищу; істотні ознаки, що відрізняють один об'єкт від іншого [7, с. 500]. Усі без винятку суб'єкти конституційно-правових відносин є носіями тих чи інших обов'язків. Обов'язки за своєю змістовною сутністю є однаковими, оскільки вони в імперативній формі вимагають від суб'єкта здійснення певних дій (або утримання від них). Обов'язки, як доводить Б. Ебзеєв, «пов'язують державу» [8, с. 12].

Водночас обов'язки суб'єктів конституційних правовідносин (держави, громадян, органів державної влади, політичних партій та ін.) об'єктивно мають певну особливість, оскільки різняться між собою сферою поширення, змістом та іншими показниками, завдяки чому такі обов'язки набувають відокремленої правової ідентифікації, своєрідності й винятковості. Так, Г. Шершеневич уважав, що специфіка правового обов'язку полягає в усвідомленій зв'язаності волі суб'єкта [9, с. 619–620]. Вочевидь таке визначення специфіки правових обов'язків не є досконалим, оскільки «пов'язаність» волі суб'єкта може бути зумовлена різними чинниками (наприклад, нормами моралі й етики, страхом, небезпекою та ін.), що не охоплює сферу правових обов'язків. У праві пов'язаність волі суб'єкта можлива лише нормами права. На нашу думку, специфіка обов'язків держави становить певну узагальнену, універсальну та вивершену якість її ознак і властивостей, що розкривається шляхом наукових досліджень.

Другим елементом обов'язків держави як правової категорії є їхній видовий склад. Постає питання: чи доцільно зараховувати видовий склад обов'язків держави до переліку елементів названої категорії? На нашу думку, так, оскільки тут діє універсальний науковий підхід: загальне розкривається через єдиничне й навпаки. Дослідження певного предмета чи явища, зокрема й обов'язків держави, має бути комплексним і багатоаспектним. Такий дослідницький підхід дає можливість на основі застосування різновекторних критеріїв класифікації обов'язків держави системно розкрити їхній зміст, визначити «масштаб» і сфери поширення, з'ясувати специфіку таких обов'язків, проаналізувати порядок їхнього нормативного закріплення, дослідити гарантії їх-

нього забезпечення тощо. Отже, вивчення видового складу обов'язків держави зумовлено предметними дослідницькими завданнями.

Третім елементом обов'язків держави як правової категорії є суб'єкти (носії) обов'язків держави. Ми оминемо наукову дискусію стосовно визначення поняття «держава», проте вкажемо, що держава, з одного боку, є реальним явищем, оскільки вона існує в системі суспільних координат, а з іншого – досить абстрактним, тому що обов'язки держави по суті покладено на широке коло суб'єктів конституційних правовідносин. «Держава – це просто сукупність людей, які управляють суспільством. Особи з управлінськими обов'язками знаходяться скрізь: у племені ірокезів, грецькому полісі, африканському вождівстві. Держава – це цілий апарат, тобто сукупність спеціалізованих організацій і установ, котрі отримують винагороду за виконання своїх обов'язків» [10, с. 24-25]. Водночас не всі суб'єкти «спеціалізованих організацій і установ» є носіями обов'язків держави, до того ж, не завжди їхні обов'язки позиціонуються як обов'язки держави.

Наступним, тобто четвертим елементом обов'язків держави як правової категорії є правове закріплення обов'язків держави, зокрема їхня інституціоналізація та нормативна регламентація. Постає питання: що потрібно розуміти під такими складовими як інституціоналізація та регламентація?

Поняття «інституціоналізація» (від лат. *institutum* – устрій, установа) уперше було введено в науковий обіг у 1908 р. і трактувалося як процес поєднання та оформлення певних структур для задоволення суспільних потреб.

Учені визначають поняття «інституціоналізація» по-різному, а саме: багатомірні процеси, що формують організацію індивідів, груп, соціальних одиниць і перетворюють їхні дії на соціальну систему [11, с. 365]; процес формального впорядкування норм певної соціальної цілісності [12, с. 134]; результат культурних реакцій на людські потреби; розвиток культури [13, с. 132]; процес закріплення певних форм поведінки на підставі відповідних компонентів свідомості та окремих дій [14, с. 43–45]. На думку В. Литвина, «інституціоналізація» є засобом формування державно-правових інститутів [15, с. 156–157].

Із наведеного вбачається, що поняття «інституціоналізація» має двояке трактування: у широкому значенні – це процес закріплення, конституювання інститутів у суспільстві, у вузькому – засіб формування державно-правових інститутів. Загалом ми підтримуємо крайню позицію вчених і вважаємо, що нормативна інституціоналізація обов'язків держави – це спосіб їхньої легалізації шляхом закріплення в нормативно-правових актах. Інституціоналізація, на нашу думку, є

висхідним елементом установчого процесу. Регламентація визначається як сукупність правил, що регламентують, регулюють, обмежують чію-небудь діяльність; інструкція, зведення правил для користування чим-небудь. Нормативна регламентація «охоплює не лише установчий процес, а й динаміку юридичного становлення і функціонування» [16, с. 46] обов'язків держави. Отже, поняття «нормативна регламентація» та «інституціоналізація» обов'язків держави є взаємопов'язаними, проте не тотожними, оскільки перше висновується з другого.

П'ятим елементом обов'язків держави як правової категорії є гарантії забезпечення цих обов'язків. Сутність цих гарантій вирізняється своєю сталістю, тому вона є однаковою для різних видів правовідносин, оскільки завжди полягає в «забезпеченні» чогось, натомість зміст гарантій визначається нормами конституції і законів держави, тому він може мати різну правову формалізацію (невтручання, забезпечення, гарантування, подолання, охорона і т. д.).

Специфіка гарантій цих обов'язків зумовлена, насамперед, суб'єктом гарантій, яким виступає така суверенна, політико-територіальна організація суспільства, що наділена публічною владою як держава. Українська держава, як і будь-яка інша національна держава, є особливим суб'єктом конституційно-правових відносин. Держава репрезентує широке коло суб'єктів державно-владних повноважень, які хоча й відрізняються між собою обсягом конституційної правосуб'єктності, проте є носіями обов'язків держави. Водночас правосуб'єктність держави не можна отожднювати із сумарною єдністю правосуб'єктності носіїв її обов'язків. Держава перебуває вище всіх тих суб'єктів, на кого вона покладає виконання своїх обов'язків.

Інший аспект окресленої нами проблеми полягає в тому, що держава, з одного боку, інституційно виступає гарантом (або модератором) забезпечення реалізації системи обов'язків, носіями яких є різні суб'єкти конституційних правовідносин (фізичні та юридичні особи, спільноти, органи публічної влади), а з другого – сама потребує забезпечення гарантій для реалізації покладених на неї конституційних обов'язків.

Узагальнюючи наведене, доходимо таких висновків:

1) обов'язки держави як правова категорія – це встановлена й гарантована необхідність дій держави (або утримання від них), що здійснюється носіями її обов'язків у спосіб та в межах, визначених законами держави;

2) інститут обов'язків держави як правової категорії має компонуватися з системи елементів, які можуть бути властиві обов'язкам й інших суб'єктів публічної влади, проте відрізнятимуться

ся від них своїм змістом, предметом відання, сферами поширення, специфікою, завданнями, порядком організації і гарантіями, тобто способом забезпечення їхнього виконання;

3) складовими обов'язків держави як правової категорії є такі: поняття обов'язків держави, ознаки таких обов'язків та їхня специфіка, видовий склад обов'язків держави, суб'єкти (носії) обов'язків держави, правове закріплення обов'язків держави, гарантії забезпечення обов'язків держави.

### Література

1. Надольний І. Філософія: навч. посіб. Київ: Вікар, 1997. 84 с.
2. Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н. О. Лосский. Ростов-на-Дону: Феникс, 1999. 672 с.
3. Советский энциклопедический словарь / под. ред. А. Прохорова. Москва: Советская энциклопедия, 1981. 1600 с.
4. Ленин В. Полное собрание сочинений (Философские тетради) в 55 тт. Т. 29. Москва: Изд-во политическое л-ры, 1969. 783 с.
5. Маковельский А., Жуковский М. История логики. Москва: Кучково поле, 2004. 479 с.
6. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 5. С. 655.
7. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. – К.: Наукова думка, 1970 – 1980. Т. 9. С. 500.
8. Эбзеев Б. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. Москва, 2007. 384 с.
9. Шершеневич Г. Общая теория права. Вып. 3. Москва: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. 698 с.
10. Горелов М., Моця О., Рафальський О. Держава і цивілізація в історії України. Київ: ЕКО-ПРОДАКШН, 2009. 980 с.
11. Парсонс Т. Общий обзор. Американская социология. Москва: Прогресс, 1972. С. 360–378.
12. Sociologicka encyklopedie. Praha, 1991. 480 p.
13. Malinowski M. Instytucja instytucjonalizacja jako kategorie trojety sane socjologii. Studia socjologizmc, 1989. № 1. P. 121–146.
14. Gidden A. Die Constitution der Gesellschaft. Frankfurt am Mein, 1992. 460 p.
15. Законотворча діяльність: словник термінів і понять / за ред. акад. НАН України В. Литвина. Київ: Парламент. вид-во, 2004. 344 с.

16. Задорожня Г. Конституційно-правовий статус глави держави в Україні та зарубіжних країнах: порівняльний аналіз: монографія.; Нац. акад. внутр. справ. Київ: Алерта, 2016. 552 с.

### Анотація

**Матвійчук А. В. Проблеми розуміння обов'язків держави як правової категорії.** – Стаття.

У статті досліджено поняття й сутність обов'язків держави як правової категорії. Встановлено, що складовими обов'язків держави як правової категорії є поняття обов'язків держави, ознаки таких обов'язків, їхня специфіка, видовий склад обов'язків держави, суб'єкти (носії) таких обов'язків, правове закріплення обов'язків держави і гарантії їхнього забезпечення.

*Ключові слова:* правова категорія, обов'язки держави як правова категорія, носії обов'язків, гарантії обов'язків держави.

### Аннотация

**Матвийчук А. В. Проблемы понимания обязанностей государства как правовой категории.** – Статья.

В статье исследовано понятие и сущность обязанностей государства как правовой категории. Установлено, что составляющими обязанностей государства как правовой категории являются понятие обязанностей государства, признаки обязанностей, их специфика, видовой состав обязанностей государства, субъекты (носители) таких обязанностей, правовое закрепление обязанностей государства и гарантии их обеспечения.

*Ключевые слова:* правовая категория, обязанности государства как правовая категория, носители обязанностей, гарантии обязанностей государства.

### Summary

**Matviichuk A. V. Problems of understanding the responsibilities of the state as a legal category.** – Article.

In the article the concept and essence of the obligations of the state as a legal category are researched. It was established that the constituent duties of the state as a legal category are: the notion of the duties of the state, the features of such duties, their specifics, the specific composition of the duties of the state, the subjects (carriers) of such duties, legal consolidation of state duties and guarantees of their provision.

*Key words:* legal category, duties of the state as a legal category, bearers of duties, guarantees of state duties.

УДК 340.1

**І. Г. Ошкадеров***аспірант кафедри права та публічного адміністрування  
Маріупольського державного університету***ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ  
ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА В УМОВАХ ПРАВОВОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ**

За умов реформування в Україні особливу увагу слід приділити взаємодії держави з громадянами через формування ефективних національних та міжнародних механізмів забезпечення прав людини та громадянина. Наявність реального механізму забезпечення прав людини та громадянина підкреслює розвиток держави у поступі до демократії, економічного прогресу та міжнародного співробітництва. Також це має важливе значення в процесі реформування українського суспільства у контексті європейської інтеграції України. Тому дослідження проблематики визначення організаційно-правового механізму забезпечення прав людини та громадянина є актуальним та обґрунтованим.

Метою цієї статті є теоретико-правове дослідження організаційно-правового механізму забезпечення прав людини та громадянина в умовах правової модернізації.

Організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина в Україні досліджували такі науковці: В. Авер'янов, Є. Гіда, О. Гончаренко, А. Колодій, О. Майданник, М. Орзіх, В. Погорілко, П. Рабінович, О. Скрипнюк, В. Тацій, Ю. Шемшученко та інші видатні вчені. Але попри значну кількість наукових досліджень, деякі питання щодо організаційно-правового механізму забезпечення прав людини та громадянина в умовах модернізації залишилися поза увагою вчених.

Організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина повинен спрямовуватись на надання і гарантування всім громадянам рівного обсягу прав на підставі однакового стандарту, тобто кожний громадянин де-юре може користуватися нарівні з іншими громадянами всім спектром прав і свобод без утиску з боку держави, дискримінації з боку державних органів, окремих посадовців або інших осіб [1, с. 35].

Ю. Шемшученко зазначає, що забезпечення прав людини та громадянина залежить від багатьох факторів, а саме: ступеня демократичності владних інститутів держави; політичних, культурних та правових традицій; стану економіки; моральної атмосфери і злагоди в суспільстві; стану законності та правопорядку; механізмів, що забезпечують відповідальність держави перед особою тощо. Саме комплексно ці фактори здатні належно забезпечувати права і свободи людини та громадянина [2, с. 4].

Деякі вчені вказують на те, що забезпечення прав людини та громадянина неможливе без ресурсного забезпечення прав. Ресурсне забезпечення прав і свобод, на думку А. Романової, проявляється через сукупність таких показників як матеріально-технічне, фінансово-економічне, кадрове, наукове та інформаційне забезпечення. Тобто цей елемент системи, на думку автора, включає ті засоби, за допомогою яких можна досягнути головного результату – забезпечення прав і свобод [3, с. 601]. Ніхто не заперечує, що високий рівень економіки, належне фінансування видатків бюджетів, наявність та реалізація загальнодержавних та місцевих програм розвитку, наявність інвестицій, високий рівень наукових досліджень та технологій у державі позитивно впливають на розвиток системи забезпечення прав людини і громадянина.

Організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина складається з інституційної та нормативно-правової складових. До інституційної слід віднести такі елементи:

- система державних та місцевих органів, у тому числі прокуратура, правоохоронні та судові органи;

- система недержавних органів, діяльність яких спрямована на забезпечення прав людини та громадянина (громадські організації, професійні спілки, релігійні та благодійні організації, політичні партії, адвокатура, засоби масової інформації тощо);

- міжнародні організації.

Організаційно-правове забезпечення прав людини та громадянина в Україні здійснюється Президентом України, який виконує функції гаранта Конституції України, прав людини та громадянина та може забезпечувати ці права на підставі наявних у нього повноважень, а саме шляхом звернення із законодавчою ініціативою, ухвалення указів та розпоряджень, звернення до Конституційного Суду України. Основними напрямками діяльності Кабінету Міністрів України щодо забезпечення прав та свобод людини та громадянина є безпосередня реалізація норм Конституції та законів України, указів Президента, а також забезпечення впровадження державної політики в різних сферах життєдіяльності, у тому числі і в правовій сфері [4, с. 96].

Відповідно до Конституції України парламентський контроль за забезпеченням та дотриманням

прав і свобод людини здійснюють Уповноважений Верховної Ради України з прав людини і його представники на місцях. Уповноважений Верховної Ради з прав людини є інститутом позасудового захисту прав і свобод людини та має значні права щодо здійснення контролю за дотриманням прав і свобод людини органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форми власності. Водночас він дещо обмежений у правах щодо відновлення порушених конституційних прав і свобод людини.

У багатьох країнах існують спеціалізовані омбудсмени, які діють в інтересах специфічних груп, що потребують додаткового захисту. Повноваження та статус спеціалізованих омбудсменів відрізняються своєю спрямованістю [5, с. 27–28].

Пропонується запровадження в Україні військового омбудсмена з метою забезпечення прав військовослужбовців на підставі того, що в умовах воєнного конфлікту на сході України кількість військовослужбовців зросла, а ці люди належать до категорії, яка має особливий правовий статус, виконує специфічну діяльність, регулюється спеціальним законодавством. За умов надання військовослужбовцям та учасникам АТО пільг, слід визнати, що їхні права часто порушуються (право соціального забезпечення, право на житло тощо). Тому посилення парламентського контролю за забезпеченням прав людини для військовослужбовців можливе шляхом впровадження в Україні військового омбудсмена, що сприятиме ефективному вирішенню питань у сфері забезпечення та захисту прав військовослужбовців та забезпеченню контролю за дотриманням прав людини.

Інші органи державної влади теж здійснюють забезпечення прав людини та громадянина, але згідно покладених на них повноважень та тільки в межах своєї сфери діяльності. Їх діяльність у цілому координується та контролюється вищими органами.

Органи місцевого самоврядування в організаційно-правовому механізмі забезпечення прав людини та громадянина займають особливе значення. Е. Горян підкреслює, що вони, по-перше, формуються безпосередньо територіальними громадами і здійснюють від їхнього імені та в їхніх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, а по-друге, поєднують риси інститутів громадянського суспільства і органів публічної влади. Діяльність органів місцевого самоврядування щодо забезпечення прав та свобод громадян здійснюється за такими напрямками: 1) створення умов (економічних, організаційних, політичних) для найбільш повної та безперешкодної реалізації прав громадян; 2) попередження порушень прав громадян; 3) надання громадянам

матеріальних та духовних благ, які передбачені правами та свободами [6, с. 9].

В організаційно-правовому механізмі забезпечення прав людини та громадянина правоохоронні органи, доповнюючи один одного в процесі взаємодії, утворюють систему, яка є ядром забезпечення порушених прав і свобод людини і громадянина. Реформування органів внутрішніх справ, запровадження нової поліції вказало на те, що держава створює необхідні умови для забезпечення реалізації прав громадян. Після початку реформування авторитет поліції у суспільстві зростає. Поліцію слід розглядати як державний орган, що є частиною системи правоохоронних органів, який здійснює професійну діяльність, спрямовану на забезпечення реалізації та захист прав людини та громадянина, охорону громадського порядку, власності та забезпечення громадської безпеки, а також як елемент організаційно-правового механізму забезпечення прав людини і громадянина.

Важливе значення щодо забезпечення прав людини та громадянина мають недержавні органи, діяльність яких спрямована на забезпечення прав людини та громадянина, а саме: громадські об'єднання, професійні спілки, релігійні та благодійні організації, політичні партії, адвокатура, засоби масової інформації тощо.

З аналізу Закону України «Про громадські об'єднання» можемо зробити висновок, що діяльність громадських об'єднань спрямована на забезпечення прав людини та громадянина шляхом добровільного об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів [8].

Що стосується визначення ролі релігійних організацій в організаційно-правовому механізмі забезпечення прав людини і громадянина, то релігійні організації – це релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій. Метою їх діяльності є задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру. Функціонують вони відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури [9].

Благодійні організації – це юридичні особи приватного права, установчі документи яких визначають благодійну діяльність в одній або кількох сферах, визначених Законом України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» їх основною метою [10]. Однією із основних сфер благодійної діяльності є права людини і громадянина.

Елементом організаційно-правового механізму забезпечення прав людини і громадянина є

професійні спілки. Вони створюються з метою здійснення представництва та захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки. Роль професійних спілок у механізмі забезпечення прав людини і громадянина полягає у тому, що для громадянина забезпечується право на працю, відпочинок, соціальний захист тощо [11].

Значення політичних партій в організаційно-правовому механізмі забезпечення прав людини і громадянина полягає у тому, що забезпечується право громадян на свободу об'єднання у політичні партії для здійснення й захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Це право визначається і гарантується Конституцією України [12].

Адвокатура спрямовує свою діяльність на забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні. Вона є елементом організаційно-правового механізму забезпечення прав людини і громадянина.

Включення засобів масової інформації до організаційно-правового механізму забезпечення прав людини і громадянина обґрунтовується тим, що в сучасних умовах іноді більш ефективним засобом забезпечення прав людини та громадянина може бути факт оприлюднення інформації про необхідність забезпечення таких прав або неможливість їх реалізації тощо. Наприклад, здійснення незалежного екологічного моніторингу та оприлюднення його результатів у засобах масової інформації дозволяють забезпечити реалізацію екологічних прав людини та громадянина. Саме за через це необхідними вимогами для забезпечення реалізації прав людини та громадянина практично завжди вважають гарантування свободи інформації та забезпечення рівних прав і можливостей доступу до неї, заборону цензури, заборону чинити перешкоди законній професійній діяльності журналістів та інших працівників засобів масової інформації.

Відносно міжнародних організацій як елемента організаційно-правового механізму слід наголосити, що вони забезпечують здебільшого захист прав людини та громадянина. Міжнародні організації реалізують свої обов'язки шляхом прийняття міжнародних нормативних актів, стандартів, створення міжнародних органів, що розглядають позови про порушення прав людини та громадянина тощо.

Нормативно-правова складова організаційно-правового механізму забезпечення прав людини та громадянина поділяється на такі елементи: міжнародні, конституційні та галузеві нормативні акти. Україна поступово гармонізує своє законодавство з міжнародним, ратифікуються між-

народні нормативні акти з питань прав людини. На жаль, деякі міжнародні нормативні акти не працюють або не виконуються належним чином. Наприклад, Україна займає одне з перших місць з невиконання рішень Європейського Суду з прав людини. Тому якщо Україна прагне стати повноправним членом Європейського союзу, треба не тільки ратифікувати, декларувати та впроваджувати міжнародні нормативні акти, а і виконувати їх.

На підставі здійсненого аналізу можемо зробити висновок, що організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина – це система організаційно-правових засобів, що складається з багатьох елементів, кожен з яких має своє призначення. Ці елементи впливають на суспільні відносини у сфері реалізації, охорони і захисту прав людини та громадянина.

Організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина як система інституційних та нормативно-правових складових, по-перше, спрямована на ефективну взаємодію людини та громадянина з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськими організаціями; по-друге, створює певні стандарти у сфері прав людини та громадянина, що відповідають європейським та світовим стандартам.

### Література

1. Сіренко В. Ф., Оніщенко Н. М., Пархоменко Н.М., Тарахонич Т.І. Актуальні проблеми забезпечення і охорони прав людини в Україні. Правова держава. 2014. Вип. 25. С. 16–43. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe\\_2014\\_25\\_5](http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe_2014_25_5).
2. Шемшученко Ю. Передмова. Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: монографія. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчука. К.: Видавництво «Юридична думка», 2007. 424 с.
3. Романова А.А. Система забезпечення прав і свобод людини та громадянина в Україні. Форум права. 2012. № 2. С. 599–602.
4. Пустовіт Ж.М. Актуальні проблеми прав і свобод людини і громадянина в Україні: навч. посібник. К.: КНТ, 2009. 232 с.
5. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. К., 2000. С. 27–28.
6. Горян Е.В. Органи місцевого самоврядування в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав і свобод громадян України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02; Інститут законодавства Верховної Ради України. Київ, 2005. 22 с.
7. Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>.
8. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23 квітня 1991 р. Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/987-12>.
9. Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 05.07.2012 № 5073-VI Верховна

Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5073-17>.

10. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 р. Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1045-14>.

11. Про політичні партії в Україні: Закон України від 05.04.2001 р. № 2365-III. / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 23. Ст.118.

#### Анотація

**Ошкадеров І. Г. Організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина в умовах правової модернізації. – Стаття.**

У статті розглянуто організаційно-правовий механізм забезпечення прав людини та громадянина в умовах правової модернізації, запропоновані його визначення, структура та значення.

**Ключові слова:** організаційно-правовий механізм, правова модернізація, забезпечення прав людини та громадянина, права людини, реалізація прав людини.

#### Аннотация

**Ошкадеров И. Г. Организационно-правовой механизм обеспечения прав человека и гражданина в условиях правовой модернизации. – Статья.**

В статье рассмотрен организационно-правовой механизм обеспечения прав человека и гражданина в условиях правовой модернизации, предложено его определения, структура и значение.

**Ключевые слова:** организационно-правовой механизм, правовая модернизация, обеспечение прав человека и гражданина, права человека, реализация прав человека.

#### Summary

**Oshkaderov I. H. Organizational and legal mechanism of ensuring human rights and citizen in conditions of legal modernization. – Article.**

The article deals with the organizational and legal mechanism for ensuring human rights and citizen in the context of legal modernization, its definition, structure and significance are proposed.

**Key words:** organizational and legal mechanism, legal modernization, provision of human rights and citizen, human rights, realization of human rights.

УДК 342.7

**В. Ю. Пряміцин**  
 викладач кафедри публічного права  
 Національного технічного університету України  
 «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

**Р. Р. Погорілий**  
 студент  
 Національного технічного університету України  
 «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

## РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ВИЩУ ОСВІТУ

У кожному суспільстві однією із умов існування є розвиток. Суспільство формує державу, розвиває її, використовуючи певні знання та навички, і безперечно, ці знання ми отримуємо у процесі навчання. Одним з найголовніших етапів здобуття освіти є вища освіта. Кожна людина має право на вищу освіту, адже за своїми природними інстинктами ми маємо властивості постійного розвитку та удосконалення. Це природне право не може бути відібране або заборонене. З огляду на це, суспільство формує конституційні права, передбачаючи одним із головних прав людини право на освіту. Але його реалізація можлива лише у правовій державі, яка гарантує реалізацію прав людини та вважає права та інтереси особи пріоритетними, де суспільство безперешкодно може забезпечити своє право на вищу освіту та отримати блага, що це право йому надає. Право на вищу освіту є передумовою економічно-технічного розвитку держави, адже здобуті навички та знання суспільства в країні використовуються в розбудові самої держави.

Метою дослідження є визначення сутності та реалізації права людини на вищу освіту в контексті природного праворозуміння.

У контексті досліджень права на вищу освіту та його реалізації варто відзначити роботи М.Н. Курко, Р.В. Шаповал, О.Ф. Мельничук, а також ґрунтовні роботи С.С. Алексеєва та К. Хюфнера.

Однак в Україні ще не було проведено загального дослідження природного права на вищу освіту з позиції його реалізації.

Сьогодні вища освіта займає одну з ключових позицій у сфері економічного та соціального розвитку держави. Передумовою цього розвитку є якісна й доступна вища освіта, яка проявляється в реалізації природного права на вищу освіту. Найголовнішим значенням в отриманні вищої освіти є реалізація права, що дає змогу активно впливати на розвиток системи освіти та суспільства.

Заслуговує на увагу визначення С.С. Алексеєва, який, абстрагуючись від права на вищу освіту, стверджує, що права людини – це суб'єктивні права, в яких виражаються не потенційні, а реальні

можливості індивіда, закріплені в конституціях і законах [1, с. 21].

Насамперед, ми хочемо проаналізувати, як саме здобувачі вищої освіти реалізують своє право на вищу освіту. Реалізація права на вищу освіту може проявлятися саме через права здобувачів вищої освіти, що передбачені Законом України «Про вищу освіту» [3]. Головними з погляду реалізації права на вищу освіту є такі права:

- участь у науково-дослідних, дослідно-конструкторських роботах, конференціях, симпозиумах, виставках, конкурсах, представлення своїх робіт для публікації;
- участь в обговоренні та вирішенні питань удосконалення навчального процесу, науково-дослідної роботи, призначення стипендій, організації дозвілля, побуту, оздоровлення;
- участь у діяльності органів громадського самоврядування закладу вищої освіти, інститутів, факультетів, відділень, вченої ради закладу вищої освіти, органів студентського самоврядування;
- академічна мобільність, у тому числі міжнародна;
- участь у формуванні індивідуального навчального плану.

Перелічені пункти дають змогу суб'єкту реалізації права в процесі навчання втілювати свої ідеї та навички, що можуть також слугувати й розвитку системи вищої освіти. Здобувачі вищої освіти мають безпосередньо самі впливати на реалізацію права на вищу освіту шляхом участі в органах студентського самоврядування, профспілкових організаціях та наукових товариствах студентів та аспірантів, участі у студентських об'єднаннях, впливати на систему вищої освіти через громадські організації, засоби масової інформації тощо.

Безумовно, у процесі реалізації права на вищу освіту трапляються проблеми, які не дають повністю організувати забезпечення реалізації прав на вищу освіту. Тому, з огляду на викладене, можемо назвати такі проблеми:

- недостатня кількість кваліфікованих викладачів, пристосованих до сучасних методів викладання;

- недостатній рівень контролю реалізації прав студентів;
- недостатнє фінансування системи вищої освіти;
- низький рівень співпраці вищих навчальних закладів із приватними та державними підприємствами щодо працевлаштування;
- низький рівень забезпечення матеріально-технічними засобами в навчальному процесі;
- низький рівень стандартів системи вищої освіти, які не відповідають міжнародним нормам;
- наявність корупційних схем у сфері вищої освіти, що кардинально порушує систему фінансування, а також на рівні вищих навчальних закладів порушує конкурентоспроможність серед студентів;
- низький рівень співпраці в міжнародному просторі у сфері вищої освіти.

Окрім конкретної реалізації свого права на вищу освіту самими здобувачами вищої освіти, варто зазначити й про інших учасників освітнього процесу, які повинні забезпечити якісну вищу освіту здобувачів. На думку Р.В. Шаповал, освіта є одним із найбільш потужних ресурсів соціально-економічного розвитку, фактором становлення ефективних механізмів державного та соціального управління, складовою становлення самоврядних механізмів функціонування міст та сіл України, найбільш потужним чинником розвитку культури, одним із пріоритетних компонентів модернізації країни на шляху до євроінтеграції [6]. З наведеного можемо зробити висновок, що освіта є одним із найголовніших факторів розвитку держави. І тому держава має також брати безпосередню участь в реалізації права на вищу освіту шляхом забезпечення цього права. Для цього існують профільні органи, зокрема Міністерство освіти і науки України, Український центр оцінювання якості освіти, Національне агентство забезпечення якості вищої освіти, Державна інспекція навчальних закладів.

Для реалізації права людини на вищу освіту держава виконує такі зобов'язання:

- забезпечувати реалізацію права на вищу освіту та не посягати на здійснення цього права;
- захищати права людини в системі вищої освіти за їх порушення (корупційні схеми в системі освіти, що порушують конкурентоспроможність людини в отриманні вищої освіти, дискримінація, обмеження прав тощо);
- забезпечувати участь громадян в реалізації права на вищу освіту;
- забезпечувати всіма необхідними ресурсами, що є важливим у реалізації права на вищу освіту;
- забезпечувати в системі вищої освіти норми та методи, які відповідають міжнародним стандартам, що є правом людини на вищу освіту;

- дотримуватися гласності, чесності, справедливості та толерантності в реалізації права на вищу освіту.

Зараз питання забезпечення права на вищу освіту в Україні є дуже актуальним через те, що реалізація права на вищу освіту неможлива без реального його забезпечення. Для цього ми дослідили систему реалізації права на вищу освіту різних країн світу та порівняли її з реаліями вищої освіти України, а також опрацювали громадську думку студентів України [1]. Досвід закордонних вищих навчальних закладів дає нам змогу вдосконалити систему вищої освіти України, а дослідження думки студентів України – побачити проблеми реалізації права на вищу освіту в вищих навчальних закладах.

Фондом «Демократичні ініціативи» ім. Ілька Кучеріва та фірмою «Юкрейніан соціолоджі сервіс» [2], був опитаний 1001 студент за національною вибіркою вищих навчальних закладів України. За загальною характеристикою освітньої системи країн Європейського Союзу [5], ми дійшли висновків, що наша країна глобально відстає від розвитку системи вищої освіти, що є підтвердженням рейтингу організації «Higher Education System Strength Rankings» [7].

У результаті проведеного дослідження фондом «Демократичні ініціативи» ім. Ілька Кучеріва та фірмою «Юкрейніан соціолоджі сервіс» було виявлено, що абсолютна більшість студентів (87%) вважає важливою проблему вдосконалення вищої освіти, із них 36% відносять це соціальне завдання до нагальних. Студенти, загалом, оцінили якість вищої освіти в Україні нижче середнього рівня – у 2,8 балів за 5-бальною шкалою. Також більшість студентів (69%, у 2011 було 55%) хотіли б навчатися за кордоном (найбільше – ті, що навчаються за технічним профілем, майже 80%). Це свідчить про недосконалість реалізації якісної вищої освіти в Україні, про невідповідність вітчизняної вищої освіти європейським стандартам та ринку праці. Студенти, як і населення України загалом, вважають, що кількість вищих навчальних закладів повинна визначатися потребами ринку праці (52% населення і 46% студентів), а також їхньою спроможністю давати справді якісну освіту (35% населення та 41% студентів) [2].

Також рейтинг організації «Higher Education System Strength Rankings» показує, що Україна глобально відстає від рівня системи вищої освіти світових країн, посівши 45 місце в рейтингу, у той час, як передові країни (Сполучені Штати Америки, Велика Британія, Німеччина) займають топ-сходинки рейтингу.

«Вживає не сильніший і не розумніший, а той, хто найкраще реагує на зміни, що відбуваються» – ці слова сказав новозеландський письменник Гордон Драйден. Сучасні вищі навчальні

заклади розвинених країн світу посідають передові місця в системі вищої освіти, бо їх завдання – це запровадження сучасних методів навчання, які дадуть змогу пристосувати студента до сьогоденного життя. Роботу вищих навчальних закладів за кордоном супроводжують відповідні принципи студенто- та практико-орієнтованого навчання, а саме:

- забезпечення студентів найновішими технологіями у процесі навчання;
- пристосування студента до сучасного життя, реформування системи вищої освіти за соціальним і науково-технічним прогресом;
- надання переваги новому, практичному здобуванню навичок, відтиснення застарілих методів викладання;
- студенту надається змога самому проявляти ініціативу в розбудові системи освіти;
- використання сучасних методів навчання, які постійно вдосконалюються.

Також вищі навчальні заклади користуються принципом відповідальності та ставлять собі на меті досягнення найкращих результатів, які проявляються в знаннях та навичках випущених з навчального закладу студентів.

Безумовно, якість і рівень освіти впливає на розвиток держави. Зарубіжні країни зацікавлені в тому, щоб якомога більше людей здобувало вищу освіту, яка в майбутньому дасть висококваліфікованих професіоналів, які, використовуючи свої знання, будуть збагачувати країну своїми досягненнями. Т.В. Фініков вважає, що метою вищої освіти є розвиток економіки та суспільства, підвищення якості людського життя. Якість життя – це складне соціологічне поняття, яке в загальному розумінні характеризує ступінь благополуччя широкої громадськості, а у вузькому – вимірюється масою глобальних та регіональних індексів [5, с. 68].

Згідно з даними рейтингу ООН за індексом людського розвитку “UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME Human Development Reports” [9], Україна займає 84 сходинку, у той час як Норвегія, Австралія Швейцарія, Німеччина, Данія займають топ-5 в рейтингу. Ці країни віддали перевагу найсучаснішим методам викладання. У Німеччині, наприклад, головним принципом вищої освіти є «академічна свобода» – система, що дозволяє будь-якому студенту самостійно визначати перелік дисциплін, які увійдуть до його диплому. Система вищої освіти у ФРН також має на меті поєднання навчального процесу з науковими дослідженнями [4, с. 116]. Це дає можливість учасникам освітнього процесу активно впливати на розвиток країни та надає можливість побудови власного бізнесу. Також у системі вищих навчальних закладів працює служба «ДААД».

«ДААД» (німецька служба академічних обмінів) – організація, що об’єднує усі німецькі вищі навчальні заклади та сприяє розвитку академічних відносин за кордоном, насамперед, за допомогою обміну студентів і науковців. До першочергових завдань організації належить залучення іноземної молоді наукової еліти для навчання і науково-дослідної діяльності у Німеччині і, за можливості, збереження з нею довгострокових партнерських відносин; підвищення кваліфікації молодих німецьких учених у дусі відкритості і взаєморозуміння; допомога країнам, що розвиваються, і країнам-реформаторам у Східній Європі у будівництві працездатних структур у галузі вищої освіти і насамкінець, підтримка германістики, німецької мови, літератури і країнознавства у закордонних вищих навчальних закладах [4, с. 120].

А в Данії не буде перебільшенням сказати, що освіта є першим пріоритетом держави і громадськості. Це піклування про духовний розвиток нащадків войовничих вікінгів відчувається навіть у найдрібнішому – безкоштовності всього навчального матеріалу й обладнання, харчування і транспорту тощо [4, с. 55].

І завдяки досвіду передових країн світу в системі якості вищої освіти, ми маємо, використовуючи потенціал нашої держави, досягати найвищих стандартів якості освіти. Адже, як зазначається в п. 2 ч. 3 ст. 3 Закону України «Про вищу освіту», формування і реалізація державної політики у сфері вищої освіти забезпечується шляхом збереження і розвитку системи вищої освіти та освіти протягом життя [3]. І саме слово «розвиток» ми маємо виділити, бо тільки розвиваючись, студент може досягти реальних успіхів у майбутньому.

Опрацювавши матеріали про систему вищої освіти різних країн світу, слід відзначити, що загальною метою зарубіжних країн є розвиток вищої освіти відповідно до умов розвитку інформаційного суспільства, надання якісних, сучасних знань суб’єкту з використанням найновіших інноваційних технологій. Функції всіх прогресивних держав світу – направляти всі можливі ресурси для удосконалення системи вищої освіти, де суб’єкт може використовувати сучасні технології, найбільші наукові досягнення у процесі навчання, удосконалюючи розвиток вищої освіти, отримувати практику під час навчального процесу, розвиватися у професії, беручи участь у наукових дослідженнях, конференціях, обговореннях, обравши самостійно сферу професійної діяльності. Вищий навчальний заклад забезпечує студента всіма необхідними ресурсами для здобуття якісної освіти під час навчального процесу, студент отримує знання від кваліфікованого викладача, який пройшов належну агеестацію і має обізнану практику сучасного викладання, також навчаль-

ний заклад забезпечує працевлаштування після закінчення навчання.

Сутність права на вищу освіту проявляється у тому, що це можливість індивіда, яка закладена в нього природою і є невідчужуваною. Реалізація права на вищу освіту може проявлятися саме через права здобувачів вищої освіти, що передбачені Законом України «Про вищу освіту». Після проведених досліджень ми дійшли висновку, що механізм реалізації права на вищу освіту в Україні потребує вдосконалення.

Саме досвід закордонних вищих навчальних закладів має стати прикладом розвитку системи вищої освіти в Україні. Європейські країни готові ділитися своїм досвідом і підтвердження цього – «Стандарти і рекомендації щодо забезпечення якості в Європейському просторі вищої освіти» [8]. Органи управління вищою освітою неодмінно мають втілювати стандарти передових країн в українську систему. Необхідно надати здобувачам вищої освіти право користуватися сучасними інформаційними технологіями під час навчального процесу. Насамперед, необхідно забезпечити фінансування інформатизації та онлайнізації вищої освіти та реалізувати підготовку викладачів старшого покоління у сфері використання інформаційних технологій в освітньому процесі.

### Література

1. Алексеев, С. С. Теория права. М.: БЕК, 1995. 320 с.
2. Вища освіта в Україні: громадська думка студентів // Офіційний сайт Фонду «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. URL: <http://dif.org.ua/article/vishcha-osvita-v-ukraini-gromadskadumkastudentiv>.
3. Закон України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 № 1556-VII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014. № 37–38. Ст. 2004.
4. Сисоева С.О., Кристопчук Т.Є. Освітні системи країн Європейського Союзу: загальна характеристика: навчальний посібник. Київський університет імені Бориса Грінченка. Рівне: Овід, 2012. 352 с.
5. Фініков Т.В., Шаров О.І. Невідкладні завдання та змістовні принципи проектно-орієнтованого реформування вищої освіти України. Управління проектами та розвиток виробництва: зб. наук. пр. Луганськ: вид-во СНУ ім. В.Даля, 2009. № 3(31). С. 67–79.

6. Шаповал Р. В. Конституційне право людини і громадянина на освіту в Україні. Право і Безпека. 2011. № 1. С. 29–35. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib\\_2011\\_1\\_7](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2011_1_7).

7. QS Higher Education System Strength Rankings. Quacquarelli Symonds, Elsevier. 2016. URL: <http://www.topuniversities.com/system-strength-rankings/>.

8. Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area. 2014. URL: [https://www.eqar.eu/fileadmin/documents/e4/ESG\\_draft\\_endoresed\\_by\\_BFUG.pdf](https://www.eqar.eu/fileadmin/documents/e4/ESG_draft_endoresed_by_BFUG.pdf).

9. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME Human Development Reports. Table 1: Human Development Index and its components. URL: <http://hdr.undp.org/en/composite/HDI>.

### Анотація

*Пряміцин В. Ю., Погорілий Р. Р.* Реалізація права на вищу освіту. – Стаття.

У дослідженні розкривається поняття реалізації права на вищу освіту. У процесі дослідження, виділяємо найголовніші проблеми системи вищої освіти України та за допомогою вивчення системи вищої освіти передових країн світу знаходимо вирішення цих проблем.

*Ключові слова:* право на вищу освіту, реалізація права, якість вищої освіти, здобувачі вищої освіти.

### Аннотация

*Прямыцын В. Ю., Погорилый Р. Р.* Реализация права на высшее образование. – Статья.

В исследовании раскрывается понятие реализации права на высшее образование. В ходе исследования выделяем главные проблемы системы высшего образования Украины и находим решение этих проблем с помощью изучения системы высшего образования передовых стран мира.

*Ключевые слова:* право на высшее образование, реализация права, качество высшего образования, соискатели высшего образования.

### Summary

*Priamitsyn V. Yu., Pohorilyi R. R.* Realization of the right to higher education. – Article.

In the study, we disclose the concept of realization of the right to higher education. In the course of the research, we highlight the most important problems of the higher education system of Ukraine and through the study of the system of higher education in the advanced countries of the world, we find solutions to these problems.

*Key words:* right to higher education, realization of law, quality of higher education, applicants of higher education.

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.7

*А. Гринь**здобувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства  
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

### ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ ТА ОСНОВНІ СТАНДАРТИ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ У СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВ ЛЮДИНИ

Вступ. Принцип пропорційності, за висловом німецького науковця Н. Петерсена, передбачає конфлікт між правами людини та публічним інтересом або між самими правами людини [10, с. 1387]. З посиланням на німецьких науковців М. Коен-Елія та І. Пората, які детально висвітлили історичне коріння принципу пропорційності в Пруссії, Ю. Євтошук вказує на широке його застосування суддями пруських адміністративних судів. Цей принцип виник внаслідок поступової еволюції Пруссії, починаючи з другої половини XVIII століття, від авторитарної держави, де король був вищим і єдиним джерелом влади, до держави, де правив закон, тобто правової держави. Принцип пропорційності разом із правовою державою являє собою спосіб приборкування системи, де поліцейська влада формально слабко обмежена, а інституційним механізмом втілення цього в життя стали впливові адміністративні суди в Пруссії, які в період 1882–1914 років активно використовували тест на пропорційність для з'ясування легітимності втручання уряду в економічне та соціальне життя [11, с. 29].

Попри значний теоретичний доробок у вітчизняній юридичній науці, принцип пропорційності ще лише входить в юридичну практику. Більшою мірою цей принцип використовується в конституційному праві. Однак із відсутністю практики розгляду конституційних скарг застосування цього принципу наразі поодинокі й несистемні. У зарубіжному конституційному праві прикладом застосування принципу пропорційності є практика Федерального Конституційного Суду Німеччини, який в одному зі своїх рішень зазначив: «У ФРН принцип пропорційності є неписаним конституційним принципом. Він походить з принципу верховенства права і, насправді, з природи основних прав, оскільки вони відображають загальне право на свободу громадянина від держави, які можуть бути обмежені державними органами тільки у випадку переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу» [13, с. 36]. Розуміння принципу пропорційності є важливим з точки зору ви-

значення допустимого обмеження прав людини та формулювання критеріїв законності дій органів влади [2].

Метою статті є визначення стандартів здійснення негласних слідчих дій відповідно до принципу пропорційності, що зумовлює поліцію та спецслужби застосовувати на практиці певні обмеження у сфері особистого та сімейного життя особи з метою розслідування злочинів.

Виклад основного матеріалу. На думку Р. Алексі, критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень [1, с. 575]. Зокрема, цьому критерію можна цілком застосовувати критерії обмеження права на недоторканність особистого та сімейного життя та мету боротьби із тероризмом.

Зовнішні аспекти обґрунтування балансування не піддаються логічним операціям, оскільки вони спираються на припущення та правдоподібні причини і наслідки певних дій [1, с. 576–577]. Тут таким прикладом вже слугуватиме презумпція невинуватості та наявність певних відомостей, що особа підтримує певні зв'язки з екстремістськими за своїм характером організаціями, діяльність яких спрямована на підлив державного суверенітету, зокрема, за допомогою методів терористичної діяльності.

Водночас така формула є занадто абстрактною і механістичною, оскільки цінність чи то важливість цінностей не має прямого зв'язку із якимись абсолютними величинами, параметрами на кшталт обсягу чи кількості. Зокрема, кількісні параметри не завжди мають безпосередню кореляцію з такими вартостями, як особиста свобода та національна безпека чи авторитет правосуддя. У разі неефективності засобів правового захисту обмеження певного права на підставі забезпечення авторитету правосуддя матиме надмірний, тобто непропорційний характер і посягатиме на

сутність відповідного права особи. Загалом, як стверджує Н. Петерсен з посиланням на суддю Верховного суду США Антоніна Скаліа, радше можна порівняти конкуруючі конституційні цінності за прикладом того, щоб далі кинути камінь, то необхідно пропорційно зменшити його вагу, хоча саме порівняння ваги каменю із відстанню без конкретної мети і зв'язку не є коректним. Тому не дивно, що Н. Петерсен розглядає принцип пропорційності як нормативний концепт [10, с. 1391, 1392].

При застосуванні принципу пропорційності важливе значення має сумірність втручання відповідно до легітимної мети, що має виражати баланс приватних і публічних інтересів. Зокрема, між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як і в правотворчості, у правозастосуванні в основі мети, яку має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних і приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема, заходи мають бути індивідуалізовані [11, с. 101]. Водночас О. Пфферсман звертає увагу на те, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності в конституційному контролі (традиційно саме конституція розглядається як вищий критерій цього контролю), призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції [14, с. 121–127]. У свою чергу Л. К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній зі своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист, зазначив, що при запровадженні певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між застосовуваними засобами та метою, яка досягається [16, с. 138]. Потім цей підхід використав Європейський суд справедливості при ухваленні рішення Гассер [15], яке також стосувалося доступу до судового захисту, гарантованого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Сьогодні завдяки діяльності Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) склалася система перевірки заходів держави на відповідність принципу пропорційності, зокрема, у ході кримінального процесу [13]. Принцип пропорційності набув універсального характеру в сучасному світі, за допомогою якого визначається правомірність обмеження прав людини [2].

1. Зокрема, цьому принципу відповідає діяльність поліції та спецслужб по отриманню інформації та фіксуванню відповідних доказів у разі

невідкладної потреби, пов'язаної із необхідністю безпосереднього переслідування особи, що підозрюється у скоєнні злочину чи безпосередньо після його скоєння. Дотримання встановленого порядку фіксації доказів і фактичних обставин справи має вирішальне значення для доказування у справі фактичного складу причетності осіб до скоєння злочину, інакше має місце порушення відповідних гарантій недоторканності особистого і сімейного життя.

Наприклад, у справі «Імакаєва проти Росії» [4] ЄСПЛ відзначив, що під час обшуку особи працівники органу держбезпеки не пред'явили ордеру на обшук і не надали інформації про те, що саме шукали. Із цієї ситуації видно, що його взагалі не видано ні до, ні після обшуку, як видається, через те, що сили безпеки діяли в ситуації, що вимагала негайного розв'язання. Уряд не повідомив подробиць щодо причин обшуку, не запропонував посилань на законність його підстав і не з'ясував процесуальну значущість відповідних дій. Це потягнуло низку процесуальних порушень, що мало наслідком неналежну фіксацію доказів, допустимість яких у суді стала сумнівною.

Тому надалі уряд не надав жодної інформації про те, які речі були вилучені в будинку Імакаєвих, оскільки стверджувалось, що вони були знищені. Для Суду стало очевидним, що за таких обставин протоколювання або огляду вилучених речей не виконано. Розписка, складена військовим офіцером, який не вказав ні свого справжнього імені чи звання, ні навіть державного органу, який він представляв, і в якій згадано про «сумку з документами і коробкою дискет», є єдиним документом про проведений обшук. А такий документ не міг розглядатися Судом як належна форма фіксація доказів у справі.

На думку ЄСПЛ, лише посилання уряду на Закон «Про боротьбу з тероризмом» не може замінити окремого ордеру на проведення обшуку, у якому вказують об'єкт і межі обшуку та який складають на підставі відповідних нормативно-правових актів або до обшуку, або після нього. Положення зазначеного Закону не слід тлумачити так, щоб створити для сил безпеки виняток на невизначений період і без чітких меж щодо будь-яких обмежень особистих прав. Застосовність таких норм у цій справі викликає ще більші сумніви, якщо зважити на те, що уряд не пояснив ні заявниці, ні цьому Суду, яка контртерористична операція здійснювалася 2 червня 2002 року в селищі Нові Атаги, який орган її проводив, з якою метою тощо. Окрім того, Суд зауважив, що понад два роки після розглянутих подій різні органи влади взагалі заперечували проведення такої операції. Виходячи із цього, Суд зазначив, що обшук і вилучення в цій справі були проведені без санкції або належних гарантій і дійшов висновку про те, що розглянуте

втручання не було «передбачене законом», і тому порушено статтю 8 Конвенції (право на особисте і сімейне життя).

2. Для належного проведення відповідних заходів щодо одержання доказів має також додержуватися процедура проникнення в житло чи інше володіння особи. Як це було сформульовано ЄСПЛ у справі «Кучера проти Словаччини» [6], проникнення в житло чи інше володіння особи працівників правоохоронних органів без судового дозволу має ґрунтуватися на вільній згоді його володільця, а не мати вимушений характер у зв'язку із наявністю реальної загрози застосування примусу, навіть якщо така операція мала контртерористичний характер.

Як встановив Суд, масштаб залученої кількості поліцейських та обставини не залишали пану Кучерові діяти інакше, як дозволити поліції проникнути в його житло, що було прирівняно до порушення встановленої законом процедури. Зокрема, зваживши на кількість залучених поліцейських, четверо з яких належали до загону спеціального призначення, відкрито носили автомати й були в масках, та зауваживши, що вони прийшли до квартири заявника на світанку, Суд дійшов висновку, що заявникові не залишалось нічого іншого, як дозволити їм увійти в його квартиру. Зважаючи на ці обставини, складно припустити, що будь-яка згода, дана заявником, на проникнення, була вільною й усвідомленою. Тому Суд констатував втручання в право на повагу до житла пана Кучера як непропорційне, оскільки працівники поліції прибули до дверей заявника для того, щоб пред'явити йому та його дружині обвинувачення й допровадити їх до слідчого на допит. Однак виконання цього завдання не вимагало від поліції входити в квартиру пана Кучера.

Суд наголосив, що при зазначених обставинах властивий значний ризик зловживання службовим становищем і порушення принципу поваги до людської гідності рано-вранці, коли на порозі дому заявника перед ним постало декілька спеціально навчених поліцейських у масках. Тому, на думку Суду, з метою уникнення будь-яких можливих зловживань у майбутньому за таких обставин, а також забезпечити ефективний захист прав людини за статтю 8 Конвенції, мають існувати певні запобіжні механізми.

Зокрема, серед таких механізмів можуть бути ухвалення нормативних актів, що обмежують застосування спеціальних сил при ситуаціях, у яких звичайні заходи втручання поліції не можна вважати безпечними й достатніми, і на додаток до цього встановлюють процесуальні гарантії, що передбачають, наприклад, присутність під час операції безсторонньої особи або отримання чіткої письмової згоди власника як попередньої умови для проникнення в його приміщення. Беручи до

уваги викладені вище міркування, Суд дійшов висновку, що зазначена спецоперація була сумісною з правом заявника на повагу до його житла.

3. Не може вважатися додержанням процесуальних гарантій проникнення в офіс та інші робочі приміщення особи без належного обґрунтування в судовому рішенні. Така позиція ЄСПЛ ґрунтується на законні сподівання працівника на своєму робочому місці зберігати певний рівень приватності, що пов'язано з особливостями способу життя працівника, кола його спілкування та можливості його вільного розвитку як індивіда. Зокрема, у справі «Пеєв проти Болгарії» [8] Суд досліджував питання про обґрунтованість проведення обшуку за місцем роботи працівника, який здійснює приватну практику.

Як у справі «Німітц проти ФРН», ЄСПЛ підкреслив, що обшуки, які проводять у робочих приміщеннях і кабінетах осіб вільних професій, що мають приватну практику, є втручанням в їхнє право на повагу як до приватного життя, так і житла. Далі Суд задався питанням про можливість трактування гарантій недоторканості в разі проведення обшуку в службовому кабінеті особи, що був розташований у приміщенні органу державної влади.

ЄСПЛ трактував цю ситуацію відповідно до критерію «обґрунтованого сподівання на приватність». На думку Суду, заявник мав такі сподівання, якщо не щодо свого кабінету загалом, то принаймні щодо його письмового столу і його шаф для зберігання документів. Про це свідчить велика кількість особистих речей, які він там тримав. Далі Суд зазначив: «Окрім того, така домовленість звичайно впливає зі службових стосунків, і в конкретних обставинах справи не виявлено нічого такого, як, наприклад, правила чи офіційної політики роботодавця заявника, які не схвалюють зберігання найманими працівниками особистих документів і речей у своїх столах або шафах, що наводило б на думку, ніби сподівання заявника були неправомірними чи необґрунтованими. Той факт, що він працював на державний орган влади і що його кабінет був розташований на території державної установи, сам по собі не впливає на цей висновок, особливо якщо брати до уваги те, що заявник був не прокурором, а експертом-криміналістом у штаті прокуратури. Тому обшук, якому піддано письмовий стіл заявника і його шафи для зберігання документів, треба розглядати як втручання в його особисте життя».

Тому, виходячи з такого висновку, Суд наголосив на потребі додержання всіх вимог кримінального процесуального закону при проведенні обшуків робочого місця, навіть якщо таке розташовувалося в приміщенні органу державної влади і таки допустимий у зв'язку з кримінальним розслідуванням. Отже, це втручання було здійснено

не «згідно з законом», як того вимагає пункт 2 статті 8.

Якщо йде мова про недоторканність адвокатів та адвокатського привілею, то навіть присутність голови адвокатської гільдії (корпорації) при відсутності рішення суду на проведення обшуку не є гарантією недоторканності приватного життя підозрюваного адвоката, оскільки це не перешкоджає вилученню інших документів (справа «Андре і інший проти Франції») [3].

4. Використання таємних агентів для збору певної інформації про особу чи інші фактичні дані також можуть стосуватися конституційних гарантій недоторканності особистого і сімейного життя особи. У справі «Люді проти Швейцарії» [7] було встановлено, що використання таємного агента ні саме по собі, ані в поєднанні з прослуховуванням телефонних розмов не зачепило приватне життя в контексті статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Таємний агент брав участь в операції, пов'язаній із продажем 5 кілограмів кокаїну. Органи влади кантону, що були поінформовані німецькою поліцією, призначили співробітника поліції, який мав проникнути до широкої, як вони вважали, мережі наркоділків, що мали намір реалізувати наркотики у Швейцарії. Мета операції полягала в тому, щоб заарештувати торгівців після передання їм наркотиків. Відтак таємний агент встановив контакт із заявником, який сказав, що він готовий продати йому 2 кілограми кокаїну вартістю в 200 000 швейцарських франків. Від того моменту пан Люді повинен був знати, що він вчиняє кримінальне правопорушення, яке карають згідно із швейцарським законом, і, відповідно, піддавав себе ризикові наразитися на таємного співробітника поліції, завдання якого фактично полягало в його викритті. Отже, використання таємного працівника поліції чи спецслужби для запобігання чи викриття злочину є допустимим і сумірним (пропорційним) легітимній меті, а тому за таких умов не може вважатися порушенням недоторканності особистого і сімейного життя особи.

5. При встановленні підслуховувальних пристроїв чи записі приватних розмов є важливим додержання процедури отримання дозволу на таке прослуховування та запис розмов, а також воно буде мати значення стосовно формування доказової бази у справі. Інколи можуть бути випадки, коли записана розмова не може служити достовірним доказом у справі через складнощі у спростуванні підозри щодо можливого монтажу запису. Також запис розмов за деяких обставин не може служити основним доказом у справі, а лише побічним доказом, що знижує доказову базу слідства по справі загалом.

У справі «Хан проти Сполученого Королівства» [8] ЄСПЛ досліджував якраз питання, чи може служити запис розмови в ролі основного доказу у справі. Суд з'ясував, що встановлення підслуховувального пристрою та запис розмови заявника не були протизаконними в тому сенсі, оскільки вони не суперечили національному кримінальному праву. У цій справі Палата лордів ухвалила рішення, що зізнання заявника під час розмови з В. добровільне, не було ніякої пастки і заявника не примушували до подібних зізнань. «Незаконність», на яку посилався в цій справі заявник, стосувалася тільки того факту, що не було передбаченого законом дозволу на втручання у право заявника на повагу до приватного життя. Суд зазначив, що матеріал, оспоруваний у цій справі, по суті, був єдиним доказом проти заявника і що заявник визнав себе винним лише на підставі рішення судді про те, що доказ має бути прийнятним. ЄСПЛ підкреслив, що доречність наявності інших доказів у справі, окрім оспоруваного, залежить від обставин справи. За цих обставин, коли магнітофонний запис визнано цілком переконливим доказом і не було ризику його ненадійності, потреба підтвердження доказу стає, на думку Суду, слабшою і не настільки нагальною, очевидною.

Висновки. Застосування негласних слідчих дій має здійснюватися під судовим контролем, що включає в себе надання дозволу слідчим суддею на їх проведення та здійснення контролю над їх виконанням шляхом розгляду відповідних скарг заінтересованих осіб. Залежно від конкретних обставин справи втручання в особисте та сімейне життя особи має бути обґрунтованим на підставі закону, переслідувати законну мету, яка є нагальною, і за відповідних умов іншими засобами не можуть бути відвернуті потенційні загрози публічним інтересам (національній безпеці, громадському порядку, правам і свободам інших людей тощо), а вжиті заходи мають бути доречними і достатніми та не посягти на сутнісний зміст прав і свобод людини. Що стосується потенційного обмеження права на особисте та сімейне життя при додержанні вище наведених умов, при додержанні процедур судового контролю можливе його обмеження шляхом: отримання інформації та фіксування відповідних доказів у разі невідкладної потреби, пов'язаної із необхідністю безпосереднього переслідування особи, що підозрюється у скоєнні злочину; проникнення в житло чи інше володіння особи; додержання процесуальних гарантій проникнення в офіс та інші робочі приміщення особи; використання таємних агентів для збору певної інформації про особу чи інші фактичні дані; встановлення підслуховувальних пристроїв чи запис приватних розмов.

### Література

1. Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. No. 3. P. 572–590.
2. Balancing conflicting rights: Towards an analytical framework. URL: <http://www.ohrc.on.ca/ta/book/export/html/2476>.
3. Case André and Other v France, App. No. 18603/03, 24 July 2008.
4. Case Imakayeva v Russia, App. No. 7615/02, 9 November 2006.
5. Case Khan v United Kingdom, App. No. 35394/97, 12 May 2000.
6. Case Kucera v Slovakia, App. No. 48666/99, 17 July 2007.
7. Case Ldi v Switzerland, App. No. 12433/86, 15 June 1992.
8. Case Peev v Bulgaria, App. No. 64209/01, 26 July 2007.
9. Petersen N. How to Compare the Length of Lines to the Weights of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*. 2013. Vol. 14. No. 8. P. 1387-1409.
10. Petersen N. Proportionality and Judicial Activism. *Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge University Press, 2017. 258 p.
11. Євтошук Ю. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»; Університет економіки і права «Крок». К., 2015. 214 с.
12. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. К.: «К.І.С.», 2010. 576 с.
13. Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 1(44). С. 32–39.
14. Пфферманн О. Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов. Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 1(58). С. 121–127.
15. Case C-116/02 Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl [2003] ECR-I-14693.
16. Kiestra L.R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer Publishing, 2014. 329 p.

17. *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* / Ed. by S. Peers, T. Harvey, J. Kenner and A. Ward. Hart Publishing, 2014. 1865 p.

### Анотація

**Гринь А. Принцип пропорційності та основні стандарти проведення негласних слідчих дій у світлі конституційних гарантій прав людини.** – Стаття.

У статті розкриваються основні стандарти проведення негласних слідчих дій у світлі принципу пропорційності та конституційних гарантій прав людини. Наводяться основні вимоги щодо проведення негласних слідчих дій, які сформовані в судовій практиці.

*Ключові слова:* гарантії прав людини, негласні слідчі дії, обмеження прав людини, права людини, принцип пропорційності.

### Аннотация

**Гринь А. Принцип пропорциональности и основные стандарты проведения негласных следственных действий в свете конституционных гарантий прав человека.** – Статья.

В статье раскрываются основные стандарты проведения негласных следственных действий в свете принципа пропорциональности и конституционных гарантий прав человека. Приводятся основные требования к проведению негласных следственных действий, которые сформированы в судебной практике.

*Ключевые слова:* гарантии прав человека, негласные следственные действия, ограничения прав человека, права человека, принцип пропорциональности.

### Summary

**Hryn A. The principle of proportionality and basic standards of undercover investigation in the light constitutional guarantees of human rights.** – Article.

The article deals with the basic standards of undercover investigation in the light of the principle of proportionality and constitutional guarantees of human rights. Basic requirements for conducting undercover investigations are contains, which is formed in the jurisprudence.

*Key words:* guarantees of human rights, human rights, principle of proportionality, restriction of human rights, undercover investigations.

УДК 342.8

**В. Ф. Нестерович**  
доктор юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри державно-правових дисциплін  
Луганського державного університету внутрішніх справ  
імені Е. О. Дідоренка

## ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРИЙНЯТТЯ ВИБОРЧОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Одним із ключових напрямів удосконалення виборчого законодавства України, безумовно, є проведення його кодифікації, під якою слід розуміти один з основних способів систематизації нормативно-правових актів шляхом їхнього зведення до єдиного внутрішньо цілісного складного нормативно-правового акта, який має повно та детально врегулювати певну сферу суспільних відносин. Найбільш поширеною формою єдиного систематизованого законодавчого акта є Кодекс. До законодавчої кодифікації звертаються тоді, коли виникає практична необхідність в упорядкуванні та об'єднанні в один логічно узгоджений законодавчий акт чисельних правових норм, які містяться в різних законах, що регулюють певну сферу суспільних відносин. Законодавча кодифікація в Україні набуває все більшого поширення, свідченням чому є дія у нашій державі більше ніж 20 Кодексів України.

Особливо актуальною є кодифікація виборчого законодавства України, яке наразі є досить розгалуженим та дещо розбалансованим. Тому прийняття Виборчого кодексу України дозволить одночасно оновити виборче законодавство та посилити його внутрішню узгодженість. Сутнісною рисою майбутнього Виборчого кодексу України буде його комбінований та комплексний характер, що ґрунтується на одночасному поєднанні в ньому як матеріальних, так і процесуальних норм. Потрібно додати, що у національній системі права багато його галузей регулюються декількома кодексами, що розподілені між собою за матеріальним та процесуальним характером. Наприклад, цивільне та господарське право мають по два кодекси, а кримінальне право взагалі три кодекси – Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України та Кримінально-виконавчий кодекс України.

Проблеми та перспективи прийняття Виборчого кодексу України розглядали у своїх працях такі українські вчені та експерти виборчого права, як О. Айвазовська, М. Афанасьева, Є. Євграфов, П. Євграфова, Д. Ковриженко, М. Козюбра, Ю. Ключковський, О. Марцеляк, М. Савчин, М. Ставнійчук, Т. Стешенко, В. Федоренко та ін.. Водночас попри чисельні наукові та аналітичні праці вчених та експертів з виборчого права щодо питання прийняття Виборчого кодексу України,

воно так і не отримало достатньої своєї теоретичної розробки серед вітчизняних учених-правників, що неабияк актуалізує вивчення цієї важливої наукової проблеми, особливо в контексті прийняття Верховною Радою України 7 листопада 2017 року проекту Виборчого кодексу України в першому читанні.

Метою дослідження є розкрити проблеми та перспективи прийняття Виборчого кодексу України.

На користь прийняття Виборчого кодексу України у вітчизняній юридичній науці наводяться такі аргументи:

1) прийняття Виборчого кодексу України сприятиме зведенню до єдиного законодавчого акта різних виборчих законів, що надасть вітчизняному виборчому законодавству більшої системності та упорядкованості;

2) кодифікація виборчого законодавства дозволить уніфікувати спільні для всіх видів виборів принципи виборчого права, засади виборчого процесу, порядок обчислення термінів та порядок здійснення багатьох виборчих процедур;

3) Виборчий кодекс, як свідчить безпосередній досвід реалізації різних видів законодавчих актів, є більш зручною формою для практичного застосування та використання ніж низка різних виборчих законів;

4) визначені у Виборчому кодексі правила за рахунок їхнього поєднання в одному законодавчому акті є більш доступними та зрозумілими для виборців, членів виборчих комісій та інших суб'єктів виборчого процесу;

5) кодифікація виборчого законодавства дозволить уникнути під час регулювання схожих суспільних відносин, які пов'язані з підготовкою та проведенням різних видів виборів в Україні, дублювання, виникнення прогалин та колізій;

6) прийняття Виборчого кодексу України є кроком щодо наближення вітчизняного виборчого законодавства до європейських виборчих стандартів та відповідає загальноєвропейській тенденції, за якої все більше демократичних країн урегулюють виборчі відносини Виборчим кодексом.

На позитивні сторони прийняття Виборчого кодексу вказано і в чисельних міжнародних документах. Зокрема, у п. 11, 12 Доповіді про виборче законодавство та виборчу адміністрацію в Європі

2004 року, вказується, що існує чітка тенденція об'єднувати усі основні аспекти виборчого законодавства до єдиного Виборчого кодексу. Головною причиною цього є зменшення кількості зайвих положень та підвищення сумісності й публічного розуміння виборчого законодавства. Із технічної точки зору краще звести всі закони у єдиний Виборчий кодекс, що містив би як загальні аспекти будь-яких виборів, так в у різних його частинах – особливості різних виборів. У зв'язку з цим, Україні було рекомендовано прийняти єдиний Виборчий кодекс, «... оскільки для громадян він полегшить розуміння, для політичних акторів – застосування, для виборчих комісій та судів – роботу з виборчими питаннями» [1, с. 4].

Щодо національного рівня, то у Європі Виборчий кодекс застосовується більш ніж у 20 державах. До європейських країн, які його прийняли, належать Албанія, Болгарія, Боснія і Герцеговина, Республіка Македонія, Бельгія, Іспанія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія, Польща, Швеція, Фінляндія, Франція тощо. Досить активно почали здійснювати кодифікацію виборчого законодавства пострадянські країни. На сьогодні Виборчий кодекс застосовується в Азербайджані, Республіці Білорусь, Вірменії, Грузії, Молдові та Туркменістані. Нетривалий час Виборчий кодекс діяв у Казахстані (протягом 1993-1995 років). Виборчі кодекси були прийняті у низці суб'єктів Російської Федерації, наприклад, в Алтайському краї, Белгородській, Воронежській, Свердловській, Тверській та Тюменській областях, за умови відсутності Федерального виборчого кодексу Російської Федерації. Географія країн, які прийняли Виборчий кодекс, не обмежується лише Євразійським континентом. Він діє в Аргентині, Бразилії, Мексиці, Єгипті, Камеруні, Мадагаскарі, Філіппінах та інших країнах [2, с. 73].

Прийняття Виборчого кодексу, з огляду на європейський досвід, аж ніяк не виключає можливості врегулювання окремих аспектів підготовки та проведення виборів іншими законами. Наприклад, у багатьох країнах Європи, серед яких варто назвати Бельгію, Францію та Фінляндію, порядок фінансування виборчих кампаній урегульовано спеціальними законами. Окремими законами встановлена відповідальність за порушення виборчого законодавства та визначено порядок висвітлення виборчих кампаній у засобах масової інформації. В Італії окремим законом визначено порядок голосування виборців, які проживають за кордоном, а в Бельгії – запроваджено автоматизоване голосування. Тому кодифікація виборчого законодавства не є всеохоплюючою та допускає можливість врегулювання окремих специфічних питань, що пов'язані з порядком підготовки та проведення виборів, іншими законами [3, с. 12].

В Україні ідея вдосконалення виборчого законодавства шляхом його кодифікації з'явилася у 90-х роках ХХ століття. Зокрема перша спроба щодо підготовки Виборчого кодексу України була зроблена 16 вересня 1997 року, коли відповідний проект було внесено до Верховної Ради України, проте у силу різних причин він так і не був розглянутий парламентом. Другою спробою щодо підготовки Виборчого кодексу України стало представлення 2000 року всеукраїнською громадською організацією «Комітет виборців України» проекту Концепції Кодексу про вибори, референдуми в Україні (Виборчий кодекс України) [4]. Утім представлена на той час Концепція так і не матеріалізувалася в повноцінно розроблений проект Виборчого кодексу України й обмежилася лише на рівні експертного обговорення науковців та фахівців із виборчого права.

Третьою спробою щодо прийняття Виборчого кодексу України стало внесення народним депутатом України Є. Жовтяком відповідного проекту (№ 2174) до Верховної Ради України 10 вересня 2002 року. До предмету регулювання в цьому проекті належали не лише вибори, але також і референдуми. Незважаючи на низку новацій, які були запропоновані в цьому проекті Виборчого кодексу, він так і не був розглянутий на пленарному засіданні Верховної Ради України. Четверта спроба прийняття Виборчого кодексу України припадає на 2009-2010 роки, коли було розроблено одразу два альтернативних проекти. Перший (№ 4234 від 19 березня 2009 року) було підготовлено авторським колективом на чолі з народним депутатом України І. Крілем, другий (№ 4234-1 від 23 березня 2010 року) – розроблено спеціально створеною Робочою групою під керівництвом народного депутата України Ю. Ключковського.

Важливо зазначити, що відносно останнього проекту Виборчого кодексу Європейською комісією «За демократію через право» (Венеціанською комісією) було надано відповідний Висновок № 593/2010 від 20 грудня 2010 року, у якому було вказано, що незважаючи на численні висловлені пропозиції та критичні зауваження, текст проекту Виборчого кодексу є важливим кроком уперед у процесі виборчої реформи в Україні, оскільки він уніфікує всі виборчі закони України. Проект Виборчого кодексу враховує значну кількість рекомендацій різних міжнародних організацій та може бути в подальшому вдосконалений. Венеціанська комісія в майбутньому завжди готова співпрацювати з українською владою стосовно цього питання [5, с. 3, 10].

Загалом підтримка з боку Венеціанської комісії щодо прийняття Виборчого кодексу, яка неодноразово у своїх висновках це підтверджувала, стала важливим міжнародним чинником, який спонукає до прийняття Виборчого кодексу в

Україні. Так, ще у своєму Висновку № 338/2005 від 2 березня 2006 року щодо Закону «Про вибори народних депутатів України» Венеціанська комісія вказала на «необхідності кодифікації всього виборчого законодавства України в єдиному уніфікованому Виборчому кодексі. За відсутності такого кодексу буде важко розвивати послідовну практику управління виборчим процесом, а без узгодженості буде важко сприяти навчанню та підвищенню рівня обізнаності з виборчими процедурами серед осіб, відповідальних за проведення виборів, службовців органів державної влади та органів місцевого самоврядування, суддів» [6, с. 23].

Роботу щодо прийняття Виборчого кодексу України було поновлено у 2014-2015 роках, коли до Верховної Ради України було подано відразу чотири відповідні проекти, а саме:

1) проект Виборчого кодексу України (№ 4010а від 4 червня 2014 року), унесений народними депутатами України І. Мірошніченком та О. Мирним;

2) проект Виборчого кодексу України щодо виборів народних депутатів України (4010а-1 від 6 червня 2014 року), унесений народними депутатами України В. Литвином та І. Єремєєвим;

3) проект Виборчого кодексу України (№ 3112 від 16 вересня 2015), унесений народним депутатом України В. Писаренко;

4) проект Виборчого кодексу України (№ 3112-1 від 2 жовтня 2015 року), унесений народними депутатами України А. Парубієм, О. Черненко та Л. Ємцем. Цей проект Виборчого кодексу України 7 листопада 2017 року було ухвалено Верховною Радою України в першому читанні.

Активізація законопроектної роботи в напрямі підготовки Виборчого кодексу України цілком логічно посилила науковий дискурс щодо цього питання, особливо стосовно предмета його регулювання. Деякі українські вчені вважають, що Виборчий кодекс не може обмежуватися лише питаннями виборів, а також повинен містити розділ, який би визначив порядок проведення референдумів в Україні. Зокрема, вітчизняний вчений Т. Стещенко звертає увагу, що кодифікувати українське виборче законодавство треба, і це повинен бути не лише Кодекс про вибори, але й про референдум [7, с. 34]. Схожої думки дотримується й українська вчена М. Ставніччук, яка вказує, що практика реалізації виборчого законодавства України підштовхує нас до оптимізації та лібералізації виборчих і референдумних процедур та на цій основі проведення їхньої уніфікації [8, с. 10].

Щодо оприлюднених та внесених до Верховної Ради України проектів Виборчого кодексу, то тут домінує позиція, що предметом його регулювання мають бути лише вибори. Тільки оприлюднений 2000 року Комітетом виборців України проект

концепції Виборчого кодексу України та внесений народним депутатом України Є. Жовтяком 2002 року до Верховної Ради України проект Виборчого кодексу України, визначають предметом його регулювання як вибори, так і референдуми [4]. Якщо звернутися до загальноєвропейського підходу, то в рамках діяльності інституцій Ради Європи, попри змістовну та формальну близькість проведення виборів і референдумів, також прийнято розводити ці форми безпосередньої демократії та визначати основоположні засади проведення виборів та референдумів окремими ключовими актами. Свідченням цьому є два окремих основоположних документа Ради Європи – Кодекс належної практики у виборчих справах 2002 року [9] та Кодекс належної практики щодо референдумів 2007 року [10].

Отже, з огляду на вищевказані точки зору, предметом регулювання Виборчого кодексу України слід визначати суспільні відносини, пов'язані з веденням Державного реєстру виборців, підготовкою та проведенням виборів Президента України, виборів народних депутатів України та місцевих виборів.

Структурно Виборчий кодекс України повинен складатися з таких двох частин:

1. Загальна частина, що має визначати спільні засади щодо проведення різних видів виборів в Україні, а саме: 1) види виборів та порядок обчислення строків при їхньому проведенні; 2) загальні принципи виборчого права; 3) засади, етапи, суб'єктів виборчого процесу та гарантії їхньої діяльності; 4) систему та порядок утворення виборчих округів і дільниць; 5) систему виборчих комісій, порядок їхнього утворення, склад, повноваження та припинення діяльності; 6) порядок ведення Державного реєстру виборців; 7) засади інформаційного забезпечення виборів та здійснення передвиборної агітації; 8) фінансування й матеріально-технічне забезпечення підготовки та проведення виборів; 9) порядок голосування та встановлення результатів виборів; 10) порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності, що стосуються виборів.

2. Особлива частина, що має встановлювати особливості під час проведення кожного виду виборів: Президента України, народних депутатів України та місцевих. Серед специфічних рис, притаманних окремим видам виборів, варто зарахувати такі: 1) вид виборчої системи, за якою проводяться вибори; 2) строки та підстави проведення виборів; 3) порядок висунування та реєстрації кандидатів, а також їхніх довірених або уповноважених осіб; 4) особливості територіальної організації виборчого процесу та діяльності виборчих комісій; 5) особливості фінансування виборів; 6) особливості голосування та встановлення результатів виборів; 7) інші особливості та виборчі

процедури, які застосовуються на тому чи іншому виді виборів.

Попри помітну користь удосконалення виборчого законодавства шляхом прийняття Виборчого кодексу України, цей процес стикається з низкою таких проблем та перепон: 1) відсутність політичної волі щодо прийняття Виборчого кодексу України; 2) нестабільність та надмірна політизованість вітчизняного виборчого законодавства; 3) відсутність єдиного бачення як серед законодавців, так науковців й експертів, які долучені до законопроекту роботи, щодо структури та змісту його положень; 4) наявність точки зору щодо недоцільності прийняття Виборчого кодексу України.

Стосовно останнього проблемного моменту проведення в Україні кодифікації виборчого законодавства, то, дійсно, як у вітчизняній науці конституційного права, так і політикумі прийняття Виборчого кодексу України підтримується не всіма вченими та законодавцями. У зв'язку з цим, в Україні неодноразово лунала думка, що сучасне вітчизняне виборче законодавство наразі не потребує своєї кодифікації [11, с. 3; 12].

Противники прийняття Виборчого кодексу України на свою користь наводять п'ять таких аргументів:

1) у прийнятті Виборчого кодексу України відсутня практична необхідність та доцільність, оскільки для вдосконалення вітчизняного виборчого законодавства, достатньо прийняти більш якісні за змістом виборчі закони;

2) окремі виборчі закони дозволяють краще врахувати специфіку того чи іншого виду виборів, ніж загальний для усіх видів виборів Виборчий кодекс України;

3) прийняття Виборчого кодексу України не вплине на стабільність національного виборчого законодавства, оскільки за юридичною силою кодекс має однакову силу із законом, а їхнє прийняття чи внесення до них змін здійснюється фактично за однаковою законодавчою процедурою;

4) багато країн із міцними демократичними традиціями ефективно регулюють порядок проведення виборів різними виборчими законами за відсутності Виборчого кодексу;

5) прийняття Виборчого кодексу України є передчасним через неготовність вітчизняного виборчого законодавства до кодифікації через його помітну нестабільність та надмірну політизованість.

Критичні аргументи науковців щодо прийняття Виборчого кодексу України обумовлені насамперед тими викликами та проблемними моментами, які загалом пов'язані з вдосконаленням вітчизняного виборчого законодавства. Поза сумнівом указані критичні аргументи повинні бути взяті до уваги та враховані під час прийняття Виборчого кодексу України. Кодифікація виборчого законодавства – це досить складний процес

законодавчої діяльності, який складається з низки етапів та, у свою чергу, потребує використання комплексу методів, прийомів та способів нормопроектної техніки. Тому розроблення проекту Виборчого кодексу має бути виваженим, науково обґрунтованим та поетапним.

Прийняття Виборчого кодексу України є одним з основних напрямів удосконалення вітчизняного виборчого законодавства, яке на сьогодні є доволі розгалуженим та дещо розбалансованим. Прийняття Виборчого кодексу дозволить уніфікувати основні виборчі процедури, узгодити виборче законодавство України та зробити його більш доступним і зрозумілим. Водночас, поспішність та надмірна політизованість процесу прийняття Виборчого кодексу України може знівелювати усі його позитивні здобутки та перетворити його на черговий виборчий закон, який був ухвалений під конкретний вид виборів.

### Література

1. Report on electoral law and electoral administration in Europe. Synthesis study on recurrent challenges and problematic issues (CDL-AD(2006)018): Adopted by the Council for Democratic Elections and the Venice Commission. Strasbourg, 2006. 51 p.
2. Несгеревич В. Виборче право України: підручник. Київ: Видавництво Ліра-К, 2017. 504 с.
3. Виборча реформа очима громадськості. Громадський консорціум виборчих ініціатив. Київ, 2011. 76 с.
4. Концепція Кодексу про вибори, референдуми в Україні (Виборчого кодексу України): проект. Комітет виборців України. Київ: Факт, 2000. 53 с.
5. Opinion № 593/2010 on the draft election code of the Verkhovna Rada of Ukraine: Adopted by the Council for Democratic Elections (Venice, 16 December 2010) and by the Venice Commission (Venice, 17-18 December 2010, CDL-AD(2010)047-e). Strasbourg, 2010. 10 p.
6. Opinion № 338/2005 on the Law on Elections of People's Deputies of Ukraine by the Venice Commission and OSCE/ODIHR: Adopted by the Council for Democratic Elections (Venice, 15 December 2005) and the Venice Commission (Venice, 16-17 December 2005, CDL-AD(2006)002rev-e). Strasbourg, 2006. 25 p.
7. Стещенко Т. Кодифікація виборчого законодавства: зарубіжний досвід та перспективи її впровадження в Україні. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2011. Вип. 21. С. 33-40.
8. Ставнійчук М. Щодо питання кодифікації виборчого законодавства. Юридичний журнал. 2004. № 1. С. 10.
9. Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report (CDL-AD(2002)23): adopted by the Venice Commission at its 52nd session (Venice, 18-19 Oct. 2002) [English edition]. Strasbourg, 2002. 33 p.
10. Code of Good Practice on Referendums (CDL-AD(2007)008 Or. Fr.): adopted by the Council for Democratic Elections at its 19th meeting (Venice, 16 Dec. 2006) and the Venice Commission at its 70th plenary session (Venice, 16-17 March 2007) [English edition]. Strasbourg, 2007. 24 p.
11. Євграфова Є., Євграфова П. Виборче право – складова конституційного процесу. Віче. 2015. № 16. С. 2-5.
12. Айвазовська О. Байки про Виборчий кодекс. Українська правда. 2013. 9 вересня. URL: <http://bit.ly/2gp8uy1>.

## Анотація

**Нестерович В. Ф. Проблеми та перспективи прийняття Виборчого кодексу України.** – Стаття.

У статті розкрито проблеми та перспективи прийняття Виборчого кодексу України. Указано, що прийняття Виборчого кодексу України є одним з основних напрямів вдосконалення вітчизняного виборчого законодавства, яке на сьогодні є доволі розгалуженим та дещо розбалансованим. Прийняття Виборчого кодексу дозволить уніфікувати основні виборчі процедури, узгодити виборче законодавство України та зробити його більш доступним і зрозумілим. Зроблено висновок, що поспішність та надмірна політизованість процесу прийняття Виборчого кодексу України може знівельувати усі його позитивні здобутки та перетворити його на черговий виборчий закон, який був ухвалений під конкретний вид виборів.

**Ключові слова:** вибори, прийняття, кодифікація, Виборчий кодекс України, виборче законодавство, виборчі процедури.

## Аннотация

**Нестерович В. Ф. Проблемы и перспективы принятия Избирательного кодекса Украины.** – Статья.

В статье раскрыты проблемы и перспективы принятия Избирательного кодекса Украины. Указано, что принятие Избирательного кодекса Украины является одним из основных направлений совершенствования отечественного избирательного законодательства, которое на сегодня является довольно разветвленным и несколько разбалансированным. Принятие Избирательного кодекса позволит унифицировать основные избирательные процедуры, согласовать избирательное законодательство Украины и сделать его более доступным и понятным. Сделан вывод, что поспешность и чрезмерная политизированность процесса принятия Избирательного кодекса Украины может нивелировать все его положительные достижения и превратить его в очередной избирательный закон, который был принят под конкретный вид выборов.

**Ключевые слова:** выборы, принятия, кодификация, Избирательный кодекс Украины, избирательное законодательство, избирательные процедуры.

## Summary

**Nesterovych V. F. Problems and prospects of adoption of the Electoral Code of Ukraine.** – Article.

The article deals with the problems and prospects of the adoption of the Electoral Code of Ukraine. It is stated that the adoption of the Electoral Code of Ukraine is one of the main directions of improving the domestic electoral legislation, which is today quite branched and somewhat unbalanced. Adoption of the Electoral Code will unify the main electoral procedures, harmonize the electoral legislation of Ukraine and make it more accessible and understandable. It is concluded that the haste and excessive politicization of the process of adopting the Electoral Code of Ukraine can dampen all its positive achievements and turn it into another electoral law, which was approved for a particular type of election. In favor of the adoption of the Electoral Code of Ukraine in the domestic legal science, the following arguments are given: 1) the adoption of the Electoral Code of Ukraine will contribute to the consolidation of a single legislative act of various electoral laws, which will give the national electoral legislation a much greater systemic and orderly nature; 2) the codification of the electoral law will unify the principles of electoral law common to all types of elections, the principles of the electoral process, the procedure for calculating terms and the procedure for the implementation of many election procedures; 3) the electoral code as evidenced by the direct experience of implementing various types of legislative acts is a more convenient form for practical application and use than a number of different electoral laws; 4) the election rules defined in the Electoral Code are more accessible and understandable to voters, members of election commissions and other subjects of the electoral process due to their combination in one legislative act; 5) the codification of the electoral legislation will avoid during the regulation of similar social relations, which are connected with the preparation and holding of various types of elections in Ukraine, duplication, the emergence of gaps and collisions; 6) the adoption of the Electoral Code of Ukraine is a step towards the approximation of domestic electoral legislation to European election standards and is in line with the pan-European tendency in which more democratic countries regulate electoral relations with the Electoral Code.

**Key words:** elections, adoption, codification, the Electoral Code of Ukraine, election legislation, election procedures.

УДК 342.8

**І. С. Пирога**  
кандидат юридичних наук,  
докторант кафедри конституційного права  
та порівняльного правознавства  
Ужгородського національного університету

## ВИБОРЧИЙ БАР'ЄР І ПРЕДСТАВНИЦТВО ВИБОРЦІВ

Вибори є найурегульованішою формою безпосереднього народовладдя, що цілком зрозуміло, оскільки вони проводяться систематично. Процес удосконалення виборчого законодавства України має перманентний характер і триває протягом усього періоду незалежності України. Перед кожними загальнонаціональними виборами влада намагається переписати виборчий закон під себе. Поламати практику написання законів під вибори міг би Виборчий кодекс, перші проекти якого зареєстровані у Верховній Раді ще у 2010 році.

Перехід до пропорційної електоральної системи завжди пов'язаний з визначенням виборчого бар'єра. У Верховній Раді України прийнятий у першому читанні проект Виборчого кодексу № 3112-1 від 02.10.2015 [1], який передбачає вибори народних депутатів за пропорційною системою з відкритими регіональними списками. Прохідний бар'єр у Виборчому кодексі – 4% голосів (ст. 374), відданих на підтримку регіональних списків у межах загальнодержавного виборчого округу.

Широке коло питань, пов'язаних із встановленням виборчого бар'єра, висвітлили у своїх працях такі вітчизняні і зарубіжні науковці: М. Афанасьєва, Ю. Шведа, Ю. Ключковський, Г. Пономарьова, С. Сабаєва та інші. Однак, попри жвавий інтерес до цієї проблеми, безліч її аспектів лишається недостатньо висвітленими та потребує подальшого опрацювання.

Мета статі полягає в обґрунтуванні критеріїв, на підставі яких можна визначити величину виборчого бар'єра для політичних партій і блоків та запропонувати спосіб його встановлення.

Хибною є думка про те, що виборчий бар'єр має зменшити фракційну роздробленість у парламенті. Керуючись такою логікою, можна сформулювати парламент із однієї фракції (на прикладі Комуністичної партії СРСР), щоправда невідомо, кого ці депутати будуть представляти. Головний критерій відбору депутатів – це представництво виборців. Якщо ця функція не виконується, парламент не можна вважати представницьким органом.

Прохідний бар'єр – це не просто цифра, яка визначає відсоток голосів, поданих за партію, і яка дозволяє взяти участь у розподілі мандатів. Яка різниця між цифрами 3%, 5%, 10% чи 50%? У світі можна знайти різні прохідні бар'єри. Якщо

в країні уже сформована двопартійна система, то прохідний бар'єр можна встановлювати будь-яким – аж до 50% включно. Наприклад, у США за 50% прохідного бар'єру переможцем виявиться або Республіканська або Демократична партія, яка отримає право на формування однопартійного Конгресу і ухвалення будь-яких рішень. Якщо знизити прохідний бар'єр, Конгрес США сформує обидві партії, але одна з них буде мати просту більшість. У двопартійній системі партії мають приблизно однакову прихильність виборців. Під час виборів визначають партію, яка сформує більшість у представницькому органі на наступний термін. Якщо одна партія має значно більшу електоральну підтримку ніж решта, формується багатопартійна система.

Якщо партійна система як така відсутня, а суб'єктами виборчого процесу є багато партій (29 політичних партій на парламентських виборах в Україні у 2014 році), то бар'єр визначає лише ступінь представництва електорату. За високого прохідного бар'єру депутати не представляють нікого. За нульового бар'єру норма представництва 100%, але тільки тих виборців, які взяли участь у голосуванні. Однак Парламент повинен представляти усіх виборців країни, а не тільки тих, які прийшли на вибори. Брати участь у виборах – це право, а не обов'язок громадянина. Обов'язок партій представляти не вузькі партійні інтереси, а керуватися у своїй діяльності інтересами усього суспільства. Структурування суспільства не досягається величиною прохідного бар'єра, а забезпечується діяльністю партій.

Величина бар'єра фактично визначає, який відсоток голосів виборців буде знехтуваний під час розподілу депутатських мандатів і який відсоток виборців реально буде представлений у Верховній Раді. Цей відсоток залежить від кількості партій, які беруть участь у виборах, і прохідного бар'єра. Фаворити виборчих перегонів зазвичай виступають за підвищення прохідного бар'єра, що дозволяє присвоїти чужі голоси (подані за партії, які не долають прохідний бар'єр і не беруть участі в розподілі депутатських мандатів). Присвоєння чужих голосів здійснюється двома способами. Перший – наявність бар'єра обмежує можливий вибір електорату між двома альтернативами: віддати голос на підтримку партії, якій довіряєш,

розуміючи, що твій голос буде присвоєний «прохідними» партіями, чи одразу вибрати з-поміж «прохідних» (вибір між більшим і меншим злом). Другий – під час розподілу депутатських мандатів за результатами виборів: Центральна виборча комісія розподіляє між партіями-переможцями мандати, які мали належати партіям і блокам, що не здолали прохідного бар'єра. Наслідками встановлення прохідного бар'єра є обмеження права вибору, спотворення реального волевиявлення виборців і неналежне представництво виборців. Так, на виборах 1998 р. до Верховної Ради України були перерозподілені близько 39,3% голосів виборців, які здобули партії, що не набрали чотирьох відсотків голосів [2]. Унаслідок цього відбувається не зміна політичних симпатій виборців, а їхнє розчарування в самому процесі виборів, що неминуче призводить до неучасті їх у виборчому процесі.

В Україні протягом періоду незалежності виборчий бар'єр змінювався тричі. Спочатку виборчий бар'єр дорівнював 4%, пізніше – був знижений до 3%, зараз він становить 5%. Виборчим кодексом пропонується повернення до початкової величини бар'єра у 4%. Якби бар'єр встановлювався на підставі якихось критеріїв, маніпуляцій його величиною на кожних наступних виборах не було б. Виборчий бар'єр не можна виразити середнім арифметичним, прийнятим у світі, чи скопіювати цифру у виборчому законодавстві якоїсь країни, навіть найдемократичнішої. Прохідний бар'єр – це суто національний коефіцієнт. Його

не можна визначити ні голосуванням, ні референдумом. Для встановлення прохідного бар'єра необхідно визначити критерії, на підставі яких базується цей вибір. Таких критеріїв два: перший – партії, які долають прохідний бар'єр, повинні забезпечувати представництво кваліфікованої більшості виборців – не менше три чверті від тих, які взяли участь у голосуванні; другий – ця кваліфікована більшість має представляти абсолютну більшість від загальної кількості виборців, внесених у списки для виборів, не менше 50% + 1 голос (табл. 1).

Дослідимо ступінь представництва народу під час останніх дострокових парламентських виборів 2014 року. У табл. 1 подано рейтинг партій (у порядку зменшення числа голосів виборців, відданих за партію) [3]. Дані стосуються половини Парламенту, яка обиралася за пропорційною системою.

Загальна кількість виборців, які взяли участь у голосуванні в загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі – 16 052 228 осіб. За партії, які подолали прохідний бар'єр, віддали голоси 12 209 077 виборців, що становить кваліфіковану більшість (76,058%) від кількості виборців, які взяли участь у голосуванні. Кількість виборців, внесених до списків виборців на виборчих дільницях, на яких голосування було організовано і проведено – 30 921 218 осіб. Політичні партії, які взяли участь у розподілі мандатів, представляють менше 40% (39,484%) виборців, внесених у списки для голосування.

Таблиця 1

**Кількість голосів виборців, поданих за кандидатів у народні депутати України, включених до виборчого списку політичної партії**

| № з/п   | Назва політичної партії<br>(у порядку розміщення у виборчому бюлетені) | Кількість голосів виборців, поданих за кандидатів у народні депутати України, включених до виборчого списку політичної партії |            |
|---|--|---|------------|
|   |  | прописом  | цифрами    |
| 5   | Політична партія «Народний фронт»                                      | три мільйони чотириста вісімдесят вісім тисяч сто чотирнадцять  | 3 488 114  |
| 22  | Партія «Блок Петра Порошенка»  | три мільйони чотириста тридцять сім тисяч п'ятсот двадцять один   | 3 437 521  |
| 15  | Політична партія «Об'єднання «Самопоміч»                               | один мільйон сімсот двадцять дев'ять тисяч двісті сімдесят один   | 1 729 271  |
| 4   | Політична партія «Опозиційний блок»                                    | один мільйон чотириста вісімдесят шість тисяч двісті три  | 1 486 203  |
| 1   | Радикальна партія Олега Ляшка  | один мільйон сто сімдесят три тисячі сто тридцять один  | 1 173 131  |
| 26  | Політична партія всеукраїнське об'єднання «Батьківщина»                | вісімсот дев'яносто чотири тисячі вісімсот тридцять сім   | 894 837    |
| Загальна кількість голосів виборців, поданих за кандидатів усіх партій, які подолали виборчий бар'єр                      |  |   | 12 209 077 |
| Кількість виборців, внесених до списків виборців на виборчих дільницях, на яких голосування було організовано і проведено |  |   | 30 921 218 |
| Загальна кількість виборців, які взяли участь у голосуванні у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі        |  |   | 16 052 228 |

Парламент, який представляє лише 39,5% виборців, фактично є нелегітимним з моменту обрання, і відповідно він не може виражати волю народу України. Для забезпечення адекватного представництва потрібно по-іншому визначати прохідний бар'єр. Критерієм для визначення прохідного бар'єру є дві умови:

1) за склад депутатського корпусу повинна проголосувати кваліфікована більшість (три чверті) із тих виборців, що взяли участь у голосуванні;

2) кількість голосів, поданих за всіх депутатів незалежно від партійної приналежності, повинна дорівнювати абсолютній більшості виборців, що включені у виборчі списки.

За цих умов прохідний бар'єр визначаємо не для партій, а для всього Парламенту – він повинен представляти абсолютну більшість виборців (щонайменше 50% + 1 голос). Для визначення партійного складу визначають рейтинг партії за результатами голосування на виборах у загальнодержавному виборчому окрузі. Для цього складають таблицю, в якій партії розміщуються в порядку зменшення рейтингу за результатами голосування (за кількістю голосів виборців, поданих за кандидатів у народні депутати України, включених до виборчого списку кожної політичної партії в порядку зменшення числа голосів). Риска проводиться там, де сумарна кількість голосів, поданих за партії, перевищує половину від числа виборців, включених у списки для голосування. Усі партії, які в рейтингу розміщені вище лінії, долають прохідний бар'єр і беруть участь у розподілі депутатських мандатів. Партії, розміщені в рейтингу нижче лінії, не отримують депутатських мандатів.

Для забезпечення представництва виборців у Верховній Раді на останніх виборах на рівні абсолютної більшості до Парламенту слід було б зарахувати ще 9 партій. Із 29 партій, які взяли участь у виборах, мало б пройти 15 партій. Це головна вимога демократичності процесу. Поки існуючі в Україні бізнес-проекти, які називаються партіями, не здатні завоювати прихильність принаймні половини виборців, структурування Парламенту не має жодного сенсу, оскільки фактично зводиться до узурпації влади партіями і позбавлення права вибору для виборців.

За запропонованого способу визначення виборчого бар'єра нинішні парламентські партії здобули б на виборах 2014 року 178 (177,68) депутатських мандатів. Завдяки 5% виборчому бар'єру вони розділили ще 47 чужих мандатів, які їм виборці не надавали. Якби Парламент обирався не за змішаною системою 50 на 50, а виключно за пропорційною, вибір було би спотворено дуже суттєво – у неправовий спосіб, що не відповідає волевиявленню виборців (навіть за діючим законом), було б одержано 94 депутатські

мандати, або 41,59% від більшості у Верховній Раді.

Якщо усі партії, які взяли участь у виборах, не набрали більше половини голосів виборців, вибори слід вважати такими, що не відбулися. У цьому разі призначаються повторні вибори, які проводяться впродовж 60 днів після оголошення остаточних результатів виборів. Партійні списки для участі у повторних виборах повинні оновлюватися на 100% (без будь-яких винятків). У жоден партійний список жодної партії не може бути включений жоден кандидат, який брав участь у чергових виборах. Невиконання цієї вимоги призводить до скасування реєстрації партії для участі у повторних виборах.

Подібний прохідний бар'єр має діяти і на президентських виборах. Обраним вважається кандидат, який набрав абсолютну більшість голосів, принаймні 50% + 1 голос виборців, включених у списки для голосування. Україні не потрібен президент, якого підтримує менше половини виборців.

Запропонований спосіб визначення прохідного бар'єра матиме результати, якщо у виборах візьме участь більше половини виборців, включених у виборчі списки. Якщо явка виявиться нижчою, це означатиме, що партії, які беруть участь у виборах, втратили довіру народу і тому їх представники не можуть сформувати представницький орган. Ми переконані, що саме такий спосіб встановлення прохідного бар'єра оптимально структурує виборні органи. Страх лідерів партії перед повторними виборами змусить відповідальніше ставитися до своїх обов'язків, принципів підбору партійного списку, формування програми діяльності партії та забезпечення її виконання, відповідальності перед виборцями. В іншому разі вони втрачатимуть позиції у партії, оскільки на повторних виборах партію представлятиме новий склад кандидатів. Поведінка партій у Верховній Раді буде орієнтована на загальнонаціональні інтереси, а не суто на партійні. Зрештою, виборці побачать, що вони також причетні до вибору влади, тому явка на виборах істотно зросте.

Причини низької явки на виборах стануть предметом глибоких партійних досліджень. Зазвичай вони відомі – виборці не вважають, що можуть визначати політику України і формувати владу, яка представлятиме їхні інтереси у найближчі кілька років. Введення у бюлетень графі «проти всіх» дозволить з'ясувати, яка частина виборців не бачить своїми представниками у Парламенті суб'єктів виборчого процесу.

Уважається, що виборча система має бути максимально спрямована на політичне структурування суспільства. Поки вибір здійснюється за принципом «а інші ще гірші», про структурування суспільства ітися не може. Для цього потріб-

на зміна самих партій, програма діяльності яких може бути підтримана суспільством, а їхня робота спрямовуватиметься на виконання задекларованої програми.

Політичне структурування суспільства стосується виключно діяльності партій. Дуже просто структурувати Верховну Раду України вибором величини прохідного бар'єра. За результатами останніх парламентських виборів 2014 року, депутатські мандати здобули 6 політичних партій, які представляють 39,484% виборців. Виборчий бар'єр становив 5%. Підвищення виборчого бар'єра до 10% (як, наприклад, у Туреччині), приведе в Парламент 3 політичні партії, які будуть представляти 27,99% виборців. Якщо прохідний бар'єр підняти до 11%, до Парламенту пройдуть тільки дві політичні партії, які будуть представляти 22,40% виборців. У такий спосіб можна повністю структурувати Парламент, однак він перестає бути представницьким органом влади.

Тому можемо зробити висновок, що основним критерієм для вибору прохідного бар'єра має бути норма представництва виборців, включених до виборчих списків. Норма представництва може коливатися в межах від абсолютної більшості до кваліфікованої більшості (75%) від числа виборців, включених у списки для голосування. Але має виконуватися і другий критерій: за список партій, які долають виборчий бар'єр, має бути подана кваліфікована більшість голосів виборців, які взяли участь у голосуванні. Тільки у цьому разі можна забезпечити демократичне волевиявлення виборців.

Варто зауважити, що запропонований спосіб визначення виборчого бар'єра може стимулювати деякі дії влади, які не мають прямого стосунку до виборів. Йдеться, наприклад, про перепис населення. За новою системою це число має важливе значення, оскільки фактично визначає рейтинг партії і прямо впливає на величину виборчого бар'єра. Останній перепис населення в Україні проводився у 2001 році. Точне знання кількості населення конче важливе для визначення багатьох показників ефективності державного управління.

Для забезпечення представництва на рівні абсолютної більшості необхідно внести зміни до ст. 374 Виборчого кодексу.

Стаття 374. Партії, які мають право на участь у розподілі депутатських мандатів:

1) Центральна виборча комісія визначає загальну кількість голосів виборців, які підтримали регіональні списки кандидатів у депутати від кожної партії у межах загальнодержавного виборчого округу, і формує список партій у порядку зменшення кількості фактично здобутих голосів виборців. Право на участь у розподілі депутатських мандатів набуває мінімальне число партій,

розміщених угорі списку, які здобули загальну кількість голосів виборців понад 50% від числа виборців, включених у списки для голосування, і понад 75% голосів виборців, які взяли участь у голосуванні;

2) Центральна виборча комісія визначає партії, які мають право на участь у розподілі депутатських мандатів. Назви цих партій вносяться до спеціальної частини протоколу про результати виборів депутатів.

Основним критерієм для визначення виборчого бар'єра має бути ступінь представництва у виборному органі. Мінімально допустимий ступінь представництва має дорівнювати абсолютній більшості від числа виборців, які включені у списки для голосування, і одночасно дорівнювати кваліфікованій більшості виборців, які взяли участь у голосуванні. У пропорційній виборчій системі виборчий бар'єр встановлюється для всього складу виборного органу, а не для окремих політичних партій. Для визначення числа партій, які мають право брати участь у розподілі депутатських мандатів, формують список партій у порядку зменшення кількості голосів, здобутих ними на виборах. Право на участь у розподілі депутатських мандатів набуває мінімальна кількість партій, розміщених угорі списку, які здобули загальну кількість голосів виборців понад 50% від числа виборців, включених у списки для голосування, і понад 75% голосів виборців, які взяли участь у голосуванні.

### Література

1. Проект Виборчого кодексу України № 3112-1 від 02.10.2015, включений до порядку денного № 2149-VIII від 03.10.2017. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=56671](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56671).
2. Пономарьова Г. Правова оцінка застосування загороджувального бар'єра в пропорційній виборчій системі. Вісник ЦВК. 2005. № 2(2). С. 53–57.
3. Позачергові вибори народних депутатів України 26 жовтня 2014 року: веб-відображення Інформаційно-аналітичної системи / Встановлення результатів виборів. Протокол Центральної виборчої комісії про результати виборів народних депутатів України у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі. URL: [http://www.cvk.gov.ua/vnd\\_2014/](http://www.cvk.gov.ua/vnd_2014/).

### Анотація

**Пирого І. С. Виборчий бар'єр і представництво виборців.** – Стаття.

У статті проаналізовано функціональне призначення виборчого бар'єра та його вплив на результати виборів. Доведено, що за відсутності політичних партій, які здатні здобути довіру виборців, застосування виборчого бар'єра є елементом виборчої технології, яка дозволяє присвоїти значну частину «чужих» голосів на виборах і мандатів у парламенті. Обмеження вибору шляхом встановлення виборчого бар'єра спотворює волевиявлення виборців, які змушені робити вибір між більшим і меншим злом або відмовитися від участі

у виборчому процесі. Обґрунтовано висновок про те, що структурування парламенту залежить виключно від довіри суспільства до програми і практичної діяльності політичних партій. Для визначення виборчого бар'єра запропоновано два критерії, які мають забезпечити: а) представництво абсолютної більшості виборців, включених у списки для голосування; б) кваліфіковану більшість від числа виборців, які взяли участь у голосуванні. Сформульовано поправки до ст. 374 проекту Виборчого кодексу.

*Ключові слова:* виборчий бар'єр, представництво, пропорційна виборча система, мандат, депутат, виборчий округ.

#### Аннотация

**Пирога И. С. Избирательный барьер и представительство избирателей.** – Статья.

В статье проанализировано функциональное назначение избирательного барьера и его влияние на результаты выборов. Доказано, что при отсутствии политических партий, способных завоевать доверие избирателей, применение проходного барьера является элементом избирательной технологии, которая позволяет присвоить значительную часть «чужих» голосов на выборах и мандатов в парламенте. Ограничение выбора путем установления проходного барьера искажает волеизъявление избирателей, которые вынуждены делать выбор между большим и меньшим злом или отказаться от участия в избирательном процессе. Обоснован вывод о том, что структурирование парламента зависит исключительно от доверия общества к программе и практической деятельности политических партий. Для определения избирательного барьера предложено два критерия, которые должны обеспечить: а) представительство абсолютного большинства

избирателей, включенных в списки для голосования; б) квалифицированное большинство от числа избирателей, принявших участие в голосовании. Сформулировано поправки к ст. 374 проекта Избирательного кодекса.

*Ключевые слова:* избирательный барьер, представительство, пропорциональная избирательная система, мандат, депутат, избирательный округ.

#### Summary

**Pyroha I. S. Election barrier and representation of voters.** – Article.

The article analyzes the functional purpose of the electoral barrier and its influence on election results. It is proved that in the absence of political parties capable of gaining voters' confidence, the use of the electoral barrier is an element of electoral technology that allows for the allocation of a significant part of "strangers" votes in elections and mandates in parliament. The restriction of choice by establishing an electoral barrier distorts the will of voters who have to make choices between bigger and smaller evil or refuse to participate in the election process. The conclusion is based on the fact that the structuring of the parliament depends exclusively on public trust in the program and practical activities of political parties. To determine the electoral barrier two criteria are proposed, which should ensure: a) representation of the absolute majority of voters included in the lists for voting; b) a qualified majority of the number of voters who took part in the voting. Amendments to Article 314 of the draft Election Code are formulated.

*Key words:* election barrier, representation, proportional electoral system, mandate, deputy, electoral district.

## ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347.6

*М. В. Абрамов**аспірант кафедри цивільного права**Національного університету «Одеська юридична академія»***ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ СПАДКУВАННЯ ЗА ПРАВОМ ПРЕДСТАВЛЕННЯ  
ТА УСУНЕННЯ ВІД ПРАВА НА СПАДКУВАННЯ**

Юридичні гарантії реалізації спадкових прав передбачені нормами українського законодавства, які регулюють спадкові правовідносини, під якими розуміються врегульовані нормами права суспільні відносини, пов'язані з переходом (спадкуванням) після смерті громадянина тих, що належали йому на праві приватної власності речей, майна, а також майнових прав і обов'язків до одного або декількох осіб (спадкоємців). Ці правовідносини складають предмет спадкового права як підгалузю цивільного права. Норми які регулюють спадкові правовідносини закріплені в Цивільному кодексі України, книга VI «Спадкове право» [1].

Зі змісту спадкових правовідносин слідує, що спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) в порядку універсального правонаступництва, тобто в незмінному вигляді як єдиного цілого в один і той же момент [2, с. 135].

Неухильне виконання цих положень забезпечує інтереси як самого спадкодавця та його спадкоємців, так і усіх третіх осіб (боржників та кредиторів спадкодавця, фіскальних органів тощо), для яких смерть спадкодавця може потягнути ті чи інші правові наслідки.

Н.В. Чельцова зазначає, що спадкові правовідносини: «Майнові і деякі особисті немайнові права, що виникають або виникли з юридичних стосунків, в які поставила себе особа, не припиняються і з його смертю. Вони переходять до нової особи, і, як правило, в тому ж об'ємі і якості, в якому вони виникли або повинні були виникнути у померлої особи. Тобто нова особа займає в юридичних стосунках померлої особи таке положення, яке відповідає положенню померлої особи, як би замінюючи його. Усі права і обов'язки, що переходять до спадкоємця, переходять, як правило, одночасно і повністю, усією своєю сукупністю і нероздільністю, що в юридичній літературі вважається загальним або універсальним правонаступництвом. Характерною рисою цього правонаступництва є і те, що набуття прав і обов'язків

відбувається безпосередньо, тобто спадок переходить до спадкоємця прямо від спадкодавця, а не від інших осіб» [3, с. 11].

Б.С. Антімонов, К.А. Граве писали, що «спадкування – це безпосереднє приємство в правах і обов'язках померлої особи, передусім приємство в майні, в праві власності, яке є основою усіх майнових прав» [4, с. 5]. К.П. Побєдоносцев визначав спадкування як «перехід майна з усіма правами і обов'язками від однієї особи до іншого з нагоди смерті» і як «вступ наступника у права і обов'язки» [5, с. 197]. Синайский В.І. характеризував спадкування як «правонаступництво в приватно-правовій сфері людини» [6, с. 546]. Г. Ф. Шершеневич визначав спадкування як «перехід майнових відносин особи, із смертю його до інших осіб» [7, с. 612].

Проаналізувавши приведені вище думки цивілістів, можна зробити висновок, що суттю спадкування є положення про те, що після смерті спадкодавця «усі відносини колишнього суб'єкта, складові в сукупності поняття про майно, переходять до нової особи» [8, с. 554] і продовжують існувати і після його смерті: це «відносини з приводу майна» і «відношення його до майна» [9, с. 408].

Спадкування здійснюється двома шляхами: за заповітом або за законом ст. 1217 Цивільного Кодексу України (далі ЦК України).

Також законодавством передбачені норми, що дозволяють особам ніби «виступити» або ж «представити» своїх померлих висхідних родичів у спадкових правовідносинах, так ніби ті на той момент були живими. Такий процес в законодавстві має назву – спадкуванням за правом представлення та регулюється ст. 1266 ЦК України.

Під спадкуванням за правом представлення розуміють такий порядок спадкування, коли одна особа у разі смерті іншої особи, яка є спадкоємцем за законом, до відкриття спадщини, ніби заступає її місце і набуває право спадкування тієї частки у спадковому майні, яку б отримав померлий спадкоємець, якби він був живий на момент відкриття спадщини.

Спадкування за правом представлення має місце за умови, якщо:

а) спадкодавець не склав заповіт або він у встановленому порядку визнаний недійсним;

б) спадкоємець за законом помер до відкриття спадщини, тобто до дня смерті спадкодавця або одночасно в один день із ним;

в) спадкоємець, якого представляють, за свого життя не втратив права на спадщину, як негідний.

У 1918–1945 рр. законодавство не передбачало спадкування в порядку представлення. Відповідно до Указу Президії Верховної Ради СРСР від 14 березня 1945 р. «Про спадкоємців за законом і за заповітом», за яким відповідні зміни були внесені і в ЦК УРСР, за правом представлення до спадщини закликалися внуки і правнуки спадкодавця у разі, якщо їх батьки померли раніше спадкодавця.

Українським законодавством спадкування за правом представлення надано не лише онукам та правнукам (як це було закріплено в ЦК УРСР), а й прабабі, прадіду, племінникам, двоюрідним братам та сестрам, тобто родичам третього-четвертого ступеня споріднення. До спадкування за правом представлення закликаються саме згадані вище особи, а не їх нащадки.

Онуки, правнуки спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові, бабі, дідові, якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Прабаба, прадід спадкують ту частку спадщини, яка б належала за законом їхнім дітям (бабі, дідові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Племінники спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові (сестрі, братові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Двоюрідні брати та сестри спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові (тітці, дядькові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Якщо спадкування за правом представлення здійснюється кількома особами, частка їхнього померлого родича ділиться між ними порівну.

При спадкуванні по прямій низхідній лінії право представлення діє без обмеження ступеня споріднення.

При спадкуванні за правом представлення також зберігається черговість закликання до спадщини.

Для наведеної категорії спадкоємців умовою отримання спадщини за законом є смерть їх висхідного родича, частку якого вони успадковують.

Спадкоємці, які спадкують за правом представлення, не мають права на обов'язкову частку,

оскільки коло обов'язкових спадкоємців вичерпним чином визначене в законі.

Традиційно спадкування за правом представлення вважається лише особливим порядком закликання до спадкування спадкоємців за законом. Як зазначає В.І.Серебровський, низхідний спадкоємець особи, яка померла до відкриття спадщини, є не представником свого висхідного родича, який вибув із порядку спадкування, а виступає прямим спадкоємцем спадкодавця. При спадкуванні за правом представлення не відбувається ніякого правонаступництва між спадкоємцем, який вибув із-за смерті до відкриття спадщини, і його прямим спадкоємцем. Спадкоємці за правом представлення спадкують не за правом, яке належало їх висхідному родичу, а за правом, яке належить їм самим [10, с. 102-103].

Тому не випадково ще в дореволюційній цивілістиці термін спадкування за правом представлення вважали невдалим, як такий, що не відображає сутності цього явища, і спадкування внуків і правнуків називали поколінним наступництвом [11, с. 560].

З цього випливають такі висновки: а) спадкування за правом представлення має місце лише щодо осіб, які зазначені в законі; б) спадкоємці за правом представлення є безпосередніми правонаступниками спадкодавця і нікого не представляють; в) ці спадкоємці не відповідають за боргами особи, яку вони представляють.

Чи мають право на спадщину спадкоємці за правом представлення у тих випадках, коли їх висхідний родич позбавлений права на спадщину?

У літературі теза про те, що спадкоємці, які спадкують у порядку представлення позбавляються права на спадкування не лише у випадку, коли спадкоємець, якого вони представляють, позбавлений спадщини за заповітом, а й у тому випадку, коли він втрачає це право як негідний спадкоємець, була висловлена О.С. Іоффе. Оскільки внаслідок позбавлення спадкових прав такий спадкоємець нічого б не отримав за життя, то відсутній підстави для отримання спадщини за правом представлення також його дітьми – онуками спадкодавця [12, с. 304]. Подібні думки висловлювала й З.Г. Крилова, яка не допускала спадкування дітей, батьки яких позбавлені спадщини. Лише у разі, якщо будь-яка частина майна залишиться поза заповідальним розпорядженням спадкоємці за правом представлення мають право на спадкування [13, с. 472].

На противагу цьому В.К. Дроніков вважав, що пряме позбавлення спадщини не поширюється на наступників, оскільки має суворо особистий характер. Онуки та правнуки спадкодавця є його прямими спадкоємцями, причому спадкоємцями першої черги, але оскільки ближча ступінь родинності виключає наступну, то діти спадкодавця

усувають від спадкування онуків аналогічно тому, як перша черга усуває другу. Тому онуки спадкодавця будуть закликані до спадкування, якщо призначені в заповіті спадкоємці не приймуть спадщину або якщо частина спадкового майна залишиться поза заповідальним розпорядженням [14, с. 87].

Цю позицію поділяє і П.С. Нікітюк, який підкреслює, що онуки визнаються спадкоємцями, якщо їх батьки були позбавлені заповітом права на спадкування, але померли до відкриття спадщини. Не позбавляються вони права на спадкування й у випадках наявності підстав для визнання їх померлого батька чи матері негідним спадкоємцем [15, с. 77].

У ЦК РФ законодавець прямо передбачив, що не спадкують за правом представлення нащадки спадкоємця за законом, який позбавлений спадкодавцем спадщини (ч. 2 ст. 1146) та нащадки спадкоємця, який помер до відкриття спадщини або одночасно із спадкодавцем і який би не мав права успадковувати як негідний, тобто особи, які своїми умисними протиправними діями, спрямованими проти спадкодавця, інших спадкоємців чи проти здійснення останньої волі спадкодавця, яка виражена в заповіті, сприяли або намагалися сприяти збільшенню належної їм або іншим особам частки спадщини (ч. 3 ст. 1146).

Окремі російські вчені досить критично поставилися до цієї новели. Так, В.Н. Гаврилов вважає, що якщо законодавець допускає спадкування за правом представлення, то не має значення, що у спадкоємця були негідні батьки. Тобто, син не повинен відповідати за умисні протиправні дії батька [16, с. 191]. Водночас, аналіз ст. 1117 ЦК РФ «Негідні спадкоємці» дозволяє погодитися з висновком, який пропонує О.М. Гуєв. Оскільки правила ч. 3 ст. 1146 ЦК РФ не поширюються на всі випадки усунення спадкоємців від спадкування за законом, то відсутні перешкоди і для спадкування за правом представлення осіб, висхідні яких були усунуті від спадкування як такі, що позбавлені батьківських прав, а також ті, що злісно ухилялися від обов'язку щодо утримання спадкодавця [17, с. 131].

У ст. 1266 ЦК України «Спадкування за правом представлення» пряма вказівка про випадки усунення спадкоємців за правом представлення відсутня.

Спадкування за правом представлення передбачене лише при спадкуванні за законом. У значеній статті спадкоємці за правом представлення спадкують саме ту частку спадщини, яка б належала за законом їх висхідним родичам. Якщо батьки згідно із законом не закликаються до спадщини, то в цьому випадку відсутній і об'єкт спадкового правонаступництва. Тобто умовою отримання спадщини є відсутність у живих

висхідного родича на момент відкриття спадщини і наявності у нього права на спадщину, а не добросовісності спадкоємця, який може спадкувати в порядку представлення. Добросовісність спадкоємця, в тому числі й того, який отримує спадщину в порядку права представлення, презюмується законодавцем. В іншому випадку, як спадкоємець, який закликається до спадкування за законом на загальних підставах в порядку черги, так і спадкоємець, який спадкує у порядку представлення, усувається від спадщини на підставах, передбачених ст. 1224 ЦК України. Якщо спадкодавець переймається долею своїх родичів (онуків, правнуків, племінників та інших), які можуть бути усунені від спадкування у зв'язку з негідною поведінкою своїх висхідних, він може призначити їх спадкоємцями у заповіті.

Таким чином, з аналізованих у статті положень вбачається, що у наукових колах немає однозначної позиції щодо спадкування за правом представлення нащадками спадкоємця за законом, який позбавлений спадкодавцем спадщини.

Окрім того, норми законодавства також не дають чіткої та однозначної відповіді на це питання і лише системний аналіз правових норм дозволяє прийти до певних висновків, а отже не виключені випадки помилкового і неоднозначного правозастосування у цих правовідносинах, а тому це питання потребує додаткового опрацювання.

### Література

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.03 р. // Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40-44. Ст. 356.;
2. Цибульська, О.Ю. Рецепція основних засад універсального і сингулярного спадкового наступництва за римським приватним правом у цивільному законодавстві України / О.Ю. Цибульська // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. праць. 1997. 2008. Вип. 41. 265 с. С. 135-139.
3. Чельцова Н.В. Процессуальные особенности рассмотрения судами дел о наследовании. Информационная система Кодекс. 1998, Раздел Наследственное право. С.11-23.
4. Антимонов Б.С, Граве А.К. Советское наследственное право. М: Госюриздат, 1955. С. 5.
5. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 2. Права семейные, наследственные и завещательные. М.: «Статут», 2003. С. 197.
6. Синайский В.И. Русское гражданское право. М: Статут, 2002. С. 546.
7. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 612-621.
8. Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб., 1913. С. 554.
9. Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2000. (Сер. «Классика российской цивилистики»). С. 408.
10. Серебровский В.И. Избранные труды. М.: Статут, 1997. 567 с.
11. Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. 672 с.

12. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Курс лекций. Ч. III. Л., Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. 348 с.

13. Советское гражданское право: Учебник. В 2-х томах. Том 2. / Под ред. В.А. Рясенцева. М.: Юрид. лит., 1965. 504 с.

14. Жаркова Г.И. Обязательная доля в наследстве в свете нового законодательства // Нотариус. 2004. № 2. С. 24-26.

15. Никитюк А.С. Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев: Штица, 1973. 258 с.

16. Гаврилов В.Н. Отстранение от наследования недостойных наследников: история, перспективы зарубежного опыта // Известия вузов. Правоведение. СПб, 2002. № 5. С.190-196.

17. Гуев А.Н. Постатейный комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: ИНФРА-М., 2002. 448 с.

#### Анотація

**Абрамов М. В.** До питання співвідношення спадкування за правом представлення та усунення від права на спадкування. – Стаття.

У статті автор досліджує правові норм, що регламентували підстави усунення спадкоємців від права на спадкування у зв'язку з нормами, які регламентують спадкуванням за правом представлення.

*Ключові слова:* усунення від права на спадкування, спадкування за правом представлення, спадщина, спадкоємці.

#### Аннотация

**Абрамов М. В.** К вопросу соотношения наследование по праву представления и устранения от права на наследование. – Статья.

В статье автор исследует правовые нормы, регламентирующие основания устранения наследников от права на наследование в связи с нормами, регламентирующими наследованием по праву представления.

*Ключевые слова:* отстранение от права на наследование, наследование по праву представления, наследство, наследники.

#### Summary

**Abramov M. V.** On the question of the ratio of inheritance to the right of representation and removal from the right to inheritance. – Article.

In the article the author investigates the legal norms regulating the grounds for removing heirs from the right to inherit in connection with the rules governing inheritance for the right of representation.

*Key words:* removal from the right to inheritance, inheritance by the right of representation, inheritance, heirs.

УДК 347.91

*Н. П. Артем'єва*  
*аспірант юридичного факультету*  
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗА ДОБИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ

Питання правової допомоги в цивільному процесі України є одним із концептуальних, оскільки від нього залежить рівень реалізації принципу верховенства права в державі. Крім того, будівництво правової держави, у якій права й свободи людини та громадянина є найвищою соціальною цінністю, можливе виключно за наявності ефективної системи правової допомоги. Якість забезпечення осіб правовою допомогою визначає їх доступність до правосуддя. При цьому ключовим аспектом доступу до правосуддя є право та реальна можливість особи отримати саме кваліфіковану правову допомогу.

Актуальність окресленої теми зумовлюється тим, що останнім часом в Україні активно обговорюється тема реформування правової допомоги. Більше того, 24 червня 2016 р. конституційна реформа безпосередньо торкнулась інституту правової допомоги та змінила низку істотних умов надання правової допомоги населенню. Наразі цивільне процесуальне законодавство не відповідає змінам, що були внесені в Конституцію України. Євроінтеграційні процеси вимагають від України узгодження національного законодавства зі стандартами Європейського Союзу. Очевидним як для національних, так і для іноземних експертів є факт того, що в Україні правова допомога надається на низькому рівні. Останнє зумовлює потребу в подальшому реформуванні інституту правової допомоги. Однак успішна реформа можлива виключно за умови врахування попереднього досвіду становлення відповідного інституту.

Питання становлення правової допомоги в цивільному процесі за доби незалежності України вивчалися вітчизняними й зарубіжними вченими. Серед науковців, які зробили найбільш помітний внесок у вивчення окреслених проблем, варто назвати С.Ф. Афанасьєва, С.С. Бичкову, М.Л. Бойко, С.В. Васильєва, Т.В. Варфоломєєву, І.Ю. Гловацького, В.Г. Гончаренка, А.Я. Дубинського, І.С. Дзюбко, О.В. Зайчук, Я.П. Зейкан, В.В. Комарова, В.Л. Кудрявцева, Н.М. Оніщенко, В.О. Попелюшко, Ю.І. Руснак, Н.Ю. Сакара, С.Ф. Сафулько, О.Д. Святоцького, С.Я. Фурса, Д.М. Шадура, В.П. Шибіко, В.К. Шкарупу та інших.

З тих пір, як Україна стала незалежною, розпочався новий етап розвитку інституту правової допомоги в цивільному процесі. Здобуття Украї-

ною незалежності 24 серпня 1991 р. зумовило необхідність реформування правової системи. Варто зазначити, що реформування всіх правових інститутів здійснювалося повільно та під сильним впливом існуючої до цього радянської правової системи. Після розпаду СРСР в Україні досить тривалий час діяли радянські правові акти, у тому числі Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1963 р. [1].

Першим програмним документом, який прийнято вважати офіційною точкою відліку реформи інституту адвокатури в незалежній Україні, стала Концепція судово-правової реформи в Україні, схвалена Постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. [2]. У цьому документі було визначено вектор реформування інституту адвокатури, основною функцією якої мало стати надання правової допомоги фізичним і юридичним особам.

Так, у розділі 5 Концепції судово-правової реформи в Україні було визначено, що інститут адвокатури є самостійною структурою з надання юридичної допомоги фізичним і юридичним особам. Адвокату гарантується можливість самому визначати організаційні форми роботи, йому надається право займатися приватною практикою або добровільно об'єднуватися в адвокатські об'єднання. Закріплюються гарантії самостійності адвоката, розширюються його професійні права та посилюється відповідальність за якість роботи. Питання про допуск особи до адвокатської діяльності вирішується кваліфікаційною комісією на підставі іспитів [2].

Аналіз Концепції судово-правової реформи в Україні дає можливість дійти висновку про те, що цей концептуальний документ був справді глибоко продуманим, оскільки в ньому простежується системний підхід до питання реформування судової системи держави та використання наукової методології. Також можна стверджувати, що на основі Концепції судово-правової реформи в Україні здійснювалось розроблення нормативних актів не лише щодо адвокатури, а й щодо правової допомоги.

Найпершою та найбільш значимою віхою розвитку інституту правової допомоги в незалежній Україні стало прийняття Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Конституції України [3]. У ст. 3 Основного Закону України було закріплено,

що людина, її життя й здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. З огляду на зазначене можна констатувати, що право особи на правову допомогу в цивільному процесі є конституційно-правовим обов'язком держави.

Прийняття Цивільного процесуального кодексу України [4] було здійснене Верховною Радою України тільки 18 березня 2004 р. На відміну від Цивільного процесуального кодексу УРСР 1963 р. інститут правової допомоги був суттєво реформований. По-перше, правова допомога може надаватись особі як на платній, так і на безоплатній основі. По-друге, надавати правову допомогу можуть не тільки адвокати, а й інші фахівці в галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги. По-третє, питання безоплатної правової допомоги є предметом регулювання окремого закону, який визначає підстави та умови її надання. По-четверте, передбачена можливість звернення до суду державних органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи й інтереси інших осіб.

Як зазначив М.Й. Штефан, новий Цивільний процесуальний кодекс України відтворив і розвинув демократичні принципи та правила механізму цивільного судочинства, вироблені вітчизняною наукою й практикою цивільного процесу, залишивши без змін окремі нормативні правила попереднього Цивільного процесуального кодексу УРСР (1963 р.), які досі актуальні з позиції сучасного соціально-економічного розвитку України, зумовлюються положеннями Конституції України та використані для процесуально-правового регулювання цивільного судочинства [5, с. 5].

2 червня 2011 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України «Про безоплатну правову допомогу» [6], який набув чинності 9 липня 2011 р. Метою цього закону є визначення змісту права на безоплатну правову допомогу, порядок реалізації цього права, підстави й порядок надання безоплатної правової допомоги, державні гарантії, що стосуються безоплатної правової допомоги. Система безоплатної правової допомоги складається з первинної та вторинної.

Первинна безоплатна правова допомога полягає в інформуванні особи про її права й свободи, порядок їх реалізації, відновлення в разі їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Вона включає такі види правових послуг, як забезпечення доступу до правової інформації, на-

дання консультацій і роз'яснень із правових питань, складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру), надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації. Вторинна безоплатна правова допомога полягає в створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя. Вона включає такі види правових послуг, як захист, здійснення представництва інтересів осіб, які мають право на вторинну безоплатну правову допомогу, у судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами, а також складення документів процесуального характеру.

Чільне місце в процесі становлення й розвитку права на правову допомогу посів Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який було прийнято 5 липня 2012 р. [7]. У ньому закріплено широке коло професійних прав адвоката, а також гарантії адвокатської діяльності. До основних професійних прав адвоката варто віднести такі: 1) звертатися з адвокатськими запитами; 2) представляти й захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права й інтереси юридичних осіб; 3) складати заяви, скарги, клопотання, інші правові документи та подавати їх у встановленому законом порядку; 4) збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, у встановленому законом порядку запитувати, отримувати та вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою. Крім того, у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачені підстави для дисциплінарної відповідальності адвоката за порушення порядку надання правової допомоги.

Остання віха реформування інституту правової допомоги була розпочата в Україні 24 червня 2016 р. конституційною реформою системи правосуддя [8]. У межах проведення реформи термін «правова допомога» був змінений на «професійна правнича допомога». У контексті теми нашого дослідження принципово важливим стало введення монополії адвокатів на представництво інтересів особи в суді, яка передбачає те, що виключно адвокати мають право здійснювати представництво іншої особи в суді, а також здійснювати захист у межах кримінального провадження.

Конституційну реформу системи правосуддя було розпочато 24 червня 2016 р., коли Президент України підписав проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) № 3524 від 25 листопада 2015 р. [8] (далі – законопроект № 3524). Цей законопроект був позитивно оцінений експертами Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія). Прийняті зміни спрямовані на утвердження незалежності судової влади для посилення від-

повідальності судової влади перед суспільством, а також для запровадження належних конституційних засад кадрового оновлення суддівського корпусу.

У межах глобальної конституційної реформи було змінено також порядок надання правової допомоги.

По-перше, упроваджується монополія адвокатів на представництво в суді. Як зазначено в пояснювальній записці до законопроекту № 3524, з метою істотного підвищення якості представництва особи в суді, а також встановлення конституційного підґрунтя для створення єдиної правничої професії передбачено, що виключно адвокат здійснюватиме представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Це кореспондується з конституційною гарантією держави, якою (з відповідним уточненням у ст. 59 Конституції України) наголошується на тому, що кожен має право саме на професійну правничу допомогу. При цьому зберігається положення чинної редакції другого речення ч. 1 ст. 59 Конституції України, де окремо зазначається, що у випадках, передбачених законом, така правнича допомога (професійна) надається безоплатно [9].

Ми позитивно оцінюємо введення монополії адвокатів на представництво в суді, оскільки правова допомога повинна надаватись особою, яка має необхідний рівень професійної підготовки та пов'язана правилами професійної етики. Окрім того, законодавство України передбачає жорстку процедуру отримання адвокатського посвідчення. Останнє спрямоване на те, щоб правова допомога надавалася виключно висококваліфікованими фахівцями в галузі юриспруденції.

Ми цілком згодні з висновком судді Конституційного Суду України С.Л. Вдовіченка, який зазначив, що право на правничу допомогу полягає в конституційному обов'язку держави забезпечити кожному (як фізичній, так і юридичній особі) достатньо високий рівень будь-якого з видів правничої допомоги, що надається, зокрема професійної правничої допомоги адвокатів, які повинні мати необхідний рівень професійної підготовки, керуватися правилами професійної етики, законодавчими вимогами доступу до професії та нести відповідальність за неналежне виконання свого професійного обов'язку [10, с. 3].

Водночас існує й протилежна позиція, яка полягає в тому, що монополія адвокатів є негативним явищем. Так, суддя Конституційного Суду України С.В. Сас висловив окрему думку щодо цього. На його переконання, практичний аспект реалізації права на правову допомогу у варіанті, запропонованому законопроектом, полягає в недоступності послуг адвоката для широких верств населення. Запровадження монополії на представництво інтересів особи в суді виключно адво-

катами спрямоване на обмеження конституційного права особи на вільний вибір захисника своїх прав [11, с. 7].

Інший суддя Конституційного Суду України І.Д. Сліденко також висловив окрему думку із цього питання. Він вважає очевидними два факти. По-перше, наділення виключно адвоката правом представництва іншої особи в суді, а також захисту від кримінального обвинувачення є звуженням права, передбаченого ч. 1 ст. 59 Конституції України, за якою «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав», оскільки в першому випадку право обмежене, а в другому – ні. По-друге, у разі прийняття цього закону Конституція України буде містити дві норми, які регулюють одні й ті ж суспільні відносини протилежним чином. Це у свою чергу призведе до контрадикції норм і їх конкуренції, зробить Конституцію України внутрішньо суперечливим актом [12, с. 9].

Також законодавцем змінено поняття «правова допомога» на «професійна правнича допомога». Як зазначено в пояснювальній записці до законопроекту № 3524, право на професійну правничу допомогу – це гарантована Конституцією України можливість особи отримати високоякісні правничі послуги, які може забезпечити лише професійний адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, а не будь-яка інша особа. При цьому запропонована формула не заперечує права на правничу допомогу загалом, у тому числі й безоплатну, яку можуть надавати інші, крім професійних адвокатів, фахівці-правники. Проте наголос робиться саме на гарантованому отриманні особою професійної допомоги [8].

Водночас у ч. 4 ст. 131-2 Конституції України передбачено, що законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді в трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів і референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними або дієздатність яких обмежена.

Суддя Конституційного Суду України С.Л. Вдовіченко звертає увагу на те, що залучення адвоката як представника для вирішення та розв'язання спорів в інших державних органах не може бути обов'язковим, оскільки особа повинна мати право залучати як захисника фахівця в певній галузі права (наприклад, ученого з науковим ступенем у певній галузі права, фахівців юридичних фірм тощо). Також юридичні особи не можуть бути позбавлені права на безпосереднє представництво своїх законних інтересів чи то в суді, чи то в іншому органі державної влади, зокрема, керівниками суб'єктів господарювання або штатними юристами, юристами – працівниками власних структурних підрозділів тощо. Такі винятки щодо

представництва іншими, крім адвокатів, особами мають бути врегульовані на законодавчому рівні, що зумовлюється особливостями категорії справи, правовідносин або статусом особи, права, свободи чи законні інтереси якої підлягають захисту [10, с. 3].

Ми частково розділяємо таку позицію та вважаємо, що державні органи, бюджетні організації, а також госпрозрахункові державні й комунальні підприємства повинні мати право представляти свої інтереси в суді. Інакше система державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій державної та комунальної власності не зможе забезпечити представництво своїх інтересів у судах. Особливо це стосується малих населених пунктів. Такий виняток із правила має бути передбачений у ст. 131-2 Конституції України, а не на рівні законодавчих актів. Останнє зумовлюється тим, що в такому випадку існуватиме колізія нормативно-правових актів.

Таким чином, становлення та розвиток інституту правової допомоги в цивільному процесі за доби незалежної України характеризується певними особливостями, що визначені такими актами:

– Концепцією судово-правової реформи в Україні 1992 р. – визначено вектор реформування інституту адвокатури;

– Конституцією України 1996 р. – закріплено основоположне право особи на правову допомогу, у тому числі безкоштовну у визначених законом випадках;

– Цивільним процесуальним кодексом України 2004 р. – повністю імплементовані конституційні положення щодо права на правову допомогу в єдиний кодифікований акт цивільного процесуального права;

– Законом України «Про безоплатну правову допомогу» 2011 р. – визначено порядок, види та умови отримання безкоштовної правової допомоги;

– Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 2012 р. – визначені правові засади організації й діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні. У цьому законі закріплено широке коло професійних прав адвоката, а також гарантій адвокатської діяльності;

– конституційною реформою правової допомоги 2016 р. – на рівні Основного Закону України було визначено, що правова допомога може надаватись виключно адвокатами; термін «правова допомога» змінено на «професійна правнича допомога».

Станом на сьогодні триває реформування законодавства України у векторі покращення умов і порядку надання правової допомоги в цивільному процесі. Останнє зумовлюється інтеграційними

процесами України у зв'язку з прагненням вступу до Європейського Співтовариства та гармонізацією національного законодавства з міжнародними стандартами.

### Література

1. Цивільний процесуальний кодекс Української РСР. К.: Держ. вид-во політ. літ-ри УРСР, 1963. 179 с.

2. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. № 2296-ХІІ / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 30. Ст. 426.

3. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

4. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-ІV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–42. Ст. 492.

5. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. К.: ВД «Ін Юре», 2005. 624 с.

6. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 51. Ст. 577.

7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.

8. Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) № 3524 від 25 листопада 2015 р. / Верховна Рада України. URL: [http://w1.l.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57209](http://w1.l.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209).

9. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 3524 від 25 листопада 2015 р. / Верховна Рада України. URL: [http://w1.l.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57209](http://w1.l.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209).

10. Окрема думка судді Конституційного Суду України Вдовіченка С.Л. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1-v-2016-07.pdf>.

11. Окрема думка судді Конституційного Суду України Саса С.В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1-v-2016-10.pdf>.

12. Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції Укра-

їни (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2-v-2016-04.pdf>.

### Анотація

**Артем'єва Н. П. Становлення правової допомоги в цивільному процесі за доби незалежності України. – Стаття.**

У статті досліджуються основні віхи розвитку інституту правової допомоги в цивільному процесі за доби незалежності України. Проаналізовано еволюцію прийняття нормативно-правових актів щодо правової допомоги та надано їм оцінку. Особлива увага приділяється слабким і сильним сторонам реформ, які здійснювались українським законодавцем у той чи інший проміжок часу. Окремо проаналізовано конституційну реформу 2016 р., яка суттєво змінила інститут правової допомоги в Україні.

**Ключові слова:** правова допомога, цивільний процес, конституційна реформа, генеза розвитку, незалежна Україна.

### Аннотация

**Артемьева Н. П. Становление правовой помощи в гражданском процессе в эпоху независимости Украины. – Статья.**

В статье исследуются основные вехи развития института правовой помощи в гражданском процессе

в эпоху независимости Украины. Проанализирована эволюция принятия нормативно-правовых актов по правовой помощи и предоставлена их оценка. Особое внимание уделяется слабым и сильным сторонам реформ, которые осуществлялись украинским законодателем в тот или иной промежуток времени. Отдельно проанализирована конституционная реформа 2016 г., которая существенно изменила институт правовой помощи в Украине.

**Ключевые слова:** правовая помощь, гражданский процесс, конституционная реформа, генезис развития, независимая Украина.

### Summary

**Artemyeva N. P. The formation of legal aid in the civil process during the period of independence of Ukraine. – Article.**

The article examines main milestones of the development of the legal aid institute in the civil process during the period of independence of Ukraine. The evolution of the adoption of normative legal acts on legal aid is analyzed and assessed. Particular attention is paid to the strengths and weaknesses of the reforms that were carried out by the Ukrainian legislator in one or another period of time. The constitutional reform of 2016, which substantially changed the institution of legal aid in Ukraine, is analyzed separately.

**Key words:** legal aid, civil process, constitutional reform, genesis of development, independent Ukraine.

УДК 347.628

*І. М. Бойків**аспірант кафедри цивільного права і процесу  
Університету Короля Данила*

## ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПЕРЕБУВАННЯ ПОДРУЖЖЯ У ФАКТИЧНИХ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИНАХ

**Постановка проблеми.** У сучасному українському суспільстві з кожним роком все більше чоловіків і жінок з тих чи інших причин надають перевагу перебуванню у фактичних шлюбних відносинах, аніж вступу в офіційно зареєстрований державою шлюб. Мабуть, не останню роль у зародженні такої тенденції відіграло те, що прийнятий Верховною Радою України у 2004 році Сімейний кодекс України на законодавчому рівні врегулював чи не найбільш вразливе питання фактичного подружжя – визнав нажите ними за час перебування у фактичному шлюбі майно спільною сумісною власністю [1]. Проте, незважаючи на прогресивний характер згаданої матеріально-правової норми, вона не забезпечує всебічного врегулювання фактичних шлюбів і навіть, навпаки, зумовлює появу цілого ряду проблем у процесі здійснення правозастосовної практики судами в разі вирішення спорів між фактичним подружжям.

Утім, попри величезну кількість таких позовів, у судовій практиці поки відсутня єдина точка зору як на процес здійснення судочинства в таких спорах, так і на значущість та обсяг доказів, що мають бути надані суду при встановленні факту перебування подружжя у фактичних шлюбних відносинах. Відтак потреба наукового дослідження відповідної судової практики з метою виявлення особливостей доказування у справах щодо встановлення судом факту наявності фактичних шлюбних відносин між особами, що проживають однією сім'єю, зумовлює актуальність і практичну значущість статті.

**Оцінка стану літератури.** Окремі аспекти практики доказування у справах, пов'язаних із фактичними шлюбними відносинами, були досліджені у працях Н. Андрєєвої, О. Войнаровської, Л. Красицької, Ю. Пилипенко, П. Пашинського, О. Сліпченка, А. Цірата тощо. Водночас треба визнати, що науковці не здійснили комплексного висвітлення особливостей доказування у справах про встановлення факту перебування у фактичних шлюбних відносинах, у зв'язку з чим комплексне теоретичне дослідження даного питання в українській правозастосовній практиці і досі залишається актуальним.

**Мета статті** полягає в окресленні особливостей доказування у справах про встановлення факту наявності фактичних шлюбних відносин між подружжям.

Із зазначеної мети дослідження окреслюються такі завдання: встановити предмет доказування та окреслити основні категорії доказів, які мають бути надані зацікавленими сторонами для підтвердження їх перебування у фактичних шлюбних відносинах.

**Виклад основного матеріалу.** Практично у всіх випадках для вирішення, по суті, спору, що виник між особами, які проживають однією сім'єю без укладення шлюбу, першим і, мабуть, найважливішим етапом, що взагалі уможливило подальше вирішення справи, є встановлення судом самого факту перебування таких осіб у так званому фактичному шлюбі. Поряд із встановленням факту особливо важливе значення для задоволення інтересів тієї чи іншої сторони у подальшому вирішенні спору про право має також встановлення судом конкретного строку перебування пари у фактичних шлюбних відносинах. Утім, викладені сторонами фактичні обставини перебування у фактичних шлюбних відносинах, на які вони посилаються, відповідно до цивільно-процесуального законодавства мають підтверджуватися належними, допустимими, достовірними доказами, достатніми для доведення викладених обставин, на які посилаються сторони [2].

Варто окремо зазначити, що за умови, якщо особи, які перебували у фактичному шлюбі, вказують суду однаковий час, з якого вони проживали однією сім'єю, то для суду таких показань сторін буде достатньо аби встановити як факт їх перебування у фактичних шлюбних відносинах, так і їхню тривалість [3, с. 401]. Тобто з практичної точки зору визнання жінкою та чоловіком свого спільного проживання однією сім'єю як значно спрощує попередню підготовку сторін до судового розгляду, так і скорочує час розгляду судом питання, оскільки в такому разі зникає необхідність надання та дослідження судом доказової бази, яка стосується встановлення факту перебування у фактичному шлюбі.

І перш ніж досліджувати особливості доказування у справах про встановлення факту перебування у фактичних шлюбних відносинах, доцільно розглянути основні ознаки таких відносин, оскільки саме на встановлення відповідності фактичних шлюбних відносин вимогам, закріплених у сімейному законодавстві України, має бути спрямована доказова база сторони у справі, що

зацікавлена у визнанні судом відповідного факту перебування у фактичному шлюбі.

Виходячи із змісту ст. 74 Сімейного кодексу України, право спільної сумісної власності на майно подружжя має визнаватися в тому випадку, якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі [1]. Тобто, по-перше, фактичні сімейні відносини визнаються виключно між особами різної статі, по-друге, такі особи не перебувають у шлюбі між собою, по-третє, жоден із подружжя не перебуває в офіційно зареєстрованому шлюбі з будь-якою третьою особою, по-четверте, такі особи мають проживати однією сім'єю, що в розумінні ст. 3 Сімейного кодексу означає спільне проживання чоловіка і жінки, пов'язаність спільним побутом, наявність у них взаємних прав та обов'язків.

Причому із вищенаведеного вбачається, що законом не встановлено якогось конкретно визначеного строку, протягом якого пара має проживати однією сім'єю для можливості встановлення в судовому порядку факту їх перебування у фактичному шлюбі. Причому А. Цірат і О. Сліпченко взагалі не вважають строк суттєвою умовою визнання судом факту спільного проживання однією сім'єю [4, с. 19].

Водночас Верховним Судом України виділено таку ознаку фактичних шлюбних відносин як їх «усталеність», хоча дефініції даного терміна ні законодавство, ні судова практика не наводять [5].

Н. Андреева дійшла висновку, що про наявність усталених відносин, притаманних подружжю, свідчить спільне проживання, постійне ведення спільного побуту, взаємна турбота та піклування, наявність спільних дітей тощо [6, с. 180]. Водночас Т. Івашкова визначення терміна «усталеність» пов'язує якраз із часовим критерієм, визначаючи його як певний проміжок часу, протягом якого між чоловіком і жінкою склались досить тісні відносини, доказом яких може бути спільне проживання в одному житловому приміщенні, ведення спільного побуту, укладення договорів на забезпечення спільних потреб, взаємна турбота, народження дітей і піклування про них тощо [6, с. 112].

І якщо із двома першими наведеними ознаками в суду зазвичай не виникає питань, оскільки різностатевість фактичного подружжя підтверджується обов'язковим пред'явленням суду документів, що посвідчують особу, а відсутність зареєстрованого шлюбу між фактичним подружжям практично є причиною відповідного звернення до суду, то в питанні наявності в одного з фактичного подружжя офіційно зареєстрованого шлюбу із третьою особою в судовій практиці потребує окремого висвітлення.

Так, незважаючи на те, що поряд із Сімейним кодексом України Постанова Пленуму Верхов-

ного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» від 21 грудня 2007 р. № 11 зафіксувала, що «при застосуванні ст. 74 СК <...> судам необхідно враховувати, що правило зазначеної норми поширюється на випадки, коли чоловік та жінка не перебувають у будь-якому іншому шлюбі...», у судовій практиці все ж нерідко трапляються випадки звернень із позовами щодо поділу спільно нажитого майна пари, які хоча й проживали тривалий час однією сім'єю, вели спільне господарство, проте один чи навіть кожен із них на момент набуття такого майна перебували в офіційно зареєстрованому шлюбі із третьою особою і не розірвали його [5]. До того ж далеко не завжди судом першої інстанції при встановленні факту перебування подружжя у фактичних шлюбних відносинах береться до уваги наявність в одного з подружжя нерозірваного попереднього шлюбу, що надалі призводить до скасування судових рішень попередніх інстанцій Верховним Судом із підстав неоднакового застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права.

Що стосується особливостей доказування такої ознаки, як проживання подружжя однією сім'єю, то виходячи із витягу судової практики, такими доказами можуть бути свідоцтва про народження дітей, довідки з місця проживання, свідчення свідків, листи ділового та особистого характеру, свідоцтво про смерть одного із «подружжя», свідоцтва про народження дітей, у яких чоловік у добровільному порядку записаний як батько, виписки з погосподарських домових книг про реєстрацію чи вселення; докази про спільне придбання майна як рухомого, так і нерухомого (чеки, квитанції, свідоцтва про право власності); заяви, анкети, квитанції, заповіти, ділова та особиста переписка, з яких вбачається, що «подружжя» вважали себе чоловіком і дружиною, піклувалися один про одного; довідки житлових організацій, сільських рад про спільне проживання та ведення господарства [8, с. 26].

Вищенаведений перелік у жодному разі не можна вважати вичерпним, і поряд із ним варто окремо приділити увагу показанням свідків. Причому, виходячи із судової практики, вбачається, що підтвердження свідками факту проживання пари однією сім'єю має бути належно обґрунтованим, для прикладу відповідними фрагментами спілкування про проживання сторін у справі однією сім'єю, приведенням фактів їх спільного перебування разом, зокрема, на святкуванні свят, у магазинах, де вони придбавали разом продукти харчування, предмети домашнього господарства, одяг і взуття; підтвердження перебування свідків у місці спільного проживання фактичного по-

дружжя, наявності в житті фактичного подружжя побутових речей, які належать обом із них [9]. Крім того, важливим є показання, які свідчать про наявність у свідків особистого переконання в тому, що фактичне подружжя перебуває між собою в сімейних відносинах чоловіка та дружини. Утім, варто зауважити, що для визнання судом доказової сили за наданими показаннями, свідок має бути спроможним назвати джерела своєї обізнаності щодо наведеної ним обставини. Із вищезазначеного вбачається, що показання свідків є важливими для доказування відкритості, публічності стосунків між фактичним подружжям.

Досить специфічним доказом для суду є надання сторонами фотографій, що свідчать про перебування пари у фактичних шлюбних відносинах. Проте, як зазначає А. Пашинський, таких фотографій має бути багато, і вони мають відображати значну кількість моментів зі спільного життя, як, наприклад, вінчання сторін, фото з пологового будинку, святкування важливих подій у спільній квартирі, спільний відпочинок тощо. Водночас треба пам'ятати, що самі по собі фотографії можуть свідчити лише про дружні відносини між сторонами, тому не можуть бути використані як єдиний доказ у справі [10, с. 21].

Надзвичайно важливе значення має належне доведення сторонами факту постійного спільного проживання однією сім'єю, оскільки Верховним Судом України висловлено позицію, що встановлені Сімейним кодексом України виключення, згідно з якими подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно, стосуються виключно офіційно зареєстрованих шлюбів [11]. Отже, навіть наявність належної доказової бази решти закріплених чинним законодавством України суттєвих ознак фактичних шлюбних відносин не дозволяє суду визнати факт перебування у фактичних шлюбних відносинах, якщо фактичне подружжя з тих чи інших причин постійно не проживає разом.

**Висновки.** Отже, узагальнюючи досліджене вище, вбачається, що чинним законодавством України не передбачений чіткий перелік доказів, який має бути наданий стороною, що не перебуває в офіційно зареєстрованому шлюбі, з метою встановлення судом факту її перебування у фактичних шлюбних відносинах, до того ж сторонам у справі надана певна дискреція щодо вибору доказів. Тобто сторони в суді можуть надавати будь-які дані, які відповідають загальним вимогам до доказів, передбачених цивільним процесуальним законодавством. Однак можна дійти висновку, що такі докази першочергово мають бути направлені на підтвердження встановлених Сімейним кодек-

сом ознак фактичного шлюбу, причому наведені в законі ознаки мають бути доведені стороною кумулятивно. Незважаючи на відсутність вимоги про необхідність доказування певного строку співжиття однією сім'єю, треба мати на увазі, що поряд із доведенням передбачених Сімейним кодексом умов подружжю треба доводити суду передбачену судовою практикою «усталеність» власних стосунків. Утім, якщо фактичні чоловік і дружина обоє стверджують суду про своє фактичне співжиття протягом певного періоду часу, це значно спрощує процедуру розгляду справи судом, оскільки необхідність дослідження доказів у суду взагалі зникає.

### Література

1. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/1618-15>.
3. Маркович Х. Поділ спільного майна у фактичних шлюбних відносинах: теоретичний та практичний аспекти. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: «Юридичні науки»: зб. наукових праць. 2016. № 850. С. 399–405.
4. Цірат А. Спільне проживання без офіційного оформлення, але з юридичними наслідками. *Юридична газета*. 2008. № 10–11. С. 18–19.
5. Постанова Пленуму ВСУ №11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/v0011700-07>.
6. Андреева Н. Поняття та ознаки фактичних шлюбних відносин. *Європейські перспективи*. 2014. № 3. С. 177–181. URL: [file:///C:/Users/User/Downloads/evpe\\_2014\\_3\\_31%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/evpe_2014_3_31%20(2).pdf)
7. Івашкова Т. До питання правових наслідків перебування у фактичних шлюбних відносинах. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. № 2. 2011. С. 110–117.
8. Лященко Н. Мельник З. Судова практика розгляду справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення (Витяг). *Вісник Верховного Суду України*. №8(144). 2012. С. 17–33.
9. Рішення Автозаводського районного суду м. Кременчука від 27.12.2013 у справі № 524/2460/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36791938>.
10. Пашинський А. Майнові відносини у цивільному шлюбі. Порівняльно-правовий аналіз. *Юридична газета*. №22(572). 2017. С. 20–21. URL: [http://www.vkp.ua/content/news/files/yug\\_1496135213\\_ua.pdf](http://www.vkp.ua/content/news/files/yug_1496135213_ua.pdf).
11. Постанова Верховного Суду України від 20.02.2012 р. у справі № 6–97цс11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/22207362>.

### Анотація

**Бойків І. М. Особливості доказування у справах про встановлення факту перебування подружжя у фактичних шлюбних відносинах.** – Стаття.

У статті надано теоретичне дослідження особливостей доказування у справах щодо встановлення судом

факту перебування подружжя у фактичних шлюбних відносинах. Автором виділено складові предмета доказування, окреслено та проаналізовано відповідні докази, якими кожна з них може бути підтверджена суду.

*Ключові слова:* шлюб, фактичні шлюбні відносини, фактичний шлюб, докази, суд, судова практика.

#### Аннотація

**Бойків І. М. Особенности доказывания по делам об установлении факта пребывания супругов в фактических брачных отношениях.** – Статья.

Статья представляет собой теоретическое исследование особенностей доказывания по делам об установлении судом факта пребывания супругов в фактических брачных отношениях. Автором выделены составляющие предмета доказывания, обозначены и проанализированы соответствующие доказательства,

которыми каждая из этих составляющих может быть подтверждена перед судом.

*Ключевые слова:* брак, фактические брачные отношения, фактический брак, доказательства, суд, судебная практика.

#### Summary

**Boikov I. M. Features of evidence in proceedings concerning establishment of the fact of actual marital relations existence between couple.** – Article.

The article is devoted to a theoretical study of the peculiarities of evidence before the court in cases concerning the establishment of the fact of actual marital relations existence between couple. The author identifies the key components of the subject of evidence, outlines and analyzes the relevant evidence proving them.

*Key words:* marriage, actual marital relations, actual marriage, evidence, court, judicial practice.

УДК 347.1

*О. П. Гуйван**здобувач кафедри цивільного права і процесу  
Харківського національного університету внутрішніх справ*

## ПРЕВЕНТИВНИЙ ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ІНФОРМАЦІЙНИХ РЕСУРСІВ: ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Сьогодні значна увага приділяється удосконаленню організаційних заходів захисту інформації щодо дотримання правил роботи з інформаційними ресурсами. Власне, будь-який компонент інформаційного середовища – апаратні засоби (комп'ютери та їх складові, програмне забезпечення) і персонал – може бути підданий зовнішньому впливу, вийти з ладу, отримати пошкодження чи інші загрози. Мова йде про визначення певного переліку дозволених (безпечних) і заборонених (небезпечних) станів. У даному контексті має набути визначеності поняття інциденту інформаційної безпеки як будь-якої небажаної, непередбачуваної події, що може порушити діяльність системи чи інформаційну безпеку. Такими загрозами вважаються системні збої, зокрема у програмному забезпеченні, перевантаження, неконтрольовані зміни систем, відмови технічних засобів, порушення правил доступу. До інформаційно-безпекових інцидентів, внаслідок існування яких порушуються певні властивості інформації, інфраструктури чи завдається шкода об'єктам інформаційних систем, також варто віднести такі ризики суб'єктивного характеру, як помилки користувачів і персоналу, недотримання політики або рекомендацій з інформаційної безпеки, втрата послуг, обладнання та приладів, порушення фізичних засобів захисту. З огляду на різний характер, походження та спрямованість загроз повинен бути напрацьований системний захист від інформаційних правопорушень.

Найбільш адекватний рівень інформаційної безпеки досягається у випадку застосування комплексного підходу, що охоплює не лише організаційні методи захисту, а й програмно-технічні, адміністративні та правові. Зокрема, серйозна роль у забезпеченні безпеки належить системам захисту інформації, різним програмам, які здійснюють захист серверів та окремих користувачів мережі Інтернет від зловмисних дій хакерів, здійснюваних ними ззовні, захист секретної, конфіденційної та особистої інформації від доступу до неї сторонніх осіб і цільового її спотворення, захист від витоку інформації по побічних каналах (по мережах живлення, каналу електромагнітного випромінювання від комп'ютера чи монітора тощо), захист від шпигунських приладів, облаштованих безпосередньо в комплектуючих комп'ютера, забезпечення безпечної передачі інформації та контро-

лю за цілісністю інформаційно-передавального процесу, організації антивірусного захисту і тому подібне [1, с. 65]. У цій сфері неабияке значення має економічна доцільність використання технічних засобів захисту. Вона значною мірою полягає у співставленні затрат на охорону та передбачуваних збитків, яких вдасться запобігти. Інакше кажучи, сума шкоди, наприклад, при зламі системи захисту інформації має перевищувати вартість розроблення і запровадження засобів комплексного захисту інформації.

Вказані засоби правового захисту електронної та комп'ютерної інформації наразі є вкрай важливим елементом діяльності кожної установи, компанії, як державної, так і недержавної форми власності, як великої, так і малої. Окремі об'єкти, такі, як банки, органи державного управління, оборонні підприємства, транспортна інфраструктура, промислові інформаційні мережі тощо, потребують запровадження особливих заходів правового захисту й охорони даних. Це, наприклад, пов'язано з посиленням вимог до якості та комплектації комп'ютерних інформаційних систем відповідно до змісту, характеру і значення завдань, які вони вирішують.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання інформаційної безпеки та захисту інформації було досліджено в працях таких науковців, як: І. Арістова, В. Голубєв, В. Гриценко, О. Дзьобань, Р. Калюжний, М. Кареліна, Б. Кормич, В. Ліпкан, С. Ляшко, Ю. Максименко, В. Печенкін, В. Цимбалюк, О. Юдін та інші. Водночас вказані роботи переважно були зосереджені на питаннях організаційного та правового реагування на реальні правопорушення та загрози, які відбуваються в інформаційному середовищі. Одночасно недостатньо вивченим залишається питання юридичного забезпечення превентивних заходів, спрямованих на попередження майбутніх ризиків щодо витоку інформації, несанкціонованого доступу до неї, охорони матеріальних інформаційних носіїв та електронного і комп'ютерного обладнання. Тож метою статті є на основі вивчення різних доктринальних підходів з'ясувати правовий зміст, реальну сутність і порядок застосування таких охоронних засобів, як превентивні дії праволодільця з метою захисту інформації як об'єкта посягання.

Система інформаційного захисту мусить невинно розвиватися, працюючи на випередження

у розвитку інформаційних загроз, що розглядаються в цій праці. Концепція інформаційної безпеки, зокрема при використанні методів охорони в мережах і комп'ютерних системах, може стати ефективною та дієвою, якщо буде постійно оновлюватися, ґрунтуватися на останніх наукових розробках у сфері права, техніки, управління тощо. Це дасть змогу уникнути нових, щораз більш досконалих і витончених атак і запобігти шкідливим наслідкам. Інакше кажучи, забезпечення інформаційної безпеки не є разовим актом, цей процес буде розвиватися і вдосконалюватися, допоки будуть існувати загрози, а останні здійснюватимуться, поки існуватиме предмет посягання – інформація.

Отже, в інформаційній сфері одним із визначальних напрямків правової охорони є захист інформації. Цьому питанню з огляду на появу нових технологій, розвиток комп'ютерних систем збереження та оброблення інформації наразі приділяється підвищена увага. Бо для того, щоб відповідати сучасним вимогам, ефективність інформаційного захисту мусить зростати разом з удосконаленням технічних аспектів архітектури збереження даних. Сучасна система оброблення даних та інформації є досить складною, вона містить значну кількість компонентів, які, у свою чергу, складаються із блоків та елементів різного ступеня автономності. Усі ці складові системи між собою взаємопов'язані та здійснюють постійний обмін даними. У свою чергу загроза інформаційним ресурсам стала підставою того, що забезпечення інформаційної безпеки набуло значення однієї з обов'язкових характеристик інформаційної системи. Особи – власники інформації (економічної, політичної, правової, індивідуальної та іншої) повинні розробляти необхідну документацію із захисту інформації, нормативні та рекомендаційні положення, здійснювати відповідне технічне оснащення. Усе це спрямоване на запобігання проникненню зловмисників до інформаційних носіїв, технічним негараздам і виходам із ладу апаратних і програмних засобів, помилкам персоналу.

Правовий захист в інформаційній сфері спрямований на гарантування недоторканості суб'єктивних прав носія та забезпечення їхньої вільної реалізації, охорону від вчиненого чи можливого правопорушення. До того ж як інформаційне порушення слід розглядати таке, що завдає шкоди (небезпеки) інформаційним правам або свободам людини й громадянина, інформаційній інфраструктурі держави або скоюється за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій чи засобів зв'язку [2]. Порушення інформаційних прав особи як необхідного кваліфікаційного предмета повинні мати об'єкт, стосовно якого вони вчиняються. Таким об'єктом є інформація у ви-

гляді документованих або публічно оголошених відомостей про події та явища, що відбуваються в суспільстві, державі й навколишньому середовищі. Ці явища можуть відбуватися в галузі політики, економіки, культури, охорони здоров'я, а також у соціальній, екологічній, міжнародній та інших сферах. Одночасно в різних випадках інформація може відігравати як головну, так і другорядну роль. Суб'єктами інформаційних відносин, а відтак і можливими правопорушниками є громадяни України, юридичні особи й держава, інші держави, їх громадяни та юридичні особи, міжнародні організації й особи без громадянства.

Серед основних загроз інформаційній безпеці вважаються такі, як несанкціонований доступ до інформації, витоки її, розголошення, пошкодження, зокрема спотворення, знищення як самої інформації, так і її носіїв. Практика показує, що закладена в основу нормативного регулювання презумпція попереджувального значення закону, на жаль, не працює задовільно. Нормативні приписи мають ефект лише тоді, коли потенційний порушник усвідомлює, що він може понести кару за несанкціонований доступ до інформації, незаконне втручання в діяльність інформаційних систем тощо. Тож з огляду на проблемність із пошуками та притягненням до відповідальності зловмисників в інформаційному середовищі наразі створюється та задіюється велика кількість шкідливого та шпигунського продукту, використання якого спрямовується на пошкодження контенту в базах даних і документів, що зберігаються в комп'ютерних мережах. Постійні оновлювання, поповнювання й удосконалення таких програм змушують володільців інформаційних ресурсів постійно модернізувати системи безпеки. Адже загальні цивільно-правові способи захисту від подібних правопорушень у вигляді відшкодування нанесеної шкоди часто виявляються просто фізично неможливими.

Звісно, цивільно-правове законодавство передбачає можливість особи, чиє суб'єктивне право порушене, захистити його в різний спосіб. Як головний і найбільш поширений із них розглядається звернення управненої особи до компетентних органів держави з вимогою про захист порушеного чи оспорюваного права. Це один із найбільш дієвих засобів захисту для носіїв суб'єктивних цивільних прав. Зокрема, подібний захист може мати судову форму реалізації, і подібна можливість входить до змісту суб'єктивного матеріального права на позов [3, с. 38–39]. Водночас судовий спосіб захисту порушеного цивільного права не є єдиним варіантом реалізації права на захист. Тим більше, що держава не завжди може оперативно та в прийнятній для суспільства формі забезпечити примусовий захист права. Ст. 20 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) чітко вказує про те,

що право на захист здійснюється особою на свій розсуд [4, с. 13]. Цю норму слід розуміти так, що особа має право вирішувати не лише питання про захист чи відмову від нього, а й обирати відповідні його форму та спосіб.

У випадку, коли охоронне правовідношення виконується без звернення до державного юрисдикційного органу, право на захист може здійснюватися шляхом активної поведінки самого уповноваженого. Логічно, що при цьому акценти робляться на застосуванні механізму, пов'язаного з перешкоджанням вчиненню протиправних дій щодо інформації або інформаційних ресурсів. Такі діяння мають превентивний характер. З правової точки зору вони спрямовані на закріплення повноважень суб'єктів правоохоронного процесу на попереджувальні акти стосовно охорони інформаційних прав та інтересів громадян й організацій. Подібним заходам превентивного характеру через специфіку охоронюваного об'єкта надається перевага навіть у межах комплексного системного регулювання з урахуванням задіяння організаційних, технічних та адміністративних заходів. Це дає змогу визнати такий спосіб захисту як основний, коли йдеться про перешкоджання правопорушенням у сфері інформаційної безпеки, зокрема за наявності посягань на право власності на інформацію.

Як правило, факт наявності посягання визнається внаслідок фіксації реалізації загрози – впливу небезпечного явища на певний інформаційний об'єкт, що має конкретні просторові та часові координати. Водночас чинне законодавство передбачає можливість протидії таким протиправним діянням не лише після їхнього настання, а й за наявності реальних і визначених підстав вважати конкретні загрози реальними та шкідливими. Відтак можливість запобігання подібному впливу, його профілактика, усунення та мінімізація негативних наслідків цілком охоплюються ідеологією охоронного правовідношення, і подібні вчинки є складовою частиною правового статусу уповноваженої особи. Це досить показово саме в царині інформаційних взаємин, позаяк тут загрози охоронюваному благу пов'язані з діяльністю людини, що носить протиправний характер чи набуде його надалі.

Інформаційна безпека в коментованій царині здійснюється в межах заходів охоронного типу та має значні відмінності від класичних правозахисних функцій. До того ж варто відділяти превентивні функції, що реалізуються в даній сфері, від функцій, спрямованих на реагування на правопорушення, яке відбулося. Для інформаційних відносин і, зокрема, для інформаційної безпеки прикметним є надання значного пріоритету саме першій із наведених категорій. Адже, як відомо, краще попередити можливе правопорушення,

ніж усувати його наслідки. На відміну від цивільно-правового поняття «захист права», під яким розуміється здійснення захисних повноважень у межах охоронного правовідношення, яке почалося після порушення, а відповідні заходи спрямовані на відновлення нормального стану права та покарання зловмисника, превентивні заходи спрямовуються на запобігання факту правопорушення, і подібні дії охоплюються більш широким визначенням «охорона права».

Самозахист вважається законним і допускається за наявності очевидної небезпеки порушення цивільного права, існування фактичної спроможності щодо припинення (попередження) порушення власними силами, адекватності заходів ступеню небезпеки, яка загрожує носієві охоронюваного суб'єктивного права. Відповідно до припису ст. 1169 ЦКУ при застосуванні таких заходів у випадку протиправних посягань порушнику може бути заподіяна шкода. Скажімо, вийде з ладу його обладнання, за допомогою якого він посягав на несанкціоноване отримання конфіденційної інформації. Щоб вказані дії, пов'язані з нанесенням шкоди в результаті охоронних діянь не кваліфікувалися як неправомірні, закон встановлює відповідні нормативні ознаки: у результаті самозахисту від протиправних посягань не були перевищені межі необхідної оборони. До того ж слід враховувати особливості цивільного захисту порушеного права, зокрема, важливість блага, якому загрозувало посягання, характеристику способу здійснення загрози та захисту, відсутність елементів злочину в самому неправомірному діянні та заході протидії йому. Запровадження вказаного механізму покладає на правозастосовні органи серйозне завдання: встановлення в разі виникнення спірних ситуацій у кожному окремому випадку меж здійснення охоронного права, виходячи з аналізу співвідношення усунутої та вірогідної шкоди і своєчасності реагування.

Недотримання вказаного принципу, що часто виявляється у неправильному встановленні фактичного стану, на практиці проявляється у рішеннях, коли судові органи розглядають правомірні дії розпорядника інформації як правопорушення, і навпаки. З урахуванням недосягнення поки що однозначності в правозастосовній практиці щодо питань обґрунтованості реальності загрози й адекватності охоронних превентивних заходів, не може набутися подальшого розвитку і концепція, що має поширення в літературі, стосовно встановлення правової відповідальності не тільки за завдану шкоду, але і за «делікт створення небезпеки» [5, с. 798–802]. Вважаємо, що навряд чи можна в такий спосіб тлумачити приписи Цивільного кодексу про захист права власності, адже ст. 386 ЦКУ не передбачає відшкодування шкоди в разі наявності у власника підстав передбачати

можливість порушення свого права власності іншою особою. А норми гл. 82 даного акту прямо не визнають загрозу заподіяння шкоди підставою настання цивільної відповідальності. Тож можливість утілення юридичної концепції про необхідність перенесення деліктної відповідальності «на більш ранній ступінь, коли протиправне діяння створює можливість заподіяння шкоди або коли сама діяльність має небезпечні властивості» залежить від доктринальної та правозастосовної визначеності поняття «очевидна загроза», яке не має опрацьованості й однозначного усвідомлення.

Отже, як бачимо, заходи самозахисту як оборонного, так і превентивного характеру, мають бути адекватними обсягам можливого посягання на суб'єктивне право, повинні мати чіткі межі свого здійснення, одночасно будучи втіленням правопорядку в суспільстві [6, с. 38]. Здійснення правової охорони шляхом вчинення заходів самозахисту можливе до початку фізичних дій посягачого від моменту, коли виникла реальна загроза посягання [7, с. 14–16]. До того ж ознака реальності посягання є визначальною для кваліфікації вказаних превентивних дій як правомірних засобів самозахисту. Саме в цьому полягає юридична відмінність між поняттями «охорона» та «захист» суб'єктивного матеріального права.

Скажімо, встановлення на входних дверях у приміщеннях серверних спеціальних пристроїв, які здатні перешкодити проникненню та запобігти порушенню речового права на інформацію, або приладів, пов'язаних з її обробкою, треба кваліфікувати як загально-охоронні заходи, а не як спосіб захисту, попри зворотне твердження окремих цивілістів [8, с. 116–117]. Якщо у випадку їхнього задіяння при правопорушенні з боку певного суб'єкта останньому було завдано серйозної шкоди, за загальним правилом, це не буде вважатися діянням, вчиненим у стані самозахисту. І навпаки, якщо особа чітко знає, що на її суб'єктивне право чи законний інтерес відбудеться конкретне посягання, або сукупність наявних факторів свідчить про реальність такої можливості, вчинення тих самих дій, що й у попередній ситуації, мусимо кваліфікувати як заходи самозахисту. Беручи до уваги викладене, заходи самостійної реалізації зазначених охоронних повноважень щодо захисту цивільних прав у разі їхнього оскарження до суду можуть бути визнані неадекватними не тільки з огляду на невідповідність їхнього змісту нормам законодавства, моральним засадам суспільства та конкретній обстановці, а й зважаючи на їхню віддаленість від моменту порушення. Скажімо, якби дії фактичного плану були вчинені під час нападу або коли мала місце реальна його загроза, їх можна було б кваліфікувати як правомірні односторонні дії управленої особи. Коли реагування почалося піс-

ля закінчення нападу, воно не може бути віднесене до заходів самозахисту [9, с. 22].

Як підкреслювалося у цивілістичній літературі, охоронні дії із самозахисту в цивільно-правовому значенні цього терміна притаманні, як правило, захисту абсолютних суб'єктивних прав, зокрема речових [10, с. 17–18]. З огляду на те, що Цивільний кодекс України кваліфікує інформацію як різновид особистих нематеріальних благ особи, такий захист, як превентивні заходи охоронного типу, є не тільки можливим, а й прямо санкціонованим у нормативному порядку. Те ж саме можемо сказати про захист носіїв інформації, елементів електронних систем, мереж, комп'ютерного та іншого обладнання. Адже в цьому випадку попереджувальні охоронні дії вчиняються власником із метою запобігання протиправним посяганням. Наприклад, встановлення антивірусної програми має превентивне значення для захисту програмного забезпечення та обладнання від майбутнього знищення чи пошкодження, тож вони цілком охоплюються поняттям правомірних дій охоронного типу. У такий спосіб захищається абсолютне право власності шляхом здійснення заходів самооборони.

Зважаючи на викладене, треба зробити певні висновки. Сьогодні інформаційний обіг і відповідні технології є невід'ємним елементом нашого життя, за допомогою мережевих технологій наразі регулюються практично всі сторони суспільних відносин. Дані процеси потребують підвищеної уваги як науковців, так і законодавця, бо вони мають досить специфічний предмет дослідження та регулювання, особливістю цих відносин є наявність технічного компонента, інформаційне наповнення, особливий суб'єктний склад. Тож нормативно-правовий інструментарій у цій сфері повинен розбудовуватися з урахуванням не тільки особливостей правової, інформаційної та технічної природи, але також зважаючи на складні соціально-політичні, гуманітарні, морально-етичні зв'язки, які створюються в соціумі навколо та всередині інформаційного середовища.

До того ж з огляду на те, що інформаційний оборот шляхом використання технічних засобів оброблення і передачі даних постійно зростає та поглиблюється, охоплюючи практично всі галузі діяльності суспільства, величезне значення надається питанням організації та забезпечення інформаційної безпеки. У разі порушення чи наявності вагомих підстав вважати, що існує реальна загроза порушення інформаційних прав особи, носій абсолютних прав може захищати їх як шляхом відповідного реагування на вчинене посягання (відновлення становища, що було до порушення, відшкодування збитків і моральної шкоди, заборона подальших дій, що порушують право тощо), так і шляхом задіяння превентив-

них механізмів. Останні полягають у вчиненні дій охоронного типу, які є адекватними характеру та рівню передбачуваних загроз і спрямовані на запобігання ризикам, фізичному недопущенню посягань і припиненню правопорушення в момент його початку. Відтак не можна розглядати судову чи несудову санкцію, що реалізується в межах охоронного правовідношення, лише як механізм спонукання правопорушника до виконання встановленого правила поведінки, тобто розуміти санкцію тільки в контексті її відновлювального значення. Цивільно-правова санкція має й інші функції: компенсаторну, штрафну, попереджувальну тощо. У статті з'ясовано, що превентивний захист інформаційних прав як прояв самозахисту є основним способом у даній сфері охоронно-правових відносин. Адже для правоволодільця часто неможлива, а іноді й недоцільна подальша реалізація повноваження, закладеного в порушеному праві. Натомість наявність самої можливості протидії та застосування заходів самозахисту суттєво впливає на належність виконання зобов'язаною особою в абсолютних відносинах свого регулятивного обов'язку – не перешкоджати уповноваженому реалізувати своє право.

### Література

1. Токарев А. Системы защиты информации как основа информационной безопасности, и методы повышения эффективности функционирования данных систем. Территория науки. 2013. № 3. С. 63–67.
2. Максименко Ю. Інформаційні правопорушення: поняття та ознаки. Глобальна організація союзницького лідерства. URL: <http://www.goal-int.org/informacijni-pravororushennya-ponyattya-ta-oznaki>.
3. Мотовиловкер Е. Право на иск в механизме защиты субъективных гражданских прав. Механизмы защиты субъективных гражданских прав: сб. науч. тр. / Под ред. В.В. Бутнева, Ярославль: ЯрГУ, 1990. С. 36–46.
4. Антонюк О. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 212 с.
5. Боброва Д. Зобов'язання, що виникають зі створення небезпеки при порушенні довкілля. Зобов'язальне право: теорія і практика. К.: Юрінком Інтер, 1998. 912 с.
6. Сидельников Р. Легітимація і легалізація самозахисту цивільних прав. Проблеми законності. 2003. Вип. № 59. С. 34–39.
7. Витрянский В. Судебная защита гражданских прав: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1996. С. 44 с.
8. Страунинг Э. Самозащита гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. 167 с.
9. Луць В. Строки захисту цивільних прав. Конспекти лекцій зі спецкурсу. Львів: ЛДУ, 1993. 60 с.

10. Завидов Б. Гражданские права предпринимателей нуждаются в защите / Б. Завидов, О. Гусев. Законодательство и экономика. 2000. № 8. С. 6–20.

### Анотація

**Гуйван О. П. Превентивний правовий захист інформаційних ресурсів: особливості регулювання.** – Стаття.

У статті проаналізовано теоретичні та практичні засади організації захисних правових дій, спрямованих на перешкоджання протиправним посяганням в інформаційному середовищі. Встановлено, що дії уповноваженої на захист особи можуть вчинятися як у судовому, так і позасудовому порядку. До останнього засобу відносяться превентивні дії охоронного змісту. Вони забезпечують запобігання незаконному доступу до інформації, припинення протиправних загроз, уникнення шкоди. Такі діяння охоплюються цивільно-правовим змістом охорони суб'єктивного права.

**Ключові слова:** охорона права, превентивний захист, безпека інформації.

### Аннотация

**Гуйван О. П. Превентивная правовая защита информационных ресурсов: особенности регулирования.** – Статья.

В статье проанализированы теоретические и практические основы организации защитных правовых действий, направленных на препятствование противоправным посягательствам в информационной среде. Установлено, что действия управомоченного на защиту лица могут совершаться как в судебном, так и внесудебном порядке. К последнему средству относятся превентивные действия охранительного содержания. Они обеспечивают предотвращение незаконного доступа к информации, прекращение противоправных угроз, избежание вреда. Такие действия охватываются гражданско-правовым содержанием охраны субъективного права.

**Ключевые слова:** охрана права, превентивная защита, безопасность информации.

### Summary

**Guyvan O. P. Preventive legal protection of information resources: the features of regulation.** – Article.

The article analyzes the theoretical and practical foundations of the organization of protective legal actions aimed at preventing illegal encroachments in the information environment. It is established that the actions of the person authorized for protection can be carried out both in judicial and extrajudicial order. The latter means preventive actions of protective content. They ensure the prevention of illegal access to information, the cessation of illegal threats, avoidance of harm. Such actions are covered by the civil law content of the protection of subjective law.

**Key words:** protection of rights, preventive protection, information security.

УДК 347.788

**І. В. Зайцева-Калаур**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри економічної безпеки та фінансових розслідувань  
Тернопільського національного економічного університету

## ДО ПИТАННЯ ПРО НЕДІЙСНІСТЬ АВТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ

Конституція України задекларувала недоторканість прав громадян на результати їхньої інтелектуальної творчої діяльності та недопустимість використання цих результатів без згоди автора. Однією з договірних моделей, яка слугує правовим інструментарієм надання такої згоди, є авторський договір, покликаний забезпечити суспільне споживання продукту духовної творчості. Тому вкрай важливим було й залишатиметься на всіх етапах розвитку людського суспільства конструювання такої моделі договірної використання продукту творчої діяльності, яка б адекватно сприяла духовному збагаченню людини та мінімізувала правові перешкоди в її використанні. З огляду на сказане, питання недійсності авторського договору є не менш важливим у дослідженні, як й інші особливості цієї договірної конструкції.

Сформульовані в статті теоретичні висновки ґрунтуються на загальних досягненнях юридичної науки, зокрема на результатах досліджень таких вітчизняних вчених, як Т. Вахонєвої, А. Домбругової, О. Жилінкової, А. Кодинець, А. Коноваленка, В. Крижної, О. Яворської. Вивчення та аналіз праць цих науковців дали змогу визначити й оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та проаналізувати питання, що постають на сучасному етапі в досліджуваній сфері.

Метою наукової роботи є доктринальне вирішення питання правових наслідків недотримання письмової форми авторського договору.

Ст. 204 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [1] передбачена презумпція правомірності правочину. Правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Сучасне цивільне законодавство виокремлює два види недійсних правочинів: нікчемні й оспорювані. Оспорюваним є правочин, юридична сила якого може бути оскаржена в судовому порядку в силу недотримання під час вчинення такого правочину вимог, передбачених нормами ЦК України. Нікчемним є правочин, недійсність якого встановлена законом. Так, у ст. 1107 ЦК України передбачено, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі. У разі недотримання письмової форми такий договір є нікчемним.

У ст. 1107 ЦК України законодавець визначив орієнтовний перелік цивільно-правових догово-

рів, якими опосередковується розпорядження виключними майновими правами інтелектуальної власності, вказуючи у п. 5 ч. 1 цієї статті «інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності». Цими договорами в ст. 1107 ЦК України визначено такі: ліцензійний договір, договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Отже, поміж видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в цій статті авторський договір не зазначено. Тому постає питання: чи поширюватиметься норма ЦК України (п. 2 ч. 2 ст. 1107) про нікчемність договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у разі недотримання його письмової форми на авторський договір, чи необхідно застосовувати загальні положення ЦК України про форму правочинів, якими передбачено, що недотримання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність? Заперечення однією зі сторін факту вчинення правочину або оспорювання певних його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо запису, відеозапису та іншими доказами. Через те, окремі дослідники вважають, що основним негативним наслідком недотримання простої письмової форми авторського договору є неможливість посилання на показання свідків під час виникнення того чи того спору [2, с. 26].

Чинне законодавство не містить визначення авторського договору, але проаналізувавши відповідні норми Закону України (далі – ЗУ) «Про авторське право і суміжні права» [3], можна дійти висновку, що за цим договором одна сторона (автор) передає чи зобов'язується передати іншій стороні (користувачеві) дозвіл на використання твору певним чином або ж передати частково або повністю майнові права на твір, а користувач зобов'язується сплатити авторові за це певну винагороду.

Сутність авторського договору в ЗУ «Про авторське право й суміжні права» дозволяє зробити висновок, що категорією «авторський договір» у вказаному законодавчому акті позначено такі три договірні моделі: договір про передання (відчуження) автором твору чи іншою особою, яка має

авторське право їхніх майнових прав, договір про надання ними іншим особам дозволу на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами, а також договір про створення твору в майбутньому та передання його замовникові.

Отже, у сфері використання творів науки, літератури й мистецтва авторський договір є прототипом ліцензійного договору, договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності та договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. Ми робимо такий висновок, спираючись на порівняльний аналіз норм-дефініцій гл. 75 ЦК України та ЗУ «Про авторське право й суміжні права».

Зокрема, відповідно до змісту ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог закону. Така ж можливість (щодо конкретних об'єктів інтелектуальної власності – творів науки, літератури і мистецтва) передбачена в ст. 32 ЗУ «Про авторське право й суміжні права» на основі авторського договору.

Аналогічний висновок можна зробити щодо авторського договору та договору про передавання майнових прав інтелектуальної власності (порівнюючи зміст ст. 1113 ЦК України та ст. 31 ЗУ «Про авторське право й суміжні права»), а також договору про створення за замовленням і використанням об'єктів інтелектуальної власності (порівнюючи зміст ст. 1112 ЦК України та ч. 6 ст. 33 ЗУ «Про авторське право й суміжні права»).

У юридичній літературі запропоновано різні підходи до вирішення питання співвідношення авторського договору із договорами, що опосередковують відносини розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Так, В. Коноваленко переконаний, що договори, відповідно до яких здійснюється розпорядження майновими правами, мають одну назву в ЦК України, а іншу – у Законі про авторське право. Дослідник вважає, що договір один, а назви різні й це жодним чином не впливає на їхню суть [4, с. 203].

Аналізуючи постанову Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [5], О. Яворська зауважує, що «серед видів договорів стосовно розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, що наведені у ст. 1107 ЦК України, авторський договір не зазначено. Проте такий стан не викликає сумнівів щодо його легітимності, адже перелік договорів у ЦК України є невичерпним, а норми Закону «Про авторське право й суміжні права» підлягають застосуванню

як спеціальні щодо норм ЦК України [6, с. 306]. Отож, підтримуючи позицію дослідниці, можемо стверджувати, що авторський договір є одним із видів договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, який має визначену сферу застосування – авторське право.

Іншу позицію у вирішенні питання місця авторського договору в системі цивільно-правових договорів висловлює О. Жилінкова, вказуючи, що договори щодо розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права становлять окремий тип цивільно-правових договорів поряд з іншими видами договірних зобов'язань. Виділення цих договорів в окремий тип зумовлено специфічним предметом, який має нематеріальний характер [7, с. 104].

Підтримуючи дискусію у вирішенні зазначеної нами проблеми, В. Крижна вважає, що більш доцільно говорити про існування таких типів договорів, як договір про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності, ліцензійні договори та договори замовлення, а вже всередині цих типів договорів проводити розмежування на види, зокрема й стосовно об'єктів авторського права [8, с. 14].

У доктринальних дослідженнях авторського договору зустрічаються й інші наукові позиції, зокрема ліцензійний договір на твір розцінюють як різновид авторського договору [9].

Ми підтримуємо наукову позицію, що юридична категорія «авторські договори» дозволяє лише визначити майбутню сферу використання об'єкта та власне об'єкта інтелектуальної власності, проте не визначає договірний тип розпорядження правами на результати інтелектуальної діяльності [10, с. 7].

Різновекторність підходів науковців щодо вирішення питання місця авторського договору в сімействі цивільно-правових договорів обумовлена незначними напрацюваннями пошуків критеріїв систематизації та побудови системи договорів, що опосередковують відносини розпорядження виключними майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності.

Побудова досконалої системи договорів є запорукою ефективного моделювання цивільно-правових норм у сфері договірних зобов'язань, адже науково обґрунтована система договорів дає змогу виявити специфіку тих чи інших договірних відносин і виробити для них правову регламентацію, адекватну тенденціям розвитку майнового обороту [11, с. 64].

Проте необхідно зауважити, що за будь-яких наукових підходів до систематизації договорів та обрання критеріїв їхньої диференціації, дослідники завжди виокремлювали як окремий договірний тип договори, за якими передаються виключні права на об'єкти інтелектуальної власності. Кри-

терієм відмежування цього договірного типу від інших є мета їхнього укладання – розпорядження майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності.

За характером розпорядження можна виокремити в межах досліджуваного нами договірного типу такі підтипи договорів: договори, за якими передаються (відчужуються) виключні майнові права інтелектуальної власності, договори, за якими надається дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності та договори, за якими створюються за замовленням і використовуються замовником об'єкти права інтелектуальної власності. Кожен із них має свої особливості залежно від сфери їхнього укладання, а коли йдеться про розпорядження правами на твори науки, літератури й мистецтва – ще й спеціальну назву – «авторський договір». Отже, «авторський договір» не вказує на тип відповідної договірної конструкції, а тільки надає можливість визначити об'єкт стосовно якого укладається договір [10, с. 7].

Указані договори є видовою гамою договірного типу, зовнішнім системоутворювальним зв'язком якого слугує їхня спрямованість на передання майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності. Проте кожна розглянута нами договірна модель розпорядження майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності має власну видову систему договорів, кожен із яких обумовлений предметом цих договірних конструкцій. Не вдаючись до детального аналізу можливості розпорядження окремими об'єктами інтелектуальної власності, зауважимо, що одним із можливих способів систематизації досліджуваних нами договірних конструкцій є використання ступеневої систематизації явищ, яка передбачає застосування поділу самостійного критерію диференціації на кожному етапі.

Ступенева система цивільно-правових договорів найбільш послідовно відповідає принципам моделювання сучасного правового регулювання договірних відносин у ЦК України, дає змогу виявити специфіку правової регламентації кожного окремо взятого із них і виробити уніфіковані правові норми для однотипних відносин. Спираючись на це, можемо стверджувати, що зазначена систематизація опосередковує два протилежні процеси – уніфікацію та диференціацію правового матеріалу в спектрі регулювання договірних відносин. Перший процес спрямований на моделювання правил поведінки, які властиві всім договорам окремо взятої групи й підлягають застосуванню, якщо спеціальними правилами не передбачено інших можливих варіантів поведінки. Диференціація правових норм, як полярний процес, зумовлена неповторністю складу окремих договірних відносин, що втілюється в життя через

відповідний поіменований договірний інститут [11, с. 67].

Як приклад, розглянемо питання недійсності авторського договору. Відповідно до ч. 1 ст. 33 ЗУ «Про авторське право й суміжні права» договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі. В усній формі може укладатися договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо). Проте вказаний законодавчий акт не вирішує питання правових наслідків недотримання письмової форми авторського договору, через що ми повинні звернутися до відповідних положень ЦК України.

У разі, коли авторський договір був би окремим договірним типом цивільно-правових договорів, необхідно було б застосовувати положення ст. 218 ЦК України «Правові наслідки недодержання вимоги щодо письмової форми правочину».

Проте авторський договір, як зауважувалось вище, є прототипом договірних конструкцій, визначених законодавцем у ст. 1107 ЦК України. На правові відносини, що опосередковуються цими договірними моделями, поширюється положення гл. 75 ЦК України, незалежно від того, чи укладається один із цих договорів щодо літературного твору, чи іншого об'єкта права інтелектуальної власності. Випадки, за яких договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може укладатися усно, встановлені законом. Прикладом цього є положення ст. 33 ЗУ «Про авторське право й суміжні права» де передбачено, що в усній формі може укладатися тільки договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо).

У ч. 2 ст. 1107 ЦК України встановлена вимога під загрозою нікчемності укладати договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в письмовій формі, що виключає можливість існування випадків застосування ст. 218 цього кодифікованого акту.

Необхідно зауважити, що норма ст. 1107 кодифікованого акту більшою мірою сприяє захисту виключних прав автора. Проте для ефективного її застосування на практиці необхідно доповнити п. 2 ч. 1 ст. 216 ЦК України словосполученням «використанні майнових авторських прав» після слів «наданій послугі». Таким чином, ст. 216 ЦК України необхідно викласти в такій редакції: «У разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, використанні майнових авторських прав, відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування».

### Література

1. Цивільний кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України від 16 січня 2003 р. № 435-4. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Вахонєва Т. Елементи та порядок укладання авторського договору. Теорія й практика інтелектуальної власності. 2016. № 5. С. 18-28.
3. Про авторське право й суміжні права: Закон України в редакції Закону від 11 липня 2001 р. № 2627-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 43. Ст. 214.
4. Коноваленко В. Авторське право у видавничій справі: практичний посібник для авторів, редакторів, видавців. Тернопіль: Богдан, 2010. 320 с.
5. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17 жовтня 2012 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.
6. Яворська О. Договори у сфері інтелектуально-го права: проблеми застосування чинного законодавства. IT право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів науково-практичної конференції. Львів: НУ «Львівська політехніка», 2016. 396 с. URL: [http://www.lp.edu.ua/sites/default/files/news/2016/3900/attachments/maket\\_it\\_konfer.pdf](http://www.lp.edu.ua/sites/default/files/news/2016/3900/attachments/maket_it_konfer.pdf).
7. Жилінкова О. Договори у сфері реалізації авторських прав на музичний твір. Харків: Ксилон, 2008. 212 с.
8. Договірні форми розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права: монографія / за наук. ред. Мироненко Н.; Київ: Інтерсервіс, 2014. 248 с.
9. Домбругова А. Авторський договір як підстава для використання творів. Юридичний вісник України. №24. URL: <https://pro.zakon-i-normativ.info/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=1&id=246888&menu=361802>.
10. Кодинець А. Договірні відносини у сфері передавання майнових прав інтелектуальної власності. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2015. № 2. С. 5-13.

11. Калур І. Договірні зобов'язання з передавання майна в користування: проблеми теорії та практики: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2014. 480 с.

### Анотація

**Зайцева-Калаур І. В. До питання про недійсність авторського договору.** – Стаття.

У статті розглянуто питання застосування положень Цивільного кодексу України під час вирішення питання недійсності авторського договору. Запропоновано внести зміни п. 2 ч. 1 ст. 216 Цивільного кодексу України.

*Ключові слова:* авторський договір, нікчемний договір, майнові права на об'єкти інтелектуальної власності, ліцензійний договір.

### Аннотация

**Зайцева-Калаур И. В. К вопросу о недействительности авторского договора.** – Статья.

В статье рассмотрены вопросы применения положений Гражданского кодекса Украины при решении вопроса недействительности авторского договора. Предложено внести изменения п. 2 ч. 1 ст. 216 Гражданского кодекса Украины.

*Ключевые слова:* авторский договор, ничтожный договор, имущественные права на объекты интеллектуальной собственности, лицензионный договор.

### Summary

**Zaitseva-Kalaur I. V. On the issue of the invalidity of the copyright agreement.** – Article.

The article deals with the application of the provisions of the Civil Code of Ukraine in resolving the issue of invalidity of the copyright contract. It is proposed to make amendments to clause 2 of Part 1 of Art. 216 of the Civil Code of Ukraine.

*Key words:* copyright contract, insignificant contract, property rights to intellectual property objects, license agreement.

УДК 347.9

**П. С. Захаров**  
аспірант кафедри правосуддя  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### СУТНІСТЬ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ У СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ВНАСЛІДОК ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНОЇ ПРИГОДИ

Проблеми доказування, його сутність, етапи та суб'єкти є одним із найважливіших питань у теорії цивільного процесу. Ми розглянемо питання про сутність доказування, адже суд під час здійснення правосуддя аналізує та оцінює докази не довільно, а керується встановленою законом процесуальною формою доказування.

У науковій юридичній літературі існують різні погляди на процес доказування. Відомі процесуалісти, такі як О.О. Грабовська, В.В. Комаров, М.К. Треушников, М.Й. Штефан, О.О. Штефан та інші присвячували свої роботи дослідженню доказів та доказування. Проте серед науковців і досі немає єдності в поглядах на ключові питання доказування.

Для з'ясування будь-якого правового явища, правової категорії слід зрозуміти її сутність. Термін сутність означає найголовніше, основне, істотне, у кому-, чому-небудь; зміст. У філософії цей термін інтерпретується як головне, визначальне в предметі, зумовлене глибинними зв'язками й тенденціями розвитку та пізнається на рівні теоретичного мислення [1, с. 462].

За своєю гносеологічною суттю доказування представляє один із різновидів пізнання дійсності людиною, в процесі якої встановлюється істинне знання.

Пізнання у філософії розглядається як суспільно-історичний процес діяльності людини, спрямований на відображення об'єктивної дійсності у свідомості людини [2, с. 253]. Тож суб'єктивний фактор у сприйнятті інформації про об'єкт пізнання є дуже високим. Адже кінцевий результат пізнавальної діяльності буде залежати не тільки від мети пізнання, а й від того, за допомогою яких способів і засобів суб'єкт його здійснює.

Пізнання спрямоване на одержання істинного знання про закони, процеси і явища дійсності. На відміну від пізнання в загальному філософському розумінні, судове пізнання має свій специфічний предмет, об'єкт, коло суб'єктів і обов'язкову форму пізнавальної діяльності, зважаючи на напрям нашого дослідження, закріплену цивільним процесуальним кодексом. Водночас слід пам'ятати, що кінцевий результат судового пізнання впливає на ухвалення законного й обґрунтованого рішення, тож завданням законодавця є максимальне звуження суб'єктивного фактору, що відо-

бражається в судовому рішенні. Саме це зумовлює особливі вимоги до суб'єктів пізнавальної діяльності й інструментарію, за допомогою якого вони можуть здійснювати пізнавальну діяльність.

Тривалий час у теорії доказового права існували погляди, що судове пізнання й судове доказування збігаються. Наприклад, відомий науковець із кримінального процесу М.М. Михеєнко вказував на те, що коли йдеться про гносеологічну сутність кримінально-процесуального доказування як про особливий різновид пізнання, слід ставити знак рівності між доказуванням і пізнанням і що судове пізнання та судове доказування тотожні види пізнавальної діяльності [3, с. 9]. Представники науки цивільного процесу, аналізуючи співвідношення пізнання й доказування, в цілому не заперечували концепції єдності цих понять. М.Й. Штефан зазначав, що пізнання складається з діалектичної єдності розумової й процесуальної діяльності суду й осіб, які беруть участь у справі, що відбувається в процесі подання, витребування, дослідження й оцінки матеріалів цивільної справи [4, с. 274].

Проте були й такі вчені-процесуалісти, які розмежовували ці поняття. С.В. Курильов указував на те, що доказування не пізнання, що воно існує для пізнання [5, с. 65.]. Досліджуючи сутність пізнання, М.А. Гурвич звертав увагу на те, що під доказуванням слід розуміти діяльність, метою якої є переконання суду, що ті факти, які їм розглядаються є істинними [6, с. 99]. О.Ф. Клейнман хоча прямо й не зазначав про розмежування цих понять, але це фактично підсумовувало його позицію стосовно того, що суб'єктами доказування є винятково сторони. Він пропонував виключити дослідження, перевірку й оцінку доказів із процесу доказування [7, с. 41].

Згодом Л.А. Ванеєва у своїх дослідженнях проблем пізнання та доказування висловила думку, що судове пізнання належить до діяльності суду, а доказування – до діяльності сторін та інших осіб, які беруть участь у справі і метою яких є доведення своїх вимог та заперечень [8, с. 31].

Сучасні дослідники науки цивільного процесу вказують, що судове доказування й судове пізнання є різними, хоча й взаємообумовленими видами процесуальної діяльності, які мають характеристики властиві лише їм [9, с. 71]. Розмірковуючи з

приводу того, як співвідносяться ці категорії, яка за свою суттю є більш ширшою й поглинає іншу, О.О. Грабовська вказує на те, що й пізнання, і доказування розпочинається з аналізу фактів та обставин. Вона доходить висновку, що ці поняття взаємообумовлені та нерозривно взаємопов'язані. Але підсумовуючи, вона стверджує, що доказування неможливе без пізнання, тому пізнання випереджує доказування [9, с. 71].

Важливим є питанням щодо структури пізнання. Серед науковців немає принципових розбіжностей у визначенні структурних елементів пізнання. Усі виокремлюють мету, суб'єкти та об'єкт пізнання. Утім є приклади більш розширеного виокремлення елементів цієї діяльності. Наприклад, М.Й. Штефан до суб'єктів пізнання зараховує суд та осіб, які беруть участь у справі. Свою позицію він обґрунтовує тим, що така діяльність відбувається в процесі судового розгляду [4, с. 274]. Об'єктом пізнання, він вважає матеріали справи, її обставини (фактичні та юридичні) та докази, на підставі яких вони встановлюються. Далі він визначає мету судового пізнання в цивільній справі, як встановлення об'єктивної істини. І додатково ще виокремлює такі елементи пізнання, як процесуальні форма пізнання, якою є судовий розгляд та засоби пізнання, до яких зараховує доказування й докази. Окремо вказує на методи встановлення об'єктивної істини у справі, якими є пізнавальна процесуальна діяльність [4, с. 275]. Поважаючи думку науковця, зауважимо, що в деяких аспектах його погляди протирічать. Наприклад, його твердження про те, що докази й доказування є засобами пізнання, уже ставить під сумнів тотожність процесів пізнання й доказування. Такі твердження навпаки вказують на те, що одне впливає з іншого – об'єкт пізнається в процесі доказування. Або твердження про мету пізнавальної діяльності – встановлення об'єктивної істини, на нашу думку, визначено без критичного аналізу змін, які відбулися в процесуальному законодавстві на момент видання його останнього підручника.

Цікаву думку стосовно сутності елементів пізнання висловила О.О. Грабовська, яка, розкриваючи сутність мети пізнання, зазначила, що мета пізнання кожного суб'єкта цивільних процесуальних відносин є різною залежно від різного процесуального становища, природи юридичної зацікавленості [9, с. 74]. У цьому контексті, виокремлюючи мету пізнавальної діяльності суду, її позиція певною мірою збігається з позицією М.К. Треушнікова, який, в свою чергу, вказував, що мета пізнання судом зумовлена статусом суду та встановленими законом професійними обов'язками. Він також стверджував, що оскільки суд має завдання отримати не просте знання, а максимальне істинне знання про обставини спра-

ви та факти, загальноприйнятним є вважати, що мета судового пізнання – встановлення (досягнення) істини в справі [10, с. 7]. Такої ж думки дотримується й Г.Л. Осокіна [11, с. 620]. Проте є науковці-процесуалісти, які ставлять під сумнів установа істини судом і зазначають як мету пізнання «пошук правильних відповідей» [12, с. 340]. А.А. Власов вказує, що мета пізнання судом у цивільному процесі полягає в забезпеченні правильного застосування судом норм права під час вирішення справи по суті [13, с. 153].

Отже, як бачимо, дискусія про мету пізнання є актуальною й питання про те, що ж встановлює суд у цивільному судочинстві є відкритим. У цьому сенсі звертає на себе увагу висловлювання І.І. Котюка, який стверджував таке: «висновок про те, що пізнання є процесом набуття «істинних знань» надто категоричне, бо як же бути з хибними знаннями, що постійно супроводжують людину, і з тим, що результати пізнання завжди є суб'єктивним образом об'єктивної дійсності, який лише більш-менш адекватно відтворює її» [14, с. 29]. Тож, повертаючись до філософського розуміння пізнання слід пам'ятати, що пізнання та його результат логічно пов'язують з істинністю чи хибністю. Істина – категорія філософії та культури, яка визначає ідеал знання та спосіб його досягнення (обґрунтування), істинною (або просто істиною) вважається думка, яка відповідає своєму предмету, тобто представляє його таким, який він є насправді [15, с. 384]. Енциклопедичні джерела вказують на те, що результат пізнання це знання як адекватне відображення суб'єктивної та об'єктивної реальності в свідомості людини [16, с. 252] і виділяють істину абсолютну та відносну. Під абсолютною істиною розуміють єдино правильну, безумовну істину. Відносна істина – це неповне, неточне, часткове відображення об'єкта [16, с. 2].

То яку ж істину встановлює суд? Зі змінами в цивільному процесуальному законодавстві, які стосувалися, насамперед, змістового наповнення принципу змагальності із закону, вилучені положення про те, що суд об'єктивно розглядає справу. Натомість з'явилися завдання про справедливий розгляд цивільної справи. Проте деякі науковці-процесуалісти й далі продовжують стверджувати те, що відсутність у цивільному процесуальному законодавстві відповідної термінології (вказівки на необхідність отримання судом істинного знання про обставини та факти) не означає, що явища не існує, тому ідея про те, що цивільним процесуальним законодавством перед судом не ставиться мета отримання правильного знання про фактичні обставини є хибною [10, с. 7].

Ми вважаємо цю дискусію надуманою, адже цілком зрозуміло, що суд ніколи не зможе встановити абсолютну (об'єктивну) істину, оскільки відомості про факти та обставини справи він завж-

ди сприймає опосередковано, через те, як їх представляють сторони та інші учасники справи. Тому завдання суду – отримати максимально точне, правильне, адекватне знання про дійсність і в подальшому надати йому правового обґрунтування.

Тож, враховуючи наведені вище положення можемо зробити попередній висновок, що пізнання в цивільному судочинстві здійснюють усі суб'єкти цивільних процесуальних відносин і це стосується й суб'єктів провадження в справах про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди.

Обґрунтовуючи актуальність цієї статті, ми вже звертали увагу, що у науковій юридичній літературі висловлювалися різні точки зору щодо доказування. Проте серед науковців і досі немає єдності в поглядах на ключові питання доказування. Аналізуючи наукові джерела з цивільного процесу дореволюційного періоду, звертаємо увагу на те, що науковці хоча й зазначали категорію «доказування», але ще не наводили її визначення. Проте сутність доказування вже була предметом наукового аналізу. Відомий російський цивіліст К.І. Малишев у своїй роботі «Курс цивільного судочинства» у підрозд. 7.1. «Поняття доказів і доказування» зазначав, що для судді недостатньо знати лише загальні правила логіки про докази. Він має бути обізнаний і з юридичною теорією судових доказів. Далі автор пише, що в цій теорії визначається предмет і засоби судових доказів, ставлення до них сторін і суду, а також порядок судового провадження про докази [17, с. 345].

Т.М. Яблочков у підручнику з цивільного судочинства (1912) також докладно аналізує докази й зазначає, що суд не може бути обмежений, оцінюючи їхню достовірність і правильність. Він звертає увагу на те, що в силу змісту принципу змагальності суд у своєму рішенні посилається на докази, які подаються сторонами, і позбавлений прав сам збирати докази [18, с. 346].

Є.А. Нефедьєв у підручнику цивільного судочинства (1909) також не дає визначення доказування, але виокремлює його елементи. Він зазначає, що в основу всієї системи доказування покладено відомості про існування фактів, отриманих із достовірних джерел [19, с. 347].

Згодом науковці починають не тільки вказувати на наявність процедури доказування, але й розкривати її сутність. Наприклад, П.В. Кочергін розглядає доказування як діяльність сторін зі збирання й подання суду матеріалів, на підставі яких вирішуються дискусійні справи [20, с. 77]. Є.В. Васьковський наводить власне визначення доказування й пише, що це діяльність сторін, метою якої є переконання суду в істинності їхніх тверджень та заяв [21, с. 321].

Наведені судження науковців дореволюційного періоду дають можливість зробити висновок,

що під доказуванням вони розуміли діяльність сторін, пов'язану з наданням доказів суду, й така діяльність здійснювалася за правилами змагального порядку.

У радянський період розвитку цивільного процесу питанням сутності доказування також приділялася значна увага, особливо у післявоєнний період.

Із прийняттям першого Цивільного процесуального Кодексу (далі – ЦПК) УРСР від 30 липня 1924 року було змінено концептуальні підходи до розуміння сутності доказування. З обмеженням змагальних засад судочинства вводилися положення, якими розширювалися повноваження суду щодо участі в доказуванні. Зокрема, ст. 5 Кодексу зобов'язала суд усебічно прагнути з'ясувати дійсні права та взаємовідносини сторін і не обмежуватися поданими поясненнями та матеріалами, він повинен шляхом поставлених сторонами запитань допомагати з'ясувати істотні для розв'язання справи обставини та підтвердити їх доказами, надаючи особам, що звертаються до суду, активну допомогу, застерігаючи їхні права та законні інтереси, щоб юридична несвідомість, малограмотність та інші обставини не можна було використати на їхню шкоду [22, с.18]. Іншою нормою Кодексу (ст. 118) було визначено, що докази подають сторони, а також суд може збирати їх на власну волю [22, с. 114].

ЦПК УРСР 1929 р. такі підходи не змінив, що впливало на розуміння сутності доказування науковцями. К.С. Юдельсон визначав судові доказування, як діяльність суб'єктів процесу зі встановлення, за допомогою зазначених в законі процесуальних засобів, об'єктивної істини, наявності або відсутності фактів, необхідних для вирішення суперечок між сторонами, тобто фактів, підстав вимог і заперечень сторін [23, с. 33].

Як процесуальну діяльність суду та інших учасників цивільного процесу, спрямованих на встановлення об'єктивної істини, у суперечливій цивільній справі розглядав доказування Я.Л. Штутін [24, с. 151].

Проте були й такі науковці-процесуалісти, які заперечували належність суду до суб'єктів доказування. Наприклад, А.Ф. Клейнман уважав, що суд зобов'язаний вирішувати суперечку, а не здійснювати доказування, а мотиви судового рішення мають значення лише під час перевірки законності та обґрунтованості судового рішення [7, с. 40-41].

Ми вже звертались до аналізу праць відомого науковця-процесуаліста М.К. Треушнікова, який на початку 80-х рр. ХХ ст., досліджуючи питання доказування, доказів, суб'єктного складу доказування, писав, що судовим доказуванням є логіко-практична діяльність, яка базується на принципі змагальності осіб, які беруть участь

у розгляді справи, представників, а також суду, є спрямованою на з'ясування фактичних обставин справи та здійснюється шляхом твердження про факти, подання, збирання, дослідження та оцінювання судових доказів [25, с. 32]. Згодом він не змінив своєї позиції, а навіть зазначав, що не можна зводити всю сукупність дій щодо доказування лише одного виду судочинства – позовного. У цивільному процесі є й інші види судочинства, у яких функція суду щодо доказування та збирання доказів підвищена [10, с. 34].

За часів незалежної України цивільне процесуальне законодавство змінювалося неодноразово. Чинний ЦПК України не містить нормативного визначення терміну доказування, хоча в ньому містяться такі елементи, як обов'язок доказування, звільнення від доказування, подання доказів (ст. 81, ст. 82 ЦПК). Звертає на себе увагу й той факт, що законодавець змінив назву: якщо раніше вона називалась гл. 5 «Докази», то у чинному ЦПК України – гл. 5 «Докази та доказування». Тож питання про сутність та визначення цієї категорії набуло ще більшої значимості.

Проте, як ми вже зазначали, у теорії цивільного процесу є різні підходи до розуміння сутності цієї категорії. Наприклад, В.Д. Андрійцьо вважає, що доказування – це процесуально-розумова діяльність суду та осіб, які беруть участь у розгляді справи, спрямована на встановлення обставин цивільної справи, що оспорується і обґрунтовують вимоги й заперечення сторін [26, с. 40]. М.Й. Штефан зазначав таке: а) доказуванням буде процесуальна й розумова діяльність суб'єктів доказування, яка здійснюється в урегульованими цивільному процесуальному порядку й спрямована на з'ясування дійсних обставин справи, прав й обов'язків сторін, встановлення певних обставин шляхом ствердження юридичних фактів, зазначення доказів, а також подання, прийняття, збирання, витребування, дослідження й оцінки доказів; б) докази й доказування є процесуальними засобами пізнання у цивільному процесі [4, с. 279].

Досліджуючи загальнотеоретичні основи судового доказування, І.І. Котюк писав, що доказування – це процесуальна діяльність, спрямована на формування доказів та їхніх процесуальних джерел та оперування ними з метою розв'язання завдань судочинства [14, с. 132]. Таке визначення є неповним, оскільки в ньому йдеться мова тільки про форму доказової діяльності й мету. Зовсім відсутні вказівки на суб'єктів такої діяльності. Хоча в подальшому він стверджує, що доказування – це формування доказів та оперування ними. Воно відбувається на основі дослідження і є його завершальним елементом, тому в доказуванні слід розрізняти такі два аспекти: доказування як уста-

новлення й дослідження фактичних даних, тобто діяльність щодо формування, перевірки та оцінки доказів, та доказування як логічне та процесуальне обґрунтування певної тези, ствердження висновків у справі, а отже, дослідження є складовою процесуального доказування» [14, с. 132]. Із цієї тези ми можемо зробити висновок, що вчений зараховує суд до суб'єктів доказування.

Протилежної позиції дотримується В.В. Комаров, який вважає, що доказування – це процесуальна діяльність сторін, які беруть участь у справі, яка за своєю суттю зводиться до обґрунтування обставин цивільної справи та спрямована на встановлення цих обставин і вирішення спору між сторонами по суті [27, с. 476].

Одним із найбільш змістовних сучасних досліджень проблем доказування в цивільному судочинстві є монографія О.О. Грабовської «Доказування в цивільному процесі України: проблеми теорії і практики». У ній авторка зазначає, що доказування в цивільному процесі – урегульована масивом законодавства діяльність сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, спрямована на обґрунтування вимог чи заперечень. Роль суду в цій сфері правовідносин – встановлення фактів та обставин, на які сторони, інші особи, що беруть участь у справі, посилаються в обґрунтування своїх вимог чи заперечень способом, передбаченим законом [9, с. 279].

Підтримуючи таку позицію, звертаємо увагу на те, що останні зміни до ЦПК України, прийняті 03.10.2017 р. також не містять нормативного визначення доказування, хоча ще більш детально розкривають зміст його елементів, зокрема обов'язки доказування й подання доказів. У ч. 6 ст. 81 ЦПК України зазначено, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях. Суд не може збирати з власної ініціативи докази, що стосуються предмета спору, крім витребування доказів судом у випадку, коли він має сумніви стосовно добросовісного здійснення учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів.

Підсумовуючи вищевикладене, можемо зробити такі висновки:

1) у цивільному судочинстві всі суб'єкти цивільних процесуальних відносин є суб'єктами пізнання;

2) судове доказування й судове пізнання є різними видами процесуальної діяльності й мають тільки їм властиві особливості;

3) доказуванням у цивільному судочинстві в справах про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди є процесуальна діяльність учасників судового процесу, спрямована на встановлення наявності або відсутності обставин (фактів), які мають значення для вирішення справи.

**Література**

1. Новый тлумачний словник української мови у 4-х томах. Т.4/ Уклад.: В.В.Яременко, О.М.Сліпушко. Київ: «Аконіт», 1999. 941 с.
2. Краткий словарь по философии. 4-е изд. / под заг. ред. И.В.Блауберга; Москва: Политиздат, 1982. 431 с.
3. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев: Вища школа, 1984. 133 с.
4. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч.закл. освіти. Київ, 2005. 624 с.
5. Курылев С.В. Доказывание и его место в процессе судебного познания. Труды Иркутского государственного университета им. А.А.Жданова. Т. 13. Иркутск, 1955. 179 с.
6. Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. Москва: Изд-во ВЮЗИ, 1950. 199 с.
7. Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе / отв.ред М.А. Гурвич; Москва: Изд-во АН СССР, 1950. 71 с.
8. Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972. 134 с.
9. Грабовська О.О. Доказування у цивільному процесі України: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 504 с.
10. Треушников М.К. Судебные доказательства. 3-е изд. испр. и доп. Москва: Городец, 2004. 272 с.
11. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. 2-е изд.. Москва: НОРМА, 2010. 704 с.
12. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. 676 с.
13. Власов А.А. Гражданское процессуальное право: учебник. Москва: ТК Велби, 2004. 432 с.
14. Котюк І.І. Основи теорії судового пізнання. Ч. 1 Загальнотеоретичні аспекти: навчальний посібник. Київ: Вид.-поліграф.центр «Київський університет», 2012. 423 с.
15. Філософія: підруч.для студ. вищих навч.закл./ кол.авт.; за ред. Л.В. Губерського. Харків: Фоліо, 2013.510 с.
16. Філософський енциклопедичний словник. Київ: Абрис, 2002. 742 с.
17. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т.1, 2-е изд., Санкт-Петербург1876 (извлечения). Гражданский процесс. Хрестоматия: учебное пособие, 2-е изд., перераб. и доп./ под ред. проф. М.К.Треушникова; Москва: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. 896 с.
18. Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль, 1912 (извлечения). Гражданский процесс. Хрестоматия: учебное пособие, 2-е изд., перераб. и доп./ под ред. проф. М.К.Треушникова; Москва: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. 896 с.
19. Нефедьев Е.А Учебник русского гражданского судопроизводства. Москва, Санкт-Петербург,1909 (извлечения). Гражданский процесс. Хрестоматия: учебное пособие, 2-е изд., перераб. и доп./ под ред. проф. М.К.Треушникова. Москва: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. 896 с.
20. Кочергин П.В. Краткий курс русского гражданского процесса. Киев: Изд-во кн. маг. «Книжный мир»,1915. 143 с.
21. Васильевский Е.В. Учебник гражданского процесса. Москва: Издательство бр. Башмаковых, 1914. 570 с.
22. Шоста Ф. Цивільний процесуальний кодекс УРСР (текст та практичний коментар)/ за ред.

НАРКОМЮСТУ та Генерального прокурора АМСРР О. Строева; Харків: Юридичне вид-во Наркомюсту,1928. 315 с.

23. Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. Москва: Гос. изд-во юрид. лит.,1951. 296 с.

24. Штутін Я.Л. Лекції з радянського цивільного процесу. Київ: Вища школа, 1954. 344 с.

25. Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. Москва, 1982. 160 с.

26. Андрійцьо В.Д. Теоретичні проблеми доказування в цивільному судочинстві України: монографія. Ужгород: ТОВ «ІВА», 2014. 410 с.

27. Курс цивільного процесу: підручник/ В.В Кома-ров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Кома-рова; Харків: Право, 2011. 1352 с.

**Анотація**

**Захаров П. С. Сутність доказування у цивільному судочинстві у справах про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди. – Стаття.**

У статті розглядаються окремі проблеми доказування. Автор аналізує різні підходи науковців до визначення суб'єктного складу доказової діяльності, мету та предмет доказування. Розглянуто нормативне регулювання доказової діяльності в судах цивільної юрисдикції. Проаналізовано співвідношення понять пізнання та доказування. Зроблено висновок про сутність доказування в розглядуваній категорії справ.

**Ключові слова:** доказування, суб'єкти цивільних процесуальних відносин, суд, учасники справи, предмет доказування.

**Аннотация**

**Захаров П. С. Сущность доказывания в гражданском судопроизводстве по делам о возмещении вреда, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия. – Статья.**

В статье рассматриваются отдельные проблемы доказывания. Автор анализирует различные подходы ученых к определению субъектного состава доказательственной деятельности, цели и предмет доказывания. Рассмотрено нормативное регулирование доказательственной деятельности в судах гражданской юрисдикции. Проанализировано соотношение понятий познания и доказывания. Сделан вывод о сущности доказывания в рассматриваемой категории дел.

**Ключевые слова:** доказывания, субъекты гражданских процессуальных отношений, суд, участники дела, предмет доказывания.

**Summary**

**Zakharov P. S. Judgment of evidence in civil legal proceedings in cases of compensation for damage caused as a result of a traffic accident. – Article.**

Article deals with separate problems of proof. The author analyzes the various approaches of scientists to the definition of the subject structure of evidence, the purpose and object of evidence. The normative regulation of evidentiary activity in courts of civil jurisdiction is considered. The correlation between concepts of knowledge and proof is analyzed. A conclusion on the essence of proof in the category of cases is made.

**Key words:** evidence, subjects of civil procedural relations, court, participants in the case, subject of evidence.

УДК 347.1

**І. А. Коваленко**  
кандидат юридичних наук,  
в.о. завідувача кафедри цивільно-правових дисциплін  
Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського

## ПРАВОВА ОХОРОНА КОРИСНИХ МОДЕЛЕЙ У ДЕЯКИХ КРАЇНАХ ЄВРОПИ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ АСПЕКТ

Дослідники історії права інтелектуальної власності стверджують, що перший у світі Закон про охорону прав на корисні моделі був прийнятий у Німеччині ще в 1891 році, коли Імперський суд визначив, що законодавство має містити норми щодо правової охорони й таких технічних рішень, котрі є новими, але не мають достатнього винахідницького рівня. Після цього німецьке законодавство у сфері патентного права багато разів переглядалося й доповнювалося, але незмінним залишився постулат, що «малі винаходи» підлягають правовій охороні [1, с. 45].

Законодавство Німеччини у сфері захисту корисних моделей слугувало зразком для багатьох європейських (і не тільки) держав. Зважаючи на це, розглянемо його більш детально. Новий закон Німеччини про корисні моделі набрав чинності в 1987 році. Відтоді поправки, внесені в документ, докорінно змінили поняття корисної моделі.

Відповідно до п. 1 ст. 1 Закону, правовій охороні як корисної моделі, підлягають винаходи, що є новими, мають відповідний винахідницький рівень та придатні до промислового використання. Отже, корисні моделі вважаються не особливим видом технічних рішень, а так званими «малими винаходами», які вирізняються спеціальним (спрощеним) режимом реєстрації прав та їхнім здійсненням. Законом встановлено, що правова охорона як корисна модель надається тільки обмеженій групі технічних новинок. Так, до корисних моделей не може застосовуватися такий поділ на категорії технічних рішень, як це прийнято для винаходу (пристрій, спосіб, речовина) [2, с. 47].

Вимога просторової форми виробу склалась у судовій практиці вже давно. Досліджуючи поняття «конструкція, пристрій» можемо стверджувати що як корисні моделі можуть охоронятися тільки такі об'єкти, які втілені в достатньо визначеній просторовій формі.

Стосовно новизни корисної моделі, то надається так звана «пільга з новизни». Якщо заявник або будь-яка третя особа, за згодою заявника використовувала об'єкт корисної моделі в країні або здійснила публікацію про цей об'єкт, то таке розкриття не буде порушувати новизну.

Другий критерій охороноздатності корисної моделі – «винахідницький рівень», що визнається забезпеченим, якщо результат інтелектуальної

діяльності творця перевершує вміння середнього спеціаліста. Іншими словами, коли технічне рішення, заявка на яке подана, є неочевидним для середньостатистичного фахівця в певній галузі.

Третій критерій – «промислова придатність» – означає, що об'єкт корисної моделі може бути виготовлений або використаний у будь-якій галузі промисловості чи сільському господарстві. Реєстрація прав на корисну модель надає право тільки їхньому власнику використовувати виріб, що є об'єктом корисної моделі [3, с. 67].

Будь-якій третій особі забороняється без дозволу власника прав виготовляти, пропонувати до продажу, вводити в комерційний обіг або використовувати, ввозити та зберігати для зазначених цілей виробу, що є об'єктами корисної моделі. Крім того, встановлено поняття «непряме порушення прав на корисні моделі», яке зводиться до того, що третім особам забороняється пропонувати до продажу або поставляти для використання виробу, що є об'єктом корисної моделі, або засоби, які належать до її суттєвого елементу.

В Італії регулювання відносин щодо корисних моделей здійснюється «Кодексом промислової власності» від 2005 року. Кодексом встановлено, що умовами для реєстрації прав на корисну модель, окрім інших, є задоволення таким критеріям охороноздатності як новизна, а також спроможність застосування корисної моделі для машин, інструментів, приладів чи предметів повсякденного використання [4, с. 10].

Корисна модель відображається у формі цих машин, приладів, у їхньому розташуванні, обрисах, комбінаціях елементів тощо. Таким чином, спираючись на норми закону, визначення поняття «охороноздатності корисної моделі» можна сформулювати так: це рішення, що складається з нових форм, конструкцій, обрисів машин, приладів, інструментів і предметів повсякденного використання чи нових комбінацій їхніх елементів, яке забезпечує особливий ефект дії або легкість застосування чи використання для зазначених машин тощо. Іншими словами, корисна модель – це нове конструктивне технічне рішення уже відомого винаходу [5, с. 8].

В італійському законодавстві, як і в німецькому, існує таке поняття, як «патентна альтернатива». Заявник може подати заявку на винахід та

корисну модель одночасно. Так він страхує свою інновацію на випадок, якщо заявка на патент не буде підтримана або буде підтримана лише частково. У такому разі інновація буде захищатися законодавством як корисна модель.

Відповідно до положень італійського «Кодексу промислової власності» термін дії патенту на корисну модель становить десять років від дати подання заявки [6, с. 102].

Іспанія належить до країн, де правова охорона винаходів і корисних моделей регулюється одним законом «Про патенти». Корисним моделям присвячено розділ XIV та статті 143-154 Закону. В обґрунтуванні закону, прийнятого в 1986 році, збереження інституту правової охорони корисної моделі обґрунтовувалося тим, що такий інститут відповідає рівню технологічного розвитку держави. В обґрунтуванні зазначалось, що цю форму правової охорони винаходів використовують більшість винахідників [7, с. 11].

Патентне законодавство Іспанії не робить термінологічного розходження між рішеннями, що одержують правову охорону як винаходи та корисні моделі. У цьому разі йдеться про винахідницьке рішення.

Корисні моделі є об'єктом прав промислової власності, відносини щодо якого регулюються єдиним «Кодексом промислової власності» 2003 року. Загалом питання захисту корисних моделей в Іспанії та Португалії досить схожі, проте мають і певні принципові відмінності. Ст. 144 Закону містить визначення поняття корисної моделі: «Як корисні моделі, відповідно до нового закону, одержують правову охорону рішення, засновані на винахідницькій діяльності та ті, що додають виробу форму, структуру або склад, які надають переваги для використання або виробництва» [8, с. 17].

У законодавстві Франції поняття «корисна модель» не використовується, натомість вживається таке поняття, як «свідоцтво про корисність» (utility certificate). Таким чином, винаходи охороняються такими документами, які свідчать про право промислової власності:

- патентами, що видаються на 20 років;
- свідоцтвами про корисність, що видаються на 6 років [9, с. 12].

Суб'єкти права на винахід, що охороняється «свідоцтвом про корисність», критерії охороноздатності, перелік неохороноспроможних об'єктів та права, що надаються, не відрізняються від патентів строком дії 20 років. Однакові вимоги й до оформлення заявок на винахід, що охороняється свідоцтвом про корисність та патентом. Проте свідоцтво на корисність видається в порядку, дещо відмінному від порядку, передбаченого для патентів. Воно видається, якщо заявник не подав у встановлений термін клопотання про проведення

пошуку й надання відповідного звіту про пошук або подав клопотання про перетворення заявки на патент в заявку на свідоцтво про корисність.

Аналіз чинних у Європі систем правової охорони корисних моделей показує, що кожна країна використовує таку систему, яка є найбільш раціональною і вигідною для національних заявників. Основна умова – не порушувати основних принципів Паризької конвенції про охорону промислової власності: рівні права для іноземних і національних заявників, право пріоритету, критерії охороноспроможності, один винахід – один охоронний документ тощо. Тобто кожна країна-учасниця «Паризького Союзу» має можливість відповідно до своїх національних потреб визначати ті чи інші особливості своєї патентної системи.

Водночас, європейські держави схиляються до правової охорони корисних моделей так званими «малими патентами» як корисними моделями всіх об'єктів винаходів: як продуктів, так і процесів (способів). Для корисної моделі встановлюються такі ж критерії охороноспроможності, як і для винаходу, проте з дещо зниженими вимогами до критерію «винахідницький рівень». Відрізняються «малі патенти» на корисні моделі від патентів на винаходи здебільшого строком дії правової охорони (4–10 років) та системою явки видачі патентів.

Нині українське законодавство у сфері інтелектуальної власності змінюється. Ці зміни зумовлені намірами України ввійти у європейське товариство як рівноправний партнер. Українське законодавство загалом відповідає загальноєвропейським стандартам у цій сфері, проте воно не відповідає вимогам, які перед ним ставлять вітчизняні винахідники.

Убачається необхідним виділити питання захисту корисних моделей в окремий розділ Закону «Про охорону прав на винаходи й корисні моделі», і відділити їх від винаходів. Це усунуло б плутанину в законодавстві, дозволило б винахідникам активніше користуватися патентами на корисну модель для захисту власних прав.

Окрім того, чинне законодавство надто широко визначає об'єкти корисної моделі. Доцільно розглянути можливість звуження переліку об'єктів винаходів, на які може бути надана правова охорона як корисній моделі. З урахуванням міжнародного досвіду, доцільно внести з переліку таких об'єктів хімічні та фармацевтичні способи, харчові продукти, біологічний матеріал (штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини), а також способи хірургічного, терапевтичного та діагностичного лікування людини та тварини.

Правова охорона корисних моделей має перспективи в сучасній Україні, де економіка та політика переорієнтовуються на розвиток дрібних та середніх підприємств. Ці господарчі одиниці най-

більш зацікавлені в правовій охороні так званих «малих винаходів». Можна прогнозувати, що в запропонованому вигляді правова охорона так званих «малих винаходів» знайде значну кількість прихильників серед українських підприємців.

### Література

1. Валле В.В. Спадок Джеймса I та королеви Анни: охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. Київ, 2010. 216 с.
2. Vaver D. Reforming Intellectual Property Law: An Obvious and Not-so-Obvious Agenda: The Stephen Stewart Lecture for 2008. *Intellectual Property Quarterly*. 2009. Issue 2. P. 143–161.
3. Трагнюк О.Я. Порівняльне патентне право і захист комерційної таємниці / Уклад. О. Я. Трагнюк; Харків, 2010. 214 с.
4. Бочарова Н.В. Законодавче забезпечення права інтелектуальної власності в країнах Європи. Порівняльно-правові дослідження. 2009. № 2. С. 118–123.
5. Codice della proprietà industriale. URL: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=298157](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=298157).
6. Law No. 11/1986 of March 20, 1986 on Patents (as last amended by Law No. 14/2011 of June 1, 2011). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es148es.pdf>.
7. Industrial Property Code. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/pt/pt071en.pdf>.
8. Law No. 11/1986 of March 20, 1986 on Patents (as last amended by Law No. 14/2011 of June 1, 2011). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es148es.pdf>.
9. Germany Utility Model Law (as amended September 2, 1994). URL: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=126191](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126191).

### Анотація

**Коваленко І. А. Правова охорона корисних моделей у деяких країнах Європи: компаративістський аспект.** – Стаття.

У Європейському Союзі не існує уніфікованих міжнародних актів, які б регулювали питання захи-

сту корисних моделей, тому в кожній із держав-членів організації у цій сфері діє національне законодавство. Нині правова охорона корисних моделей передбачена лише в 17-ти державах Європейського Союзу. Не охороняються права на корисні моделі в Бельгії, Великобританії, Люксембурзі, Нідерландах, Швеції та ін.

**Ключові слова:** право інтелектуальної власності, патентне право, корисна модель, винахід, дослідження, захист, законодавство.

### Аннотация

**Коваленко И. А. Правовая охрана полезных моделей в некоторых странах Европы: компаративистский аспект.** – Статья.

В Европейском Союзе не существует унифицированных международных актов, регулирующих вопросы защиты полезных моделей, поэтому в каждом из государств-членов организации в этой сфере действует национальное законодательство. Сейчас правовая охрана полезных моделей предусмотрена только в 17-ти государствах Европейского Союза. Не охраняются права на полезные модели в Бельгии, Великобритании, Люксембурге, Нидерландах, Швеции и др.

**Ключевые слова:** право интеллектуальной собственности, патентное право, полезная модель, изобретение, исследования, защита, законодательство.

### Summary

**Kovalenko I. A. Legal protection of utility models in some countries in Europe: a comparative aspect.** – Article.

In the European Union, there are no unified international acts regulating the protection of utility models, so national legislation in each of the member states of the organization is in this area. Currently, the legal protection of utility models is foreseen only in 17 EU states. The rights to utility models are not protected in Belgium, the UK, Luxembourg, the Netherlands, Sweden, etc.

**Key words:** intellectual property right, patent law, utility model, invention, research, defense, legislation.

УДК 347.44

*М. В. Криса*  
здобувач*Науково-дослідного інституту приватного права  
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака  
Національної академії правових наук України*

## ПОНЯТТЯ ТА ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ГЕОЛОГІЧНЕ ВИВЧЕННЯ НАДР ЗА ДЕРЖАВНИМ ЗАМОВЛЕННЯМ

У вітчизняній науковій літературі договірні підрядні відносини неодноразово досліджувалися, зокрема у працях таких учених: Н.С. Кузнецової, А.Б. Гриняка, І.І. Банасевич, М.М. Великанової, І.С. Лукасевич-Крутник, В.В. Андрейцева. Також у колективній монографії «Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики» (2015 р.).

Збільшення споживання не відновлюваних природно-мінеральних ресурсів, що супроводжується безпосереднім отриманням інформації щодо потенціалу надр, а також іншими аспектами, які зумовлені специфікою відносин у сфері геологічного вивчення надр, потребують належного правового врегулювання. Адже в чинному цивільному законодавстві відсутній уніфікований нормативно-правовий акт, який би врегулював правовідносини щодо робіт з геологічного вивчення надр для державних потреб. Тому актуальним є дослідження спільних та відмінних рис щодо поняття та предмету договорів підряду та договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням, та виділення договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням до окремої групи цивільно-правових договорів, а також виокремлення його особливостей.

Договір підряду має давнє історичне коріння, яке відслідковується ще з римського права. Підряд (*lokatio conductio operis*) входив до договору найму. Родовою ознакою було надання однією особою іншій будь-чого на відплатній основі, а підряд та послуги передбачали виконання певної роботи [3, с. 89].

Договори про виконання робіт врегульовані нормами гл. 61 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, яка охоплює як загальні положення про підряд, так і конкретні види договорів підряду. ЦК України регламентує підряд як єдиний у своїй правовій сутності тип договору, що спрямований на виконання певної роботи. У договорі підряду виконана підрядником робота – це матеріалізований результат, що знаходить своє втілення у створенні нової індивідуально-визначеної речі, у поліпшенні якості або інших споживчих властивостей речі, що вже існує, за завданням замовника [10, с. 317].

Договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням із договорами підряду об'єднує те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Сторони укладають договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням задля досягнення саме результату, відокремленого від самого процесу роботи, оскільки замовників цікавить результат робіт (навіть негативний), а не роботи як такі.

Об'єктом договорів підряду є виготовлення, обробка, переробка, ремонт речі або виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. На відміну від договорів підряду, об'єктом договору на геологічне вивчення надр за державним замовленням є результат наукових досліджень. Адже договір підряду укладається на виготовлення, переробку, обробку й ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням його результату замовникові. Передаючи замовникові річ, виготовлену за договором підряду, підрядник передає й права на неї. Це дає змогу відрізнити договори підряду від договорів про надання послуг, за якими послуга не виступає у вигляді певного об'єктивного результату, а надається й споживається в процесі діяльності послугонадавача (наприклад, під час перевезення вантажу, зберігання майна тощо). Другою спільною для підрядних договорів ознакою є несення підрядником ризику випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи [7, с. 142]. Проте за договором на геологічне вивчення надр за державним замовленням у разі недосягнення результату робіт, ризик за негативний результат несе замовник. У цьому разі до уваги потрібно брати творчий характер робіт, після виконання яких не завжди можна отримати позитивний результат.

Договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням – це консенсуальний договір, який вважається укладеним із моменту домовленості сторін щодо умов договору. Він є двостороннім, оскільки обидві сторони наділені взаємними правами та обов'язками, праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої та навпаки. За договором на геологічне вивчення надр підрядник зобов'язується виконати роботи з геологічного вивчення надр, в свою чергу замовник від імені держави зобов'язується оплатити виконані робо-

ти відповідно до умов договору, отже, досліджуваний договір є оплатним.

Істотною умовою договорів підряду та договору на геологічне вивчення надр за державним замовленням є предмет. У філософії під предметом розуміється категорія, що позначає деяку цілісність, виділену зі світу об'єктів у процесі людської діяльності й пізнання. У менш суворому розумінні поняття «предмет» часто ототожнюють з поняттям «об'єкт» або «річ», хоч розмежування цих понять було здійснене ще І. Кантом, який розрізняв у пізнанні «матерію» (тобто предмет) і «форму» (тобто спосіб, яким ми пізнаємо предмет). У загальногносеологічному плані протиставлення предмета й об'єкта є відносним. Основна структурна відмінність предмета від об'єкта полягає в тому, що до предмета входять лише головні, найбільш суттєві (з точки зору цього дослідження) властивості й ознаки [9, с. 505].

У юридичній літературі існують різні думки щодо визначення предмета договору. Деякі науковці ототожнюють предмет та об'єкт договору, наприклад, О.С. Іоффе виділяв у договорі юридичний об'єкт – дії, і матеріальний об'єкт – речі, або інше благо, на яке спрямована поведінка [8, с. 171]. Ф.І. Гавзе під предметом будь-якого цивільно-правового договору розумів дії, які повинен учинити боржник, також об'єкт, на який ці дії спрямовані. Дії (бездіяльність) є предметом будь-якого цивільно-правового договору, а окремі договори мають кілька об'єктів [1, с. 26]. Проте, що стосується підрядних договорів, більшість науковців вважають предметом договору підряду саме результат відповідних робіт. На думку О.П. Сергєєва предметом договору підряду є результат діяльності підрядника, що має конкретну упредметнену форму [2, с. 336].

Предметом договору підряду може бути будь-яка робота, під час виконання якої створюється результат, що передається замовнику. Закон не містить вичерпного переліку робіт, які можуть виконуватися за договором підряду. Проте безперечним є той факт, що предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми (наприклад, виготовлення речі, здійснення її ремонту, зміна її споживчих властивостей і т. ін.). Проте у договорі на геологічне вивчення надр за державним замовленням, результатом праці, який має творчий характер, може бути й нематеріальний об'єкт. Єдність роботи та її результату є основною рисою предмета договорів підряду та договору на геологічне вивчення надр за державним замовленням, зокрема, які дозволяють відмежувати ці договори від інших типів цивільно-правових договорів, а також від договору купівлі-продажу та договору на надання послуг [11, с. 311].

Об'єктом договору підряду є вчинення позитивних дій підрядником, спрямованих на виконання ним певної роботи за завданням замовника, тоді як предметом договору підряду слід визнавати такий юридичний наслідок (результат робіт) як явище навколишнього світу, що є істотною умовою договору, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором, на який спрямована узгоджена воля сторін [6, с. 206].

Законодавче визначення договору підряду (ч. 1 ст. 837 ЦК України) визначає, що істотною умовою договору підряду є умова про роботу, виконану підрядником для контрагента за договором. Ст. 855 ЦК України, в якій йдеться про наслідки випадкового знищення «предмета договору підряду», надає підстави для висновку, що предметом договору підряду визнано результат виконаної роботи – річ, яку створив підрядник і якої ще не існує в момент укладення договору.

Хоча законодавець і не дотримується єдності термінології, вказуючи в одному випадку тільки на роботу як на предмет договору, а в іншому – на роботу й на її результат (за умов регулювання окремих видів договору підряду спостерігається така сама тенденція), предметом цього договору є матеріалізований результат створення, перетворення, поновлення, а також ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. Результат роботи – це та матеріалізована форма (наприклад, об'єкт будівництва, проектно-кошторисна документація тощо), що опосередковує виконану роботу. Тобто під результатом виконаної підрядником роботи слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ, чи, як у досліджуваному нами договорі, одержання інформації в результаті наукових досліджень.

Аналізуючи питання предмета договору, слід зазначити, що майже в усіх випадках замовника, насамперед, цікавить річ, що є результатом виконаних робіт, оскільки саме вона спонукала замовника до вступу в договірні відносини. У договорі на геологічне вивчення надр замовника цікавить безпосередньо інформація про надра.

За договором підряду річ виготовляється для замовника, у якого в момент передачі речі виникає право власності на неї, тобто перехід від підрядника до замовника права власності (господарського відання, оперативного управління) на предмет договору – основна мета, яку переслідує замовник. Іншими словами, для замовника важливими є як і сама річ, що є результатом виконаних робіт, так і права на неї. Отже, за умов передачі речі за договором підряду одночасно передаються й права на неї [4, с. 5]. Договір підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням, на відміну від інших підрядних договорів, здійснюється як за об'єктом, так і за

предметом договору, адже є присутнім особливий об'єкт – надра, які досліджуються в процесі виконання зобов'язання.

Відповідно до ст. 1 Кодексу України, надра – це частина земної кори, що розташована під поверхнею суші та дном водоймищ і простягається до глибин, доступних для геологічного вивчення та освоєння.

Геологічне вивчення надр – це спеціальні роботи й дослідження, спрямовані на одержання інформації про надра для задоволення потреб суспільства. Геологічне вивчення здійснюється задля одержання даних про геологічну будову надр, процеси, які відбуваються в них, виявлення та оцінки корисних копалин, вивчення закономірностей їхнього формування й розміщення, з'ясування гірничотехнічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин і використання надр для цілей, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин. Геологічне вивчення надр проходить декілька стадій, а саме: регіональне геологічне вивчення території України (геологічне картування), геологічні пошуки корисних копалин, їхню геологічну розвідку та дослідно-промислову розробку [6, с. 206].

Предметом договору на геологічне вивчення надр за державним замовленням, так як і в інших підрядних договорах є результат, відокремлений від самого процесу робіт. Проте ризик за результат виконаної роботи несе замовник, оскільки результат має творчий характер, відтак неможливо завжди розраховувати на позитивний результат. Договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням за своїми ознаками найбільш наближений до договору про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

Договір підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням потрібно зараховувати до непойменованих договорів. На нашу думку, договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням є «підрядоподібним» договором, оскільки він має характерні риси договорів підрядного типу та до нього можна застосовувати загальні положення про підряд.

Отже, враховуючи вищенаведене можна дійти висновку, що договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням належить до непойменованих договорів. Досліджуваний нами договір є «підрядоподібним» договором, оскільки має характерні риси договорів підрядного типу, а отже, до нього слід застосовувати загальні положення про підряд. Договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням відрізняється від інших «підрядоподібних» договорів тим, що договірні зобов'язання з геологічного вивчення надр за державним замовленням виникають на підставі юридичного складу, який складається із

самостійних юридичних фактів а саме: оголошення конкурсу, прийняття адміністративного акта, укладення договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням тощо.

### Література

1. Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения). Минск, 1968. С. 26.
2. Гражданское право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева. Москва: Проспект, 2000. Т. 3. С. 336.
3. Гриняк А.Б. Місце договорів із виконання робіт в систематичі договірних зобов'язань. Приватне право і підприємництво. Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права й підприємництва Академії правових наук України, 2010. С. 89.
4. Гриняк А.Б. Науково-практичний коментар параграфу 1 глави 61 Цивільного кодексу України / А.Б. Гриняк. Київ: НДІ приватного права й підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 4–5.
5. Гриняк А.Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду: монографія / Відп. ред. В. В. Луць / А.Б. Гриняк. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. 97 с.
6. Екологічне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. А. П. Гетьмана та М.В. Шульги. Харків: Право, 2009. С. 206.
7. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-е вид., стер. / В.В. Луць. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 142.
8. Советское гражданское право / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Т. 1. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1971. С. 168–172.
9. Философский энциклопедический словарь: 2-е изд. Москва: «Советская энциклопедия», 1989. С. 505.
10. Цивільне право України: у 2-х томах. Т. 2. Підручник / За ред. д-ра юрид. наук, проф. Є.О. Харитонова; канд. юрид. наук Н.Ю. Голубевої. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008. С. 317–318.
11. Цивільне право України: навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 311.

### Анотація

**Крива М. В. Поняття та предмет договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням. – Стаття.**

У цій статті досліджуються поняття та предмет договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням. Під час порівняння договору з іншими договорами підрядного типу доходимо висновку, що договір підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням слід зараховувати до непойменованих договорів. Договір на геологічне вивчення надр за державним замовленням належить до «підрядоподібного» договору, оскільки його предметом є результат виконаної роботи і до нього можна застосовувати умови положень про підряд під час укладення та виконання договору. Особливістю досліджуваного договору є те, що, на відміну від підрядних дого-

ворів, предметом цього договору є не просто результат, а матеріалізований результат, який має творчий характер.

*Ключові слова:* договір, договір підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням, договір підряду, замовник, підрядник.

#### Аннотація

**Крыса Н. В.** Понятие и предмет договора подряда на геологическое изучение недр по государственному заказу. – Статья.

В этой статье исследуются понятия о предмете договора подряда на геологическое изучение недр по государственному заказу. Сравнивая договоры с другими договорами подряда типа, приходим к выводу о том, что договор подряда о геологическом изучении недр по государственному заказу следует отнести к непоименованным договорам. Договор о геологическом изучении недр по государственному заказу относим к «подрядоподобному» договору, поскольку его предметом является результат выполненной работы, и к нему можно применить условие положений о подряде при сделке и исполнении договора. Особенностью исследуемого договора есть то, что в отличие от подрядных договоров, предметом этого договора есть не только результат, но и мате-

риализованный результат, который имеет творческий характер.

*Ключевые слова:* договор, договор подряда на геологическое изучение недр по государственному заказу, договор подряда, заказчик, подрядчик.

#### Summary

**Krysa M. V.** The concept and the subject of the contract award on the geological study on public order. – Article.

The concept and the subject of the contract award for environmental study are investigated in this article. When compared with other contracting agreements we are reaching a conclusion that the subject of the contract award for the environmental study should be attributed to the unmentioned agreements. The contract for the environmental study on public order refers to the inferior agreements because its subject is the result of the fulfilled work and conditions provisions at the signing and performing of the contract can be applied. Unlike inferior agreements, the subject of this agreement is not merely the result but the materialized result which has got a creative feature. That is the peculiarity of this investigated agreement.

*Key words:* agreement, subject of the contract award for the environmental study, contract award, client, contractor.

УДК 347.94

*Є. Є. Лезін*  
*аспірант кафедри правосуддя*  
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПОРЯДОК СУДОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В УКРАЇНІ

Інтенсивність розвитку суспільства вимагає постійного процесу вдосконалення регулювання суспільних відносин як відповідь на важливі запитання, які ставить теорія та практика до застосовуваних методів та інструментів. У ході останньої реформи цивільного процесу в Україні вирішилась частина проблем, пов'язаних із недосконалістю цивільного судочинства, зокрема було внесено багато змін до цивільного процесу, введені нові механізми, інструменти, тощо. Особливої актуальності в контексті останніх змін набувають питання, що пов'язані з ефективністю цих змін, що обумовлює необхідність дослідження оновленого механізму забезпечення доказовості.

Дослідженням забезпечення доказів у цивільному процесі України займалися В.Д. Андрійцьо, О.О. Бадила, О.О. Грабовська, О.С. Захарова, В.В. Комаров, С.Я. Фурса, М.Й. Штефан, та інші. Дослідження механізму забезпечення доказів після реформи цивільного процесу 2017 р. не проводились.

Завданням нашого дослідження є Проведення аналізу механізму забезпечення доказів у цивільному процесі, виявлення неточностей та проблемних аспектів у регулюванні процедури, проведення порівняння з аналогічним регулюванням Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) 2004 р.

Цивільне процесуальне законодавство України містить детальне регулювання процесу забезпечення доказів судом, проте науковці і практики нарікають на недосконалість та, в окремих випадках, недовірливість такого механізму. Для ефективного ж виконання судочинства в контексті ст. 2 ЦПК цивільне процесуальне законодавство має містити досконалі способи, методи, процедури, прийоми його здійснення [1].

Регулювання процесу забезпечення доказів викладене у ст. 116–119 ЦПК, в яких передбачені змістовні вимоги до заяви про забезпечення доказів, процесуальний порядок розгляду, наслідки розгляду такої заяви, обставини та час подання заяви заінтересованими особами.

Загалом процес судового забезпечення доказів можна поділити на певні етапи, зокрема – ініціювання процесу, розгляд, виконання та перегляд.

На етапі ініціювання процесу відбувається активна діяльність зацікавленої у забезпеченні особи, зокрема згідно зі ст. 117 ЦПК визначаються:

суд, до якого подається заява; реквізити заявника та іншої сторони; обов'язкове забезпечення доказами та доказовими обставинами; спосіб забезпечення; обґрунтовується необхідність забезпечення доказів; за доцільності та наявності підстав вноситься клопотання про розгляд заяви без повідомлення інших осіб тощо.

Слід зазначити, що крім спеціальних вимог до заяви, передбачених ст. 117 ЦПК, логічним є застосування і загальних вимог, передбачених ст. ст. 182, 183 ЦПК, які встановлюють загальний порядок щодо заяв з процесуальних питань в цілому. Так, крім сказаного раніше, доцільно зважити зокрема на те, що п. 3 ч. 1 ст. 183 встановлює необхідність вказання у заяві номеру справи, прізвища та ініціалів судді, якщо заява подається після постановлення ухвали про відкриття провадження у справі. Вказуючи в заяві реквізити заявника, згідно з ч. 3 ст. 183 замість коду юридичної особи в Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України, іноземна юридична особа подає документ, що є доказом її правосуб'єктності (сертифікат реєстрації, витяг з торгового реєстру, тощо). Дещо дискусійною є норма ч. 3 ст. 183 щодо права учасника подати проект ухвали, постановити яку він просить, проте згідно зі вказівкою ЦПК він має таке право.

Тобто цивільне процесуальне законодавство передбачає подання до суду вихідної інформації для прийняття рішення про забезпечення доказів. Слід відзначити, що законодавцем було розширено перелік вихідної інформації, що необхідна для забезпечення доказів у порівнянні з ЦПК 2004 р., ч. 1 ст. 134 якого включала до вихідної інформації докази, які необхідно забезпечити; обставини, що можуть бути підтверджені цими доказами; обставини, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим, а також справа, для якої потрібні ці докази або з якою метою потрібно їх забезпечити.

Ч. 3 ст. 116 ЦПК передбачає можливість ініціювання процедури забезпечення доказів як до, так і після подання позовної заяви. Це безперечно пов'язано з необхідністю оперативної фіксації або збором додаткових відомостей, потрібних для відкриття провадження у справі (визначення майбутнього відповідача, розміру завданої шкоди, тощо).

Заява про забезпечення доказів подається до суду та розглядається судом на умовах альтерна-

тивної територіальної підсудності. Зокрема ч. 4 ст. 116 ЦПК визначає, що до подання позовної заяви забезпечення доказів здійснюється судом першої інстанції за місцем знаходження засобу доказування або за місцем, де повинна бути вчинена відповідна процесуальна дія. Після подання позовної заяви забезпечення доказів здійснюється судом, який розглядає справу. Така конструкція безпосередньо обумовлена особливостями вчинення дій щодо забезпечення доказів та відповідає їм в контексті максимального спрощення доступу до доказів як об'єктів матеріального світу.

«У разі подання заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви, заявник повинен подати позовну заяву протягом десяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення доказів», говорить у – ч. 5 ст. 116 ЦПК. Цей термін був збільшений чинною редакцією цивільного процесуального законодавства в порівнянні з ЦПК 2004 р., ч. 4 ст. 133 якого передбачала подачу позовної заяви протягом трьох днів з постановлення ухвали про забезпечення доказів. Таким чином законодавець частково вирішив важливу проблему, з якою зіштовхувались на практиці у ситуаціях, коли на час подання позовної заяви необхідно було виконати процедуру забезпечення доказів повністю.

Наприклад, за необхідності визначення відповідача, котрий набув права власності на спадщину, безперечно трьох днів було замало для витребування у нотаріуса необхідних документів та ознайомлення з ними. Проте запитання виникають з приводу самої точки відліку часу, визначеної законодавцем – дня постановлення ухвали. Як ми вже зазначали, однією з функцій забезпечення доказів в цивільному процесі є заволодіння особою доказами в процесуальному їх значенні, що одночасно є кінцевим етапом використання досліджуваного інституту та дозволяє особі на основі аналізу отриманих матеріалів побудувати тактику та стратегію захисту. Безумовно особа може зробити це тільки за умови повного ознайомлення з доказами та їх оцінкою.

У такому контексті постає важливе запитання: чи достатньо десяти днів для якісної підготовки захисту, якщо врахувати давню проблему затримки виконання судових рішень? Вбачається, що навіть за умови застосування запобіжника, визначеного ст. 144 ЦПК (Види заходів процесуального примусу), ст. 145 ЦПК (Тимчасове вилучення доказів для дослідження судом) тощо, термін фактичного доступу особи до доказів буде більшим за десять днів. Тому, на наш погляд, доречно говорити про день виконання ухвали про забезпечення доказів як про відправну точку для обчислення термінів щодо подачі позовної заяви. Такий підхід буде особливо актуальним для вирішення питань, які за своєю природою є відправними для

формулювання самої позовної заяви та обов'язку особи виконати передбачені законодавством вимоги щодо визначення відповідача, визначення ціни позову, подачі самих доказів, визначення ролі цих доказів тощо, а також в ситуаціях, коли неможливо застосувати ч. 4 ст. 81 ЦПК, яка встановлює можливість визнання обставин, дій, подій встановленими у разі ненадання доказів.

Дискусійними, з огляду на вищенаведене, видаються також підстави для забезпечення доказів. За чинною редакцією ЦПК для забезпечення доказів особа може звернутися до суду, якщо є підстави припускати, що засіб доказування може бути втрачений або збирання або подання відповідних доказів стане згодом неможливим чи утрудненим ч. 1 ст. 116 ЦПК, такий же підхід прослідковувався у ст. 35 ЦПК 1963 р. [2]. На проміжковому етапі розвитку цивільного процесуального законодавства ст. 133 ЦПК 2004 р. оперувала формулою, за якою «<...> подання потрібних доказів є неможливим або у них є складнощі в поданні цих доказів, мають право заявити клопотання про забезпечення цих доказів» [1], водночас це положення нівелювалось процедурними нормами ЦПК 2004 р. Зокрема ст. 134 передбачала залишення заяви без розгляду або повернення заяви у разі її невідповідності цій статті, однією з вимог якої є зазначення у заяві обставин, які свідчать про те, що «подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим» [1]. Такою законодавчою конструкцією була допущена ситуація, за якої норма, яка регулювала процесуальний порядок реалізації права, підмінила норму, якою був встановлений матеріальний зміст процесуальних відносин, з чим не можна погоджуватись, адже не використовувався весь потенціал інституту, що приводило до зменшення рівня його доцільності для захисту.

На практиці склалась двояка та неоднозначна ситуація, адже у правозастосуванні не було єдності. Так, 22 вересня 2016р. Черкаський районний суд у справі № 707/2227/16-ц відмовив заявнику в задоволенні заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви на підставі того, що заявник «не навів обставин, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим», хоча виходячи зі змісту заяви, витребувався технічний паспорт на будинок, в якому зазначена інформація щодо його вартості [3]. Тобто в доказ був потрібен заявнику для визначення ціни позову.

Відмовляючи в задоволенні заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви 03 лютого 2017 р. Каховський міськрайонний суд Херсонської області вказав: «Дослідивши матеріали справи, суд приходить до висновку, що заява не підлягає задоволенню оскільки заявником не зазначено предмета позову, з яким вона має намір

звернутися до суду, та не надано жодних доказів того, що існують обставини, які у майбутньому, під час судового розгляду справи, могли б зробити неможливим або ускладнити надання вищевказаних доказів <...> доказів того, що заявник дійсно намагалась та не змогла отримати інформацію щодо теперішнього власника транспортного засобу в позасудовому порядку самостійно, ОСОБА\_1 не надано» Заявник просив витребувати в територіальному сервісному центрі інформацію про реєстрацію автомобіля, яка була йому потрібна для звернення до суду [4].

Відхиляючи апеляційну скаргу ОСОБА\_2 на ухвалу Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області, Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 16 лютого 2016 р. в провадженні № 22-ц/774/2409/16 теж вказав, що «Крім того, зазначений в заяві спосіб забезпечення доказів шляхом призначення земельно-технічної експертизи, також може бути вирішений у разі пред'явлення позову в порядку, передбаченому ст. ст. 143–147 ЦПК України в ході розгляду справи» [5].

На протипагу такому правозастосуванню слід навести й іншу позицію, наприклад, Дніпровський районний суд м. Києва ухвалою від 08 квітня 2015р. у справі № 755/4986/15-ц, задовольняючи заяву про забезпечення доказів вказав: «клопотання заявника ОСОБА\_1 про забезпечення доказів підлягає задоволенню, оскільки за відсутності інформації про власника (наймача) квартири АДРЕСА\_1 заявник позбавлений можливості пред'явити позов до належного відповідача». У справі витребувалися відомості про прізвище, ім'я, по батькові власника квартири [6].

Отже, формулювання ЦПК 2004 р. не давало можливості розкриття повного спектру функцій забезпечення доказів, не сприяло однаковому застосуванню норм цивільного процесуального права та, як наслідок, не дозволяло ефективно використовувати досліджуваний інститут. Не вирішив проблему і Верховний суд України, вказавши тільки, що «у заяві про забезпечення доказів повинні бути зазначені всі відомості, визначені частиною першою статті 134 ЦПК» [7]. Тож, якщо дотримуватись формального трактування обов'язкового зазначення обставин, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим, то у разі оскарження останньої наведеної нами ухвали, апеляційний суд має її скасувати, а отримана інформація надалі має бути визнана недостовірною.

Шукаючи вихід з ситуації, що склалась, на практиці зацікавлені особи навмисне звертались до нотаріуса для отримання відмови, яка в свою чергу ставала приводом звернення до суду для витребування справи, під час підготовчого засідання відбувалась заміна неналежного відпові-

дача, докази витребувалися після відкриття провадження у справі за механізмом ст. 137 ЦПК 2004 р. (Витребування доказів), змінювались позовні вимоги тощо. Це було обумовлено дефіцитом інформації та доказової бази, про що автору відомо з особистого досвіду. Як наслідок, процедура розгляду ускладнювалась, збільшувався термін розгляду справ.

Як вбачається, важливе значення у цьому мало штучне розмежування інструментів, адже ч. 2 ст. 133 ЦПК 2004 р. визнавала витребування способом забезпечення доказів, яке можливе до подання позову, за умови можливості виникнення несприятливих ситуацій у майбутньому. Своєю чергою ст. 137 ЦПК 2004 р. передбачала той самий механізм витребування доказів, але вмикався він до або під час попереднього судового засідання та за умов, що вже є складнощі в поданні доказів. Можливість викликати свідка виникла у заявника теж до або під час попереднього судового засідання (ст. 136 ЦПК). Проте окремих особливих умов щодо періоду ініціації огляду доказів чи проведення експертиз ЦПК не передбачав. Поряд з цим ЦПК 2004 р. не встановлював окремого ускладнення процедури реалізації витребування доказів, допиту свідків, огляду доказів, у тому числі за їх місцезнаходженням та призначенням експертизи. Результат отримання засобу доказування залишався незмінним.

Тобто розбіжностями в застосуванні того чи іншого порядку виступали підстави (вже є або може бути втраченим, ускладненим), момент можливої ініціації (до або після подання позову) та фінансова складова. А саме, згідно п. 6 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 27.09.2012 р. № 10–1386/0/4–12 за подання заяви про витребування доказів у порядку ст. 137 судовий збір не сплачується [8]. Аналогічна позиція висвітлена в п. 8 Постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.10.2014 № 10: «Сплата судового збору <...> за подання до суду заяви про забезпечення доказів здійснюється лише за умови, що така заява розглядається у процесуальному порядку, визначеному ст. 135 ЦПК, а не за подання клопотань про витребування доказів (виклик до суду свідків, призначення експертизи, витребування письмових чи речових доказів тощо), які розглядаються відповідно до ст. 130 ЦПК у попередньому судовому засіданні чи статті 168 ЦПК у судовому засіданні» [9].

Вчинній редакції ЦПК законодавець ситуацію не виправив, дотримавшись поглиблення розмежування вищевказаних процедур, передбачивши в матеріальній частині регулювання інституту ситуації, що спрямовані виключно на майбутнє. А з огляду на те, що ст. 83 ЦПК встановлено

обов'язок позивача подати докази разом із позовною заявою, обов'язок відповідача (або третьої особи) подати докази разом з відзивом, з можливою відтермінувальною обставиною, що має бути підтверджена доказами про вчинення особою всіх дій щодо отримання цих доказів. У поєднанні з необхідністю, за потреби витребування доказів, подання відповідного клопотання разом із поданням позову або відзиву (ч. 1 ст. 84 ЦПК) в результаті не приводить до спрощення процедури збору та подачі доказів, особливо у випадках, коли вони необхідні для визначення вихідних даних.

Ще більшу кількість запитань викликає ч. 4 ст. 84 ЦПК, у якій говориться, що суд може витребувати докази до подання позову як захід забезпечення доказів у порядку, встановленому ст. ст. 116–118 цього Кодексу. Якщо вбачається розповсюдження механізму витребування доказів у разі неможливості учасника справи надати докази на механізм забезпечення доказів в порядку виключення, тоді не повинна діяти ч. 1 ст. 116, що не передбачено Кодексом. Водночас передбачено зворотній механізм забезпечення доказів шляхом витребування, який не розповсюджується на неможливість учасника самостійно надати докази.

Безумовно, для особи, яка може набути статусу позивача, крім визначення вихідних даних та фіксації фактів та обставин доказами, існує нагальна необхідність побудови ефективної тактики та стратегії захисту. Надважливим для цього є заволодіння всіма без виключення доказами у формі засобів доказування до подачі позову, відповіді на відзив. Не менш важливим для захисту є заволодіння доказами іншими учасниками справи, що є актуальним до подання відзиву або заперечення. Крім того, як уже було зазначено раніше, забезпечення доказів є абсолютним правом особи, яке має бути підтримано судом. Тож в цілому не вбачається нагальної необхідності створення додаткових перешкод у забезпеченні доказів для можливості повноцінного використання інституту. Особливої актуальності ця обставина набуває в умовах зміни концепції доказування, що стосується подання доказів.

Відповідно до регулювання ЦПК 2004 р. докази за загальним правилом подавались до початку розгляду справи по суті (ст. 131 ЦПК 2004 р.), у чинному ЦПК передбачений механізм подання доказів разом з поданням позовної заяви (ч. 2 ст. 83 ЦПК), водночас встановлювалась можливість подання доказів після подання позовної заяви (за умов відсутності деформацій процесу у вигляді уточнення позовних вимог, заміни неналежного позивача або відповідача тощо) з певними ускладненнями (необхідність доведення учасником обставин, що унеможливають вчасне подання доказів), що передбачено ч. 4 ст. 83 ЦПК. За змістом ст. 83 ЦПК суд аналізує наведені заявником

причини та обставини неподання доказів вчасно та визначає можливість їх подання зі встановленням відповідного терміну. Проте у підготовчому засіданні позовного провадження за загальним порядком у суду, відповідно до ч. 5 ст. 197, є право роз'яснити учасникам справи, які докази мають бути подані тим чи іншим учасником справи. Ч. 7 цієї ж статті передбачає, що суд вирішує питання про забезпечення доказів. Отже, законодавець доручив суду питання подання та прийняття доказів після подання позовної заяви. Так обмежилися змагальні засади цивільного процесу та ускладнилася сама процедура.

У цьому контексті, з відходом від моделі можливості подання доказів до кінця підготовчого засідання, яка була закріплена в ЦПК 2004 р., були допущені деякі неточності. Хоча в ЦПК передбачено можливість подання заяви про забезпечення доказів після подачі позову, норма щодо розгляду такої заяви міститься тільки в статті, яка регулює порядок проведення підготовчого провадження. Таким чином неврегульованим залишається порядок розгляду заяви про забезпечення доказів у випадках розгляду справи в порядку спрощеного провадження після подання позовної заяви, за яким виключається проведення підготовчого засідання.

Також враховуючи норму ч. 3 ст. 129 Конституції України щодо свободи подання доказів, відповідних положень ЦПК та позиції про те, що забезпечення доказів як інструмент заволодіння ними повинен слідувати за обов'язком доведення та застосовуватись у разі виникнення будь-яких складнощів щодо заволодіння доказами, що повинно включати як об'єктивні чинники (можливість втрати, неможливість отримати без рішення суду) так і вплив суб'єктивних чинників (побожовання про знищення чи переховування доказів іншою стороною тощо). Вважаємо за доцільне запропонувати модель, за якої до подання позову, відзиву, відповіді на відзив, заперечення, пояснення третьої особи щодо позову або відзиву, відповідна особа здобуде усі необхідні їй докази у формі засобів доказування, що буде сприяти розвитку механізму спрощеного провадження. Реалізувати таку модель можна за допомогою об'єднання підстав для забезпечення доказів та розповсюдження цього інституту на випадки, котрі вже настали, та ті, які можуть настати. У зв'язку із цим пропонуємо викласти редакцію ч. 1 ст. 116 таким чином: «Суд за заявою учасника справи або особи, яка може набути статусу позивача, має забезпечити докази у випадку, коли у сторони є складнощі щодо подання доказів, якщо є підстави припускати, що засіб доказування може бути втрачений або збирання чи подання відповідних доказів є або стане згодом неможливим чи утрудненим».

Комплексний аналіз регулювання інституту забезпечення доказів, наведений в ст. ст. 116–119 ЦПК дає підстави стверджувати можливість його застосування виключно в позовному провадженні в судах першої інстанції. Відповідно до цього ч. 1 ст. 116 встановлює можливість подачі заяви про забезпечення доказів учасником справи або особою, яка може набути статусу позивача; ч. 3 ст. 116 передбачає можливість подачі заяви про забезпечення доказів як до, так і після подання позовної заяви; ч. 4 ст. 116, визначаючи місце забезпечення доказів, встановлює його як суд першої інстанції за місцем знаходження засобу доказування, а у разі подачі заяви про забезпечення доказів після подання позовної заяви як суд, який розглядає справу; ч. ч. 5, 6 ст. 116, встановлюючи наслідки забезпечення, котрі настають у разі неподання позовної заяви, беруть за точку відліку саме її подачу; ч. 9 ст. 118 передбачає рух матеріалів розгляду заяви про забезпечення доказів саме за позовною заявою. Тож буквально тлумачення вищевказаного говорить про те, що хоча законодавець в матеріальній нормі передбачив можливість звернення за забезпеченням доказів учасника справи, що можна тлумачити широко, проте визначаючи місце, час, період, наслідки та рух матеріалів, вказав виключно на справи позовного провадження у суді першої інстанції. Така законодавча логіка, на наше глибоке переконання, потребує уточнення, адже забезпечення доказів може виступати універсальним засобом отримання зацікавленими особами доказів для їх аналізу та подальшої передачі до суду в інших видах проваджень як прояв максимального сприяння суду у доказуванні.

Регламентуючи апеляційне, окреме, наказне провадження, перегляд справи за нововиявленими обставинами ЦПК у ст. ст. 163, 297, 302, 306, 311, 318, 321, 330, 335, 340, 344, 348, 356, 426, а також у разі подання заяв по суті справи, передбачає необхідність під час звернення зазначити дані, факти, обставини, які за змістом ст. 81 повинні бути підтверджені доказами, що породжує необхідність заволодіння ними зацікавленими особами. Тож використання інституту забезпечення доказів безперечно повинно поширюватись на згадані види проваджень та заяви. Крім того, зважаючи на усіченість принципу змагальності в окремому провадженні, суд має бути наділений повноваженнями не тільки щодо витребування доказів з власної ініціативи ч. 2 ст. 294 ЦПК, а й щодо можливості застосовувати увесь спектр способів забезпечення доказів, оскільки він фактично підміняє собою опонента за специфікою справ. Також не повинна виключатися можливість забезпечення доказів для позову, зокрема для отримання вихідної інформації, яка необхідна заявнику в забезпеченні позову.

Новизною чинного ЦПК стало включення ініціативи доказової забезпеченості, щоб надалі використовувати докази на Третейському розгляді та розгляді справ Міжнародним комерційним арбітражем, що безумовно пов'язано з особливостями такого розгляду, в тому числі із застосуванням примусу щодо виконання забезпечення доказів. Проте ця норма була внесена до ЦПК із застереженням про необхідність подачі відповідної заяви до апеляційного суду за місцем знаходження боржника або доказів, або майна боржника, або за місцем арбітражу (ч. 8 ст. 116 ЦПК). Водночас ч. 5 ст. 117 додатково встановлює необхідність подачі поруч із заявою про забезпечення доказів також доказів того, що позовна заява вже подана до відповідного Третейського суду або Міжнародного комерційного арбітражу. Це виключає можливість ініціативи забезпечення доказів до подання відповідної позовної заяви, що є виключенням із загального правила.

Наступний етап – розгляд заяви судом. ЦПК передбачає певні особливості розгляду заяви про забезпечення доказів. Важливим для даного етапу дослідження є те, що ч. ч. 2, 3 ст. 135 ЦПК 2004 р. передбачали надання суду різних термінів на розгляд заяви в залежності від вимог заявника. Суд розглядав таку заяву невідкладно, за участі заявника у двох випадках: якщо заява про забезпечення доказів містила обґрунтовану вимогу провести її розгляд терміново; якщо встановлення відповідача було неможливим. За інших обставин суду відводився п'ятиденний термін для розгляду заяви.

Отже, прискорення процедури розгляду відбувалось у випадку реальної необхідності термінового реагування суду на ситуацію, а також у разі відсутності необхідності залучення сторін та інших осіб до процедури розгляду. В чинному ЦПК законодавець відмовився від використання такого розмежування встановивши, відповідно до змісту ч. 2 ст. 118, загальний термін розгляду заяв не більший ніж п'ять днів з дня їх надходження, обґрунтувавши цей період позицією ч. 3 ст. 118, за якою неявка заявника та інших осіб, які можуть отримати статус учасників справи не перешкоджає розгляду справи. Є також і альтернативна процедура розгляду. Відповідно до ч. 4 ст. 118, суд за клопотанням заявника може не залучати до участі в розгляді заяви інших осіб, які можуть отримати статус учасника справи (що, безперечно, теоретично має пришвидшити процедуру розгляду) у вичерпному переліку випадків, а саме: 1) у невідкладних випадках; 2) якщо неможливо встановити, хто має або набуде статусу іншої сторони; 3) у разі, якщо повідомлення іншої сторони може унеможливити або істотно ускладнити отримання відповідних доказів. І хоча сам термін «невідкладно» іноді на практиці позначав досить

тривалий проміжок часу у разі застосування даної норми за ЦПК 2004 р. через завантаження судів та особливостей руху справи від канцелярії суду до судді, все ж його використання фокусувало і заявника, і суд на необхідності швидшого вчинення дій. Однак чинна редакція ЦПК певним чином відійшла від такого фокусування першочерговості у прийнятті рішення.

Також слід звернути увагу на саме формулювання ч. ч. 3, 4 ст. 118, де законодавець, вказуючи на повідомлення чи неповідомлення про час, дату та місце судового засідання, вказує на осіб, які можуть набути статусу учасника справи, не вказуючи при цьому на самих учасників, що не відповідає процесуальним вимогам до забезпечення доказів після подання позовної заяви та потребує уточнення.

Отже, після надходження справи до суду, суд за змістом ч. 4 ст. 117 перевіряє виконання вищенаведених вимог, які необхідні для ініціації процедури забезпечення доказів, що викладені в заяві. За результатами перевірки суд приймає заяву до розгляду або у разі недотримання умов ініціації повертає заяву заявникові, про що постановляє відповідну ухвалу. Слід зазначити, що на цьому етапі перевіряється виконання заявником формальних вимог ініціації забезпечення та визначаються подальші особливості розгляду. Наступною процедурою є безпосередній розгляд заяви, а саме її змістовного наповнення. Такий розгляд відбувається на судовому засіданні з повідомленням інших осіб, якщо раніше не було визначено про розгляд без їхнього повідомлення. За результатами розгляду суд постановляє ухвалу про задоволення заяви чи відмову у задоволенні заяви про забезпечення доказів.

Нововведенням чинного ЦПК у порівнянні з ЦПК 2004р. є можливість визначення судом зустрічного забезпечення, що полягає в наданні додаткових гарантій компенсації збитків, викликаних забезпеченням доказів. Доцільність розміру та порядок зустрічного забезпечення, за змістом ЦПК, визначається судом із урахуванням особливостей ст. ст. 149–159 ЦПК, які регулюють інститут забезпечення позову. Статтею 154 ЦПК визначено випадки необхідності зустрічного забезпечення, зокрема такі: 1) позивач не має зареєстрованого в установленому законом порядку місця проживання (перебування) чи місцезнаходження на території України та майна, що знаходиться на території України, в розмірі, достатньому для відшкодування можливих збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову, у випадку відмови у позові; 2) суду надані докази того, що майновий стан позивача або його дії щодо відчуження майна чи інші дії можуть ускладнити або зробити неможливим виконання рішення суду про відшкодування збитків

відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову, у випадку відмови у позові.

Проте такі положення викликають запитання, а саме: так до кінця незрозуміло, чи зобов'язаний суд перевіряти відповідні обставини в контексті забезпечення доказів; хто буде надавати суду докази про вищенаведені обставини у разі, коли розгляд заяви проводиться без повідомлення інших осіб; чи в праві інша сторона звернутись із клопотанням про зустрічне забезпечення після постановлення ухвали про забезпечення доказів в такій ситуації, коли розгляд був проведений без її участі тощо. Крім того ч. 2 ст. 154 передбачає можливість застосування інституту зустрічного забезпечення виключно для забезпечення позову. З огляду на вищенаведене, можна зробити висновок, що інститут зустрічного забезпечення не до кінця гармонізований з інститутом забезпечення доказів і потребує подальшого доопрацювання.

Цивільне процесуальне законодавство не встановлює розширені вимоги щодо змісту ухвали про забезпечення доказів, обмежуючись вимогою ч. 6 ст. 118 про необхідність зазначення в ухвалі доказу та дій, які необхідно вчинити для його забезпечення. Безумовно, додатково до регулювання змісту ухвали про забезпечення доказів необхідно застосовувати також ст. 260 ЦПК, яка регулює зміст ухвал в цілому.

Окремим та дискусійним є питання оскарження ухвали про забезпечення доказів, оскільки на процес її виконання це не впливає, але призводить до відсутності ознаки достовірності доказу через припис ст. 78 ЦПК. З огляду на підстави оскарження виникають обставини, за яких доказ буде надалі визнано недостовірним через можливі помилки суду, що, як бачимо на практиці, не виключено: «Крім того, зазначений в заяві спосіб забезпечення доказів шляхом призначення земельно-технічної експертизи, також може бути вирішений у разі пред'явлення позову в порядку ст. ст. 143–147 ЦПК України в ході розгляду справи» [5]. Безумовно, ця ситуація є неприпустимою, оскільки вона наперед позбавляє особу засобу доказування, що означає неможливість доведення фактів та обставин надалі, при цьому ніяк не впливаючи на виконання ухвали, тобто фактичного заволодіння доказом.

Виконання ухвали про забезпечення доказів відбувається за правилами, визначеними ЦПК відповідно способу забезпечення.

Виправивши неточність ЦПК 2004 р., законодавець передбачив можливість перегляду ухвал про забезпечення доказів, відмови в забезпеченні доказів чи скасування ухвали про забезпечення доказів у п. 2 ч. 1 ст. 353 ЦПК.

З огляду на вищенаведене, можна зробити висновок про позитивні зміни в регулюванні процедури забезпечення доказів в цивільному процесі

Україні. Але усі питання щодо особливостей цього механізму видаються не до кінця вирішеними та потребують подальшої гармонізації та уточнення. Особливо це стосується підстав для забезпечення, визначення часових меж, зустрічного забезпечення тощо, як основних складових, котрі визначають саму природу та сутність застосування досліджуваного інституту в цілому.

### Література

1. Цивільний процесуальний кодекс України. / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 442.
2. Цивільний процесуальний кодекс України. / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1963. № 30. Ст. 464.
3. Про забезпечення доказів до подання позовної заяви: Ухвала Черкаського районного суду Черкаської області від 22 вересня 2016 р. у справі № 707/2227/16-ц за зверненням ОСОБА 1. // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6153576>.
4. Про забезпечення доказів у порядку ч.4 ст. 133 ЦПК України: Ухвала Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 03 лютого 2017 р. у справі № 658/244/17. // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64571014>.
5. Про визнання неподаною та повернення заяви ОСОБА\_2 Про забезпечення доказів: Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 16 лютого 2016р. у справі №22-ц/774/2409/16 за апеляційною скаргою на ухвалу Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 22 січня 2016 року. // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55818608>.
6. Про забезпечення доказів: Ухвала Дніпровського районного суду м. Києва від 08 квітня 2015 р. у справі № 755/4986/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47597797>.
7. Про застосування норм цивільного процесуально-го законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду: Постанова №5 Пленуму Верховного суду України. / Верховний Суд України: інформаційний сервер. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/3bbb0ab0220f6b9bc22575de004e6fc0?OpenDocument>.

8. Про деякі питання практики застосування Закону України «Про судовий збір»: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 27.09.2012р. № 10-1386/0/4-12 // База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1386740-12>.

9. Про застосування судами законодавства про судові витрати у цивільних справах: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 17.10.2014р. № 10. // База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0010740-14>.

### Анотація

**Лезін Є. Є. Порядок судового забезпечення доказів у цивільному процесі в Україні.** – Стаття.

У статті проводиться дослідження процедури забезпечення доказів у цивільному процесі за участю суду. Аналізуються особливості ініціювання процесу забезпечення доказів, його підготовки, розгляду та здійснення.

**Ключові слова:** забезпечення доказів, цивільний процес України, заява про забезпечення доказів, ухвала про забезпечення доказів.

### Аннотация

**Лезин Е. Е. Порядок судебного обеспечения доказательств в гражданском процессе в Украине.** – Статья.

В статье проводится исследование процедуры обеспечения доказательств в гражданском процессе с участием суда. Анализируются особенности инициирования процесса обеспечения доказательств, его подготовки, рассмотрения и осуществления.

**Ключевые слова:** обеспечение доказательств, гражданский процесс Украины, заявление об обеспечении доказательств, решение об обеспечении доказательств.

### Summary

**Liezin Ye. Ye. The procedure for providing evidence in civil proceedings in Ukraine.** – Article.

The article examines the procedure for providing evidence in a civil process with the participation of the court. The peculiarities of the process of providing evidence, preparation for consideration and implementation are analyzed.

**Key words:** providing evidence, civil process in Ukraine, statement of evidence, decision to secure evidence.

УДК 347.763

**І. С. Лукасевич-Крутник**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри міжнародного права, міжнародних відносин та дипломатії  
Тернопільського національного економічного університету,  
докторант  
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака  
Національної академії правових наук України

## ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ДОПОМІЖНИХ ТРАНСПОРТНИХ ДОГОВОРІВ

Законодавство України у сфері надання транспортних послуг передбачає велику кількість договірних конструкцій. Більшість із них спрямована на врегулювання договірних відносин перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти. Проте в окремих випадках належний процес перевезення неможливий без допоміжних транспортних договорів. Оскільки відповідно до Угоди про асоціацію з Європейським Союзом (далі – ЄС) законодавство України, зокрема у сфері надання транспортних послуг, має пройти шлях максимального наближення до європейських стандартів, то дослідження прогалин у правовому регулюванні системи транспортних договорів може стати ґрунтовною основою гармонізації вітчизняного законодавства зі стандартами ЄС.

Варто зазначити, що загальна характеристика договорів перевезення чи їхніх окремих різновидів були предметом дослідження в працях багатьох українських науковців, серед яких І.О. Безлюдько, І.В. Булгакова, Т.В. Гриняк, Е.М. Деркач, І.А. Діковська, О.В. Клепікова, Т.О. Колянковська, О.С. Кужко, В.В. Луць, Н.С. Нечипоренко, О.М. Нечипуренко, С.Д. Русу, Г.В. Самойленко, Л.Я. Свистун, Є.Д. Стрельцова, Р.І. Таш'ян, М.Л. Шелухін та ін. Проте поза увагою вчених залишилось вивчення поняття та особливостей допоміжних транспортних договорів крізь призму положень національного законодавства України.

Метою цього наукового дослідження є з'ясування поняття та особливостей допоміжних транспортних договорів крізь призму норм національного законодавства України.

Традиційно в науковій та навчальній літературі транспортні договори поділяють на основні та допоміжні. Як зазначає В.В. Луць, основні транспортні договори опосередковують головну сферу взаємовідносин транспортних організацій та клієнтури (договори про перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти, договори буксирування). Допоміжні договори сприяють нормальній організації перевізного процесу (договори на організацію перевезень, транспортного експедирування, на експлуатацію під'їзних колій, подачу та забирання вагонів, вузлові угоди тощо) [1, с. 486].

Такий поділ транспортних договорів є природною класифікацією. Адже відповідно до характеру підстав, які використовують під час поділу поняття, у сучасній науці розрізняють два види класифікації: природну й штучну. Якщо класифікація здійснюється на підставі суттєвих ознак об'єкта дослідження, то така класифікація називається природною. Якщо ж класифікація здійснюється на підставі несуттєвих ознак об'єкта, то вона має назву штучної [2, с. 23]. У разі поділу транспортних договорів використовується такий критерій як цільова спрямованість або мета договору. Так, основні транспортні договори спрямовані на здійснення переміщення певного об'єкта. Тоді як допоміжні договори – на забезпечення укладення та/або виконання основних транспортних договорів. Тобто призначенням таких договорів є регулювання організаційних відносин із метою створення в подальшому умов для виникнення та/або здійснення відносин перевезення. Тому допоміжні транспортні договори називають організаційними.

Варто зазначити, що тема організаційних договорів не є новою в юридичній науці. Вона активно розвивалась, починаючи з середини минулого століття. Засновником теорії організаційних договорів вважається О.А. Красавчиков, який уперше акцентував увагу на необхідності виокремлення організаційних немайнових відносин та запропонував виділити договори, у яких першість мають організаційні засади [3, с. 57]. На думку науковця, організаційні відносини мають низку особливостей. Зміст організаційний відносин складається з організаційних дій (немайнових, неособистих, нетрудових та ін.), направлених на упорядкування (нормалізацію) відносин, що організуються. Такі відносини мають об'єктом впорядкування відносини, а метою – організованість відповідного акту (процесу).

Така позиція знайшла як підтримку, так і різку критику. Одним з основних заперечних доказів існування організаційних відносин було те, що вони не названі серед об'єктів регулювання цивільного права поряд з особистими немайновими та майновими відносинами.

Заперечити необхідність виділення організаційних відносин намагався С.С. Алексеев, який зазначав, що певна організованість характерна для будь-яких суспільних відносин, а організаційні – це лише конститутивний елемент (проміжний момент) у їхньому становленні та розвитку [4, с. 59]. Хоча у своїх подальших працях він зазначав, що організаційні відносини є необхідними й важливими, наприклад, під час укладення договорів, оформлення спадщини, видання довіреності тощо. Водночас за такого трактування організаційні відносини розуміються надто широко. Адже будь-які правовідносини в силу своєї урегульованості нормами права передбачають певну організованість [5, с. 237]. Зазначену концепцію вважав помилковою О.С. Йоффе, наголошуючи, що організованість – невід’ємна властивість суспільних явищ, а О.А. Красавчиков, посилаючись на конкретні способи правової організації окремих майнових відносин, відокремлює її від останніх й оголошує особливим цивільно-правовим відношенням [6, с. 96]. Таку точку зору підтримали Ю.К. Толстой, В.Ф. Яковлева, В.Т. Смірнов, С.М. Братусь та інші.

Проте значно більшу підтримку та подальший розвиток отримала інша позиція щодо наявності серед цивільно-правових відносин організаційних та відповідно виокремлення групи організаційних договорів. Її прихильниками в різні періоди були М.І. Брагінський С.А. Тюріна, С.Ю. Мороз, Є.Б. Подузова, О.Ю. Сафонова, Є.О. Суханов, Р.І. Таш’ян, А.І. Хаснутдінов та багато інших.

Концепція організаційних транспортних договорів знайшла лише часткове закріплення на законодавчому рівні в Україні. Легального визначення поняття допоміжного транспортного договору немає. Проте в кодифікованих актах України врегульовується один із найбільш поширених різновидів організаційних договорів – довгостроковий. Так, у ст. 914 Цивільного кодексу України закріплено поняття та окреслено сферу застосування довгострокового договору. А в ст. 307 Господарського кодексу України, окрім поняття, закріплено види довгострокового договору. У ст. 186 цього кодексу вживається термін «організаційно-господарські договори», проте зі змісту статті неможливо визначити, що це за договори, в чому їхні особливості та які види бувають. Окремі види допоміжних транспортних договорів регулюються підзаконними нормативно-правовими актами.

На відміну від національного законодавства України, законодавство багатьох країн закріплює дефініцію організаційних договорів та визначає їхні особливості.

Так, за законодавством США організаційні договори призначені для встановлення винятково довгострокових відносин. Тому в таких договорах значну зацікавленість мають обидві сторони.

Наприклад, у штаті Делавер розроблена концепція організаційних договорів, відповідно до якої такий договір складається з двох частин: 1) стандартна генеральна домовленість, яка визначає межі спільної діяльності сторін та основні напрями їхньої співпраці; 2) пов’язані з генеральною додаткові домовленості, які укладаються для організації відносин у кожній конкретній ситуації. Додаткові домовленості містять детальну інформацію про зобов’язання партнерів і виділення коштів. Вони є гнучкими й можуть передбачати зміну зобов’язань [7].

Турецьким законодавством закріплено поняття організаційного договору, під яким розуміють глобальний договір, який є стратегічною ініціативою для підприємств, направлених на довготривалі партнерські відносини, узгодження їхньої діяльності й стратегії на майбутню діяльність [8].

У законодавстві Австралії також згадується про організаційні договори. Так, для організації довготривалої співпраці між сторонами може бути укладений організаційний договір, водночас його умови не можуть бути змінені в майбутньому, навіть за взаємною домовленістю контрагентів [9].

Організаційні договори відомі договірній практиці та праву Великобританії. Проте для англійського законодавства характерний формальний підхід до визначення суті організаційного договору, врегульованого нормами загального права, без чіткого визначення поняття цього виду договору та його істотних умов [10, с. 124]. Більше того, організаційні договори можуть бути укладені й в усній формі. Так, якщо контрагенти домовляться про здійснення взаємних прав та обов’язків, то організаційний договір вважається укладеним і підлягає судовому захисту [11].

Основним джерелом законодавства, яке регулює договори в праві Індії, є Індійський закон 1972 року. Суть договору відповідно до індійського законодавства зводиться до таких аспектів: потенційні контрагенти домовляються про те, що в майбутньому укладається будь-який договір, попередньо узгоджують його істотні умови (строк укладення, ціна договору, його предмет, відповідальність за невиконання), тобто організаційний договір є своєрідним договором-обіцянкою. Він набирає чинності з моменту укладення, є обов’язковим для сторін і за загальним правилом такий договір не можна відмінити або ж змінити умови майбутнього договору. За невиконання договору-обіцянки сторони несуть передбачену законом відповідальність [12].

Отже, поняття організаційного договору, його зміст та трактування залежить від особливостей національної правової системи та правозастосовної практики.

Відсутність закріпленого поняття допоміжних (організаційних) транспортних договорів на зако-

нодавчому рівні створює ґрунт для наукових дискусій.

Так, на думку К.Б. Подузової є загальне поняття організувальних договорів, які в свою чергу поділяються на організаційні договори (договори з організації договірних відносин) і договори з організації спільної діяльності. Під організаційним потрібно розуміти договір, згідно з яким сторони зобов'язуються укласти між собою у певний строк основний договір (декілька основних договорів), деякі умови яких містяться в організаційному договорі, і /або вчинити дії, які сприяють укладенню між тими ж сторонами основного договору (декількох основних договорів) [13, с. 35]. Цю позицію підтримує в одній зі своїх праць Р.І. Таш'ян [14, с. 251].

Іншої позиції дотримується О.Ю. Сафонова, яка під організаційним договором пропонує розуміти домовленість про організацію довготривалих правових зв'язків у вигляді потоку різноманітних ділових відносин, направлених на підвищення ефективності відповідного виду підприємницької діяльності [15, с. 50].

Відповідно до позиції Єфімової Л.Г. організаційним є договір, мета якого полягає в організації тривалих правових зв'язків у вигляді потоку різноманітних ділових відносин, для досягнення якої необхідно укладення (як правило, між тими ж сторонами) договорів-додатків; водночас окремі умови узгоджуються в базовому договорі. Учена називає цей договір рамковим, використовуючи вказані терміни як синоніми [16, с. 3].

Науковець С.А. Тюріна пропонує під організаційним договором розуміти домовленість двох і більше осіб, яка визначає умови їхньої участі в конкретних зобов'язаннях у майбутньому і/або спрямована на упорядкування й забезпечення їхньої взаємопов'язаної діяльності [17, с. 8].

На думку Р.І. Таш'яна організаційним є договір, який передбачає порядок укладення інших договорів, установлює базові елементи змісту майбутнього зобов'язання, передбачає процедуру визначення умов інших договорів, а також їхнього виконання і водночас є елементом єдиного юридичного складу та в сукупності з ними зумовлює настання цивільно-правових наслідків [18, с. 86]. Спираючись на це визначення, але з врахуванням сфери транспорту, науковець формулює поняття «транспортний організаційний договір» [18, с. 89].

Найбільш обґрунтованою видається точка зору С.Ю. Морозова, який вважає, що за організаційним договором сторони зобов'язуються виконати визначені договором спільні дії, направлені на виникнення іншого цивільно-правового зобов'язання між тими ж чи іншими особами, і/або на його виконання відповідно до умов організаційного договору [19, с. 43].

Така значна увага науковців до допоміжних транспортних договорів свідчить про їхню важливість та практичну значимість, адже кількість судових спорів щодо реалізації таких відносин у сьогоденних умовах зростає. Проаналізувавши різні наукові підходи, пропонуємо власну дефініцію досліджуваного поняття: за допоміжним транспортним договором сторони зобов'язуються організувати укладення іншого транспортного договору та/або його виконання відповідно до умов організаційного договору. Закріплення на законодавчому рівні в положеннях Цивільного кодексу України поняття допоміжного транспортного договору усуне наукові дискусії щодо цього питання.

Допоміжні транспортні договори є самостійною групою транспортних договорів поряд з основними. Про це свідчать їхні характерні риси, особливості. До них належать такі:

1) допоміжні транспортні договори відрізняються від основних передусім своєю цільовою спрямованістю. Вони направлені на організацію укладення та/або виконання іншого транспортного договору;

2) допоміжний транспортний договір, як правило, направлений на реалізацію неодноразово повторюваних основних договорів перевезення протягом певного проміжку часу. Про це свідчить, наприклад, норма статті 914 Цивільного кодексу України, де зазначається, що довгостроковий договір як один із різновидів допоміжних договорів, направлений на здійснення систематичних перевезень;

3) допоміжні транспортні договори застосовуються у сфері перевезення вантажів різними видами транспорту. Проте на сьогодні прослідковується тенденція укладення допоміжних договорів, спрямованих на організацію систематичних перевезень пасажирів. Тобто договірна практика свідчить про розширення сфери застосування транспортних договорів організаційного характеру;

4) суб'єкти допоміжного транспортного договору й договору, на організацію якого він спрямований, можуть частково або повністю не збігатися;

5) зміст допоміжних організаційних договорів передбачає процедуру укладення та/або виконання інших транспортних договорів, встановлює істотні умови майбутнього транспортного договору і є елементом єдиного юридичного складу, який зумовлює настання цивільно-правових наслідків, спрямованих на забезпечення процесу переміщення об'єкта до пункту призначення.

Зазначене дослідження поняття та особливостей допоміжних транспортних договорів дозволяє сформулювати висновки.

Допоміжні транспортні договори є самостійною групою транспортних договорів поряд з основними. Проте в законодавстві України, на відміну від законодавств інших країн, такі договори

не отримали належного визнання. Оскільки значення цих договорів у динаміці зобов'язань перевезення зростає, то видається за доцільне закріпити поняття допоміжного транспортного договору на законодавчому рівні.

Наведене наукове дослідження може стати базою для подальших наукових розробок щодо окремих різновидів допоміжних транспортних договорів чи їхньої системи.

### Література

1. Луць В.В. Загальні положення про транспортні договори / Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С.Кузнєцова та ін.: за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 1200 с.
2. Гриняк А.Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03; Нац. акад. прав. наук. Київ, 2013. 494 с.
3. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50-57.
4. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. Москва, 1971. 223 с.
5. Алексеев С.С. Структура советского права. Москва: Юрид. лит., 1975. 258 с.
6. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. – Л., 1975. – 160 с.
7. URL: <http://international.udel.edu/project/agreements/default.htm>.
8. URL: <http://dc260.4shared.com/img/04nCOyAd/preview.html>.
9. See generally *Prints for Pleasure Ltd v Oswald-Sealy (Over-seas) Ltd* 3 NSW 761 at 765-6.
10. William Lawrence Clark, Archibald Hall Throckmorton. Handbook of the law of contracts. West, 1914.
11. J Steyn, Contract law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men. 1997. 113 Law Quarterly Review 433.
12. URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Contract>.
13. Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве: монография. Москва: Проспект, 2015. 180 с.
14. Таш'ян Р.І. Поняття організаційного транспортного договору. Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (Харків, 27 лют. 2015 року). Харків, 2015. С. 249–251.
15. Сафонова Е.Ю. Место и роль организационных договоров в системе гражданско-правовых договоров. Юридическая наука. 2012. № 3. С. 48–51.
16. Ефимова Л.Г. Рамочные (организационные) договоры. Москва: Волтерс Клувер, 2006. 104 с.
17. Тюрина С.А. Договор как регулятор организационных отношений в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2012. 28 с.
18. Таш'ян Р.І. Транспортні організаційні договори. Вісник Національної академії правових наук України. 2015. № 1(80). С. 82–91.
19. Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. Москва: Норма, 2011. 352 с.

### Анотація

**Лукашевич-Крутник І. С. Поняття та особливості допоміжних транспортних договорів.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню поняття та особливостей допоміжних транспортних договорів. У ній проаналізовано позиції науковців-цивілістів щодо значення досліджуваних договорів у різні історичні періоди та з'ясовано їхнє місце в системі транспортних договорів України, вивчено досвід інших країн у врегулюванні таких договірних відносин. На підставі цього сформульовано власні висновки та запропоновано відповідні зміни до законодавства України.

**Ключові слова:** транспортні договори, основні транспортні договори, допоміжні транспортні договори, організаційний транспортний договір, договори перевезення.

### Аннотация

**Лукашевич-Крутнык И. С. Понятие и особенности вспомогательных транспортных договоров.** – Статья.

Статья посвящена исследованию понятия и особенностей вспомогательных транспортных договоров. В ней проанализированы позиции ученых-цивилистов относительно значения исследуемых договоров в различные исторические периоды и выяснено их место в системе транспортных договоров Украины, изучен опыт других стран в урегулировании таких договорных отношений. На основании этого сформулированы собственные выводы и предложены соответствующие изменения в законодательство Украины.

**Ключевые слова:** транспортные договоры, основные транспортные договоры, вспомогательные транспортные договоры, организационный транспортный договор, договоры перевозки.

### Summary

**Lukasevych-Krutnyk I. S. Concept and features of auxiliary transport contracts.** – Article.

The article deals with the research of the concept and features of auxiliary transport contracts. It analyzes the position of civilian scientists regarding the significance of the treaties investigated in different historical epochs, their place in the system of transport contracts, their experience in the settlement of such contractual relations, as well as the experience of others countries. Conclusions have been formed and appropriate changes to the legislation of Ukraine have been on the basis of this scientific research.

**Key words:** transport contracts, main transport contracts, auxiliary transport contracts, organizational transport contract, contract of carriage.

УДК 347.124:332.025.28

**Н. Б. Москалюк**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
в.о. завідувача кафедри економічної безпеки та фінансових розслідувань  
Тернопільського національного економічного університету

## ГНОСЕОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ НАЦІОНАЛІЗАЦІЇ В СИСТЕМІ НАБУТТЯ ПРАВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

Серед примусових підстав припинення права власності за нормами ст. 346 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [1], які породжують набуття прав державної власності, визначено реквізицію та конфіскацію. І хоча нормами цивільного законодавства поняття націоналізації не визначено, події із встановлення державної власності на окремі категорії об'єктів все ж мають місце в національній практиці. Варто згадати хоча б націоналізацію «Приватбанку». Тож для розуміння сутності примусового переходу прав власності від осіб до держави, варто здійснити аналіз означеного поняття в історичній ретроспективі і в прив'язці до вимог міжнародних нормативно-правових актів та іноземної практики. Важливо не лише правильно визначитись із понятійно-категоріальним апаратом, а й із суттю і змістом механізму націоналізації.

Попри те, що з 1992 року існує цілий комплекс законодавчих актів щодо питань приватизації, які регулюють питання переходу від державної до приватної чи колективної власності, чітко сформованого й науково обґрунтованого інституту протилежного приватизації не існує. У своїх попередніх публікаціях [2] ми звертались до інституту реприватизації як способу набуття прав державної власності й підтримували позицію, що це механізм протилежний приватизації та наголошували, що він стосується лише майна, яке підлягало роздержавленню. А тому в питанні націоналізації як способу набуття прав державної власності, відстоюватимемо думку про значно ширше поняття, механізм якого відмінний у складі об'єктів, підставах застосування і його юридичних наслідках.

Питанням націоналізації у своїх наукових працях увагу приділяли такі національні та зарубіжні вчені як С.С. Алексєєв, Алі Халіль Ібрагім, В.А. Белов, В.М. Венеціанов, Н.В. Вороніна, Є.П. Губін, О.В. Дзера, Ю.А. Дорофєєва, В.Б. Ісаков, О.А. Красавчіков, Я.Ф. Миколенко, К.І. Скловський, В.С. Толстой, Є.О. Харитонов, Н.Ю. Челишева, Л.В. Щетіннікова та інші. У працях указаних учених хоча й згадується механізм націоналізації, проте він стосується вже не чинного національного або чинного іноземного законодавства, а тому не може цілком охарактеризувати його з позиції сучасного набуття прав державної власності, що ще раз підтверджує неабияку актуальність нашого дослідження.

Примусове обмеження прав осіб державою існувало в різний час, в різних формах і з різними наслідками. Науковці завжди намагались дослідити та науково обґрунтувати механізми таких обмежень. Націоналізація як поняття то з'являлось, то викорінювалось із норм законодавства й у цих процесах зазнавало суттєвих змін. Значний вплив на цю цивільно-правову конструкцію мають політичні процеси в державі, і вона, як жодна інша, здатна стояти на захисті суспільних інтересів. Неодноразове застосування механізму націоналізації в сучасних умовах розвитку демократичного суспільства вказує на необхідність перегляду нашого не зовсім лояльного ставлення до цього процесу й асоціації його винятково з комуністичним минулим нашої держави.

Важливо дослідити також вимоги міжнародних нормативно-правових актів у питаннях націоналізації і практики іноземних держав у її проведенні, адже лише так можна буде науково обґрунтувати необхідність подальшої еволюції цього механізму як приватноправового інституту набуття прав державної власності.

Метою цієї статті є аналіз розвитку механізму націоналізації як одного із способів набуття прав державної власності й окреслення подальших напрямів його вдосконалення завдяки симбіозу кращого досвіду минулого, сучасного іноземного досвіду та вимог міжнародних нормативно-правових актів.

Обмеження майнових прав приватних суб'єктів державою існувало в різноманітних формах фактично із часів римського права. Так, на основі закону державна казна мала іпотеку в майні платників, проте примусове вилучення у той час могло бути лише в порядку конфіскації за здійснений злочин. Такий стан речей пояснюється тим, що в Римі «приватне право превалювало на державою, тобто не приватне право побудоване за політичними принципами, а держава за приватноправовими» [3, с. 189]. Отож, обмеження прав приватної власності в римському праві існували, проте вилучень у межах цивільно-правового інституту не було.

Першими відомими випадками примусової зміни форми власності з приватної в державну є акти, здійснені у Франції під час Великої французької революції в кінці XVIII ст., а потім в Німеччині

в XIX ст. І саме XX ст. стало найбільш насиченим щодо таких змін століттям і вписало в історію цивілізації глобальні революційні події у всьому світі, що супроводжувалися актами масових вилучень в Росії, Східній Європі, Азії та Африці, а також в Латинській Америці. Саме у XX ст. відбулось повне вилучення приватної власності (зокрема іноземної) в Росії після Жовтневої революції 1917 р. і в країнах Східної Європи після Другої світової війни. Також відбувалось вибіркове вилучення окремих об'єктів або галузей економіки. Зокрема, в 1938 р. в Мексиці була вилучена в державну власність нафтова промисловість, в Англії – окремі галузі промисловості (вугільна, сталеливарна), в 1956 р. в Єгипті був переданий у державну власність Суецький канал, в 1982 р. у Франції – банківська система [4, с. 143].

Під час приведення вищезазначених прикладів, ми свідомо уникаємо конкретної термінології при дослідженні фактів передання власності із приватних рук у державні. А пояснюється це тим, що термінологія вже у той час була неоднозначною. Так, в російській дореволюційній цивілістиці примусове вилучення називалось експропріацією і визначалось як «надзвичайний, виключний спосіб припинення права приватної власності» [5, с. 203]. Порядок проведення експропріації встановлювався у ст. 575-608 Закону Цивільного. Указаними статтями встановлювалися загальні та особливі випадки експропріації: до них належали випадки продажу майна від імені держави з публічних торгів для забезпечення боргів власника; до особливих – випадки примусового вилучення майна боржника в казну держави і вилучення майна, яким власник не мав права володіти за вказівкою закону. Особливим випадком експропріації виділяли примусове обмеження майнових прав приватних осіб державою (примусові позики, засоби, що застосовувались у випадку голоду тощо). Як указувалось цивілістами того часу, «тут усе визначається станом суспільства на цей момент, особливим, виключним, і тому тут насамперед необхідне майно, а потім уже виникає питання про винагороду» [6, с. 439].

Є.В. Васьковський з цього приводу зазначав: «Якщо експропріація визначалась як примусове вилучення державою визначеного нерухомого майна з володіння власника за відому винагороду для загальнокорисного блага, то існувала і відмінна від неї основа припинення права приватної власності: здійснення державою права крайньої необхідності, коли ним у виняткових обставинах вилучаються із володіння приватних осіб ті чи інші речі, наприклад, зачумлені тварини, предмети побуту в часи війни і т.д.» [7, с. 161-167]. Отож, із зазначеного можемо зробити висновок про існування двох категорій підстав вилучення майна у приватного власника: загальносуспільне благо

й виключні обставини війни, голоду, епідемій та епізоотій. І називалось таке вилучення експропріацією, основою для проведення якої був закон, спрямованість на задоволення загальносуспільних благ і застосування обов'язкової компенсації власнику.

Із 1917 р. термін «експропріація» більше не існував у російському законодавстві, проте він фактично був замінений на термін «націоналізація». Так, згідно з Декретом про землю 1917 р., суб'єкт, що набував права власності на примусово вилучене майно, був визначений як «державна». Дефініція націоналізації була законодавчо закріплена лише 1928 р. Загальними засадами землекористування та землевпорядкування як «відміна назавжди права приватної власності». То ж суть процесу вилучення не змінилася, проте термін «націоналізація» був, на думку цивілістів, кращий від «експропріації», бо мало за мету задоволення інтересів нації, народу.

Якщо аналізувати міжнародне законодавство на предмет існування в ньому норм щодо можливостей держав застосовувати вилучення і як цей процес називати, то варто відзначити наступне: в теорії і практиці міжнародного права аж до 70-х рр. минулого століття право держав на націоналізацію (експропріацію) власності іноземних юридичних і фізичних осіб було одним із найбільш дискусійних питань. Це пояснювалось тим, що припинення інвестиційної діяльності як результат примусового вилучення капіталовкладень державою, що приймає, уважалось найбільшою загрозою для іноземного інвестора. На сьогодні ситуація докорінним чином змінилася й право держави на націоналізацію (експропріацію) почали визнавати повсюдно. Указане стало результатом багаторічного розвитку міжнародного інвестиційного права.

Як бачимо із вищезазначеного, у науці міжнародного права вживаються одночасно обидва терміни, до того ж як синоніми. Міжнародне нормативно-правове регулювання підтверджує, що це застосування термінології є доволі загальним. Так, у Резолюції з Постійного суверенітету держав над природними багатствами, що була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 1962 р. встановлюється таке: «Націоналізація, експропріація або реквізиція повинні бути викликані необхідністю комунального обслуговування, цілями безпеки або зроблені в національних інтересах, які визнані такими, що превалюють над індивідуальними або приватними інтересами, як місцевими, так і іноземними. Власнику має бути виплачена компенсація згідно з чинним законодавством держави, що застосувала подібні заходи в силу свого суверенітету і відповідно до міжнародного права» [8].

Статутом Економічних прав й обов'язків держав 1974 р. встановлено, що «Кожна держава

має право: а) регулювати й здійснювати владу над іноземними інвестиціями в межах національної юрисдикції згідно зі своїми законами та інструкціями й у відповідності зі своїми національними цілями й пріоритетами. Жодна держава не повинна примушувати надавати преференційного режиму іноземних інвестицій б) націоналізувати, конфіскувати або передати іноземну власність за таких умов можливо лише у разі виплати відповідної компенсації державою, що вживає таких заходів. У разі, якщо з питанням про виплату компенсації виникають суперечності, вони повинні вирішуватися відповідно до внутрішньодержавного законодавства країни, яка проводить націоналізацію, і в її судах» [9].

Із вказаного вище можемо зауважити, що міжнародне законодавство щодо вилучення права приватної власності вживає терміни «націоналізація», «експропріація» та «реквізиція». Механізм уживання цих термінів указує, що кожна з держав може сама обирати, яку термінологію застосовувати у своєму внутрішньому праві. Важливо, що яку б термінологію держава не обрала, вона повинна дотримуватись правил, визначених нормами міжнародного права щодо виключного характеру, захисту публічних інтересів й адекватної компенсації.

Єдності розуміння вживаних термінів серед науковців також немає. Так, Р. Огуст розділяє націоналізацію й експропріацію за критерієм наявності або відсутності компенсації: щодо сплати компенсації мова йде про націоналізацію, а за її відсутності – про експропріацію [10, с. 63]. Д. Карро і П. Жюйар пишуть, що експропріація є результатом адміністративного заходу, націоналізація впливає із законодавчого акта, а конфіскація є мірою відповідальності (санкцією). На їхню думку, експропріація проводиться під контролем судових органів, тоді як націоналізація часто виявляється поза всяким контролем. Розбіжність цих процедур відображає економічну й правову реальність. Об'єктом експропріації стає власність окремих осіб; націоналізації – сукупна власність, необов'язково індивідуалізована. Далі експропріація націлена на задоволення суспільно корисної потреби, має місцеве значення; націоналізація – на задоволення суспільно корисної потреби загальнонаціонального значення. Ці відмінності, на думку вчених, мають сенс в цивільно-правовій сфері й не виникають в інших сферах, у яких є експропріація, але немає націоналізації [11, с. 432]. Поняття націоналізації є складовою частиною поняття експропріації, вважають французькі фахівці.

На думку відомого цивіліста М.М. Богуславського, «націоналізацію як загальний захід держави зі здійснення соціально-економічних змін слід відрізнити від експропріації як заходу з ви-

лучення окремих об'єктів у власність держави» [12, с. 179].

Ми з приводу застосовуваної термінології вважаємо, що слід звернути увагу на етимологію слова, яке вживається як те чи інше поняття. Експропріація з лат. *expropriatio, expropriatio* – «позбавляю власності», тоді як націоналізація є французьким терміном *nationalisation*, що походить від латинського слова *natio* – народ й означає процес перетворення приватних активів у національні. Тож, зважаючи на необхідність задоволення публічно-правових інтересів і гарантування безпеки, процес зміни форми власності доречніше все-таки називати націоналізацією.

Варто зауважити, що сучасне національне законодавство поняття «націоналізація» не містить. Ст. 41 Конституції вказує, що «примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом та за умови попереднього й повного відшкодування їхньої вартості. Примусове відчуження таких об'єктів із подальшим повним відшкодуванням їхньої вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану» [13]. Отже, не закріплюючи офіційно назви поняття, законодавством все ж допускається примусове відчуження. Указана конституційно-правова норма має ще одне фундаментальне значення – вона допускає «примусове відчуження», а не «примусове вилучення». Це означає, що безкоштовного позбавлення приватної власності навіть із мотивів суспільної необхідності, воєнного чи надзвичайного стану бути не може.

2012 р. було прийнято Закон України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану», основною метою якого є визначення механізму передання, примусового відчуження або вилучення майна у юридичних та фізичних осіб для потреб держави в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану. Указаний закон містить два способи переходу прав власності до держави: примусове відчуження майна як позбавлення власника права власності на індивідуально визначене майно, що перебуває у приватній або комунальній власності та яке переходить у власність держави для використання в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану за умови попереднього або наступного повного відшкодування його вартості; та вилучення майна – позбавлення державних підприємств, державних господарських об'єднань права господарського відання або оперативного управління індивідуально визначеного державного майна з метою його передачі для потреб держави в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану.

Аналізуючи Закон України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану», можемо констатувати його логічність, системність і повноту. Так, нормами закону встановлено правову основу примусового відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану; способи примусового відчуження або вилучення майна; органи, що приймають рішення про примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану; органи, що приймають рішення про примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму надзвичайного стану; особливості передачі та примусового відчуження комунального майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану; вимоги до акта про примусове відчуження або вилучення майна; оцінка майна; право на відшкодування вартості майна; фінансування компенсації та заходів з примусового відчуження або вилучення майна; порядок отримання компенсації за примусово відчужене майно; порядок повернення примусово відчуженого майна, що збереглося, та надання іншого майна; вирішення спорів; а також відповідальність за порушення законодавства про відшкодування вартості майна та повернення примусово відчуженого майна. За такого детального регламентування всіх аспектів примусового відчуження та вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану баланс інтересів приватного власника та держави, на нашу думку, дотриманий. Якщо норм закону буде дотримано, то перехід від приватної чи колективної до державної форми власності буде здійснено в правовому полі.

Ст. 353 ЦК України визначено правовий режим реквізиції. Так, «у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин, з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього й повного відшкодування його вартості (реквізиція). В умовах воєнного або надзвичайного стану майно може бути примусово відчужене у власника з наступним повним відшкодуванням його вартості. Реквізоване майно переходить у власність держави або знищується. Оцінка, за якою попередньому власникові була відшкодована вартість реквізованого майна, може бути оскаржена у суді. У разі реквізиції майна його попередній власник може вимагати як заміну надання йому іншого майна, якщо це можливо. Якщо після припинення надзвичайної обставини реквізоване майно збереглося, особа, якій воно належало, має право вимагати його повернення у судовому порядку» [15].

Порівнюючи норми ст. 353 ЦК України із нормами вищевказаного Закону України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану», можна дійти висновку, що в останньому йдеться саме про інститут реквізиції. То ж норми Закону цілком відповідають нормам, встановленим у ЦК України й Конституції України.

Аналізуючи норми щодо реквізиції, можна виділити такі її основні характеристики:

- реквізиція направлена на відвернення стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин;
- примусове відчуження здійснюється з метою суспільної необхідності;
- реквізиція передбачає повне попереднє або наступне відшкодування;
- після завершення надзвичайних обставин попередній власник може вимагати повернення йому реквізованого майна.

Суспільна необхідність як обумовлена загальнодержавними інтересами виключна необхідність, для забезпечення якої допускається примусове відчуження власності у встановленому законом порядку, має, на нашу думку, значно ширше значення, ніж це встановлено для застосування норм про реквізицію. Так держава як регулятор повинна мати можливість забезпечувати економічну безпеку пріоритетних галузей і сфер, активно здійснювати управління економікою, а від того в національному законодавстві мають бути детально регламентовані процеси примусового відчуження майна, майнових прав та/або цілісних майнових комплексів. Таке відчуження й носило б назву «націоналізація».

Основна відмінність, що пропонується нами між поняттями «реквізиція» та «націоналізація» – це те, що при націоналізації не потрібне існування надзвичайних обставин, а потрібна лише суспільна необхідність, також при націоналізації не існувало б режиму повернення майна попередньому власнику. Подальша приватизація націоналізованого була б дозволена лише за економічної доцільності такої.

На підтримку своєї позиції наведемо приклад Франції, яка у кінці ХХ ст. активно застосовувала процеси націоналізації паралельно з приватизаційними процесами й тому формувала свою економічну безпеку та відстоювала економічні інтереси своїх громадян.

За правління Ф. Міттерана 1982 р. націоналізація носила стратегічний характер і наділила уряд можливістю здійснювати активне втручання в економіку. Вона багато в чому була також пов'язана з тим, що приватний сектор недофінансовував важливі галузі економіки, особливо такі, як виробнича інфраструктура, інформацій-

ні технології, нові дослідження в промисловості, авіабудуванні, металургії та ін. Усі ці галузі виявилися до того періоду неконкурентоспроможними, і приватний сектор не міг їх модернізувати відповідно до нових міжнародних вимог, які були задані інфраструктурою провідних економічних держав світу (США, Японією, Німеччиною). За таких обставин були націоналізовані п'ять промислових груп (CGE, Pechiney, Rhone, Poulenc, Saint-Gobain and Thomson), а також 41 банк і фінансова установа. Сталеливарна промисловість (Usinor and Sacilor) також стала державною власністю. Держава придбала контрольний пакет акцій таких підприємств передової технології, як Matita, Dassault, Bull, і IТТ France. Як наслідок, більше 25% всієї економіки Франції стало знаходитися під безпосереднім керівництвом держави або домінуючим впливом держави у відповідних країнах [16].

Державний сектор Франції, який до того періоду був більший, ніж у будь-якій іншій країні, отримав величезні фінансові дотації за рахунок державного бюджету; якісно покращився його менеджмент. І вже через чотири роки після націоналізації він став об'єктом нової денационалізації (1986-1988 рр.), тобто приватизації. До цього періоду в націоналізовані підприємства, як було зазначено вище, були вкладені величезні кошти, вони піддалися докорінній модернізації, стали цілком конкурентоспроможними в світовій економіці. Приватизації оновлених галузей і сфер принесли бюджету надприбутки. Це значно зміцнило державний бюджет і дозволило привести його у відповідність до Маастрихтського договору (дефіцит 3%). Пояснюючи мотиви націоналізації, зазвичай, думки французів сходяться на тому, що держава таким шляхом «підтягує» великі фірми до конкурентоспроможного рівня, укладаючи в них великі фінансові ресурси (інвестиції), розраховуючи після цього на значні прибутки у вигляді податків і великих вливань до бюджету після проведеної приватизації націоналізованих об'єктів.

Приведені нами французькі приклади кінця ХХ ст. показово переконують нас у необхідності законодавчого закріплення «правил гри» щодо націоналізації, хоча й зараз такі випадки в державі непоодинокі. Так, новий президент Франції Е. Макрон оголосив про націоналізацію верфі STX у Сен-Назері. Мажоритарним акціонером верфей є південнокорейський конгломерат, над яким нависла загроза банкрутства. Кредитори STX вирішили продати французьку дочірню компанію і претендент був лише один – італійська суднобудівна компанія Fincantieri. У Франції заговорили про те, що продаж верфі загрожує національним інтересам, не кажучи про перспективу втрати 7000 робочих місць. То ж прийняттям рішення про націоналізацію держава втримає робочі міс-

ця й збереже єдиного унікального виробника, здатного будувати великі корпуси для військових кораблів до кращих часів. Цим буде забезпечена й соціальна, і економічна, і військова безпека держави.

В Україні, на жаль, складається практика, коли державні підприємства свідомо доводять до банкрутства і виставляють на приватизацію лише тоді, коли їхня ціна буде найнижчою, а умови купівлі таких об'єктів для олігархів будуть найвигіднішими. То ж ця практика прямо протилежна французькій і веде українську економіку до знищення. Запровадженням націоналізації ми пропонуємо докорінно змінити ситуацію і нарешті почати забезпечувати економічну безпеку держави та громадян. Для цього нами пропонується розширити зміст ст. 535 ЦК України додатковими чотирма пунктами. Статтю перейменувати «Примусове відчуження майна» і встановити правове регулювання нею для реквізиції та націоналізації одночасно. Так, долучити до ст. п. 7 який вказуватиме: «У випадку суспільної необхідності майно, майнові права та/або цілісні майнові комплекси можуть бути примусово відчужені у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості (націоналізація)». П. 8 передбачити, що «Націоналізоване майно переходить у власність держави». П. 9 вказуватиме, що «Оцінка, за якою попередньому власникові була відшкодована вартість націоналізованого майна, може бути оскаржена в суді». П. 10 передбачатиме, що «Після припинення суспільної необхідності націоналізоване майно, майнові права та/або цілісні майнові комплекси можуть підлягати приватизації». На основі вказаних норм Цивільного кодексу має бути прийнятий окремий закон, який регулюватиме усі аспекти націоналізаційного механізму. Лише з прийняттям норм щодо націоналізації і їхнім адекватним відображенням у чинному національному законодавстві, можна буде говорити про забезпечення балансу інтересів приватного та державного власника й адекватного задоволення суспільних інтересів. Питання націоналізації має бути, на наш погляд, деполітизовано й виступати одним з інструментів гарантування економічної безпеки держави.

#### *Література*

1. Цивільний кодекс України від 28 листопада 2001 р.. Голос України. 2003. № 45-46. 12 березня. № 47-48. 13 березня.
2. Москалюк Н.Б. Еволюція механізму реприватизації як способу набуття прав державної власності. Альманах міжнародного права. 2017. № 18.
3. Иеринг Р. Дух римського права. Москва, Петербург, 1875. 321 с.
4. Данельян А.А. Национализация в современном международном праве. Закон. 2014. № 4. С. 142-143.

5. Гуляев А.М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства, кассационной практики прав. Сената и Проекта гражданского уложения. Пособие к лекциям. Санкт-Петербург, 1913.

6. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. 1 ч. Санкт-Петербург, 1896.

7. Васильковский С.В. Учебник русского гражданского права. Санкт-Петербург, 1887.

8. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» від 14 грудня 1962 року (сист. номер: 995\_819). Офіційний веб-сайт ВР України. URL: <http://portal.rada.gov.ua>.

9. Хартія економічних прав та обов'язків держав від 12 грудня 1974 року (сист. номер 995\_077) // Офіційний сайт ВР України. URL: <http://portal.rada.gov.ua>.

10. August R. International Business Law: Text, Cases, and Readings. London, 2004.

11. Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право / науч. ред. В. М. Шумилов. Москва: Международн. отношения, 2002. 580с.

12. Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. Москва, 1996.

13. Конституція України, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. №30. Ст. 141.

14. Закон України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану». Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 15, ст. 99.

15. Цивільний кодекс України від 28 листопада 2001р. Голос України. 2003. № 45-46. 12 березня. № 47-8. 13 березня.

16. Хасбулатов Р.И. Мировая экономика: учебник для бакалавров. Москва: Издательство Юрайт, 2015. 884 с.

### Анотація

**Москалюк Н. Б. Гносеологічні аспекти націоналізації в системі набуття прав державної власності.** – Стаття.

Стаття присвячена націоналізації як одному зі способів набуття прав державної власності. Автором аналізується національне нормативно-правове забезпечення механізму націоналізації в історичній ретроспективі і в порівнянні з міжнародним нормативно-правовими регулюваннями. Особлива увага в дослідженні приділена розмежуванню понять «націоналізація», «реквізиція»

та «реприватизація». Автором здійснено детальний аналіз націоналізаційного механізму, що визначений нормами чинного законодавства, з позиції відповідності його нормам міжнародних нормативно-правових актів та іноземної практики.

**Ключові слова:** націоналізація, реприватизація, реквізиція, державна власність, набуття прав, баланс прав, інвестиції.

### Аннотация

**Москалюк Н. Б. Гносеологические аспекты национализации в системе приобретения прав государственной собственности.** – Статья.

Статья посвящена национализации как одному из способов приобретения прав государственной собственности. Автором анализируется национальное нормативно-правовое обеспечение механизма национализации в исторической ретроспективе и по сравнению с международным нормативно-правовым регулированием. Особое внимание в исследовании уделено разграничению понятий «национализация», «реквизиция» и «реприватизация». Автором осуществлен подробный анализ национализационного механизма, определенного нормами действующего законодательства, с позиции соответствия его нормам международных нормативно-правовых актов и иностранной практики.

**Ключевые слова:** национализация, реприватизация, реквизиция, государственная собственность, приобретение прав, баланс прав, инвестиции.

### Summary

**Moskaliuk N. B. Gnosiological aspects of nationalization in the system of acquisition of public property rights.** – Article.

The article is devoted to nationalization as one of the ways to acquire state property rights. The author analyzes the national legal and regulatory framework of the nationalization mechanism in the historical retrospective and in comparison with international normative legal regulation. Special attention is paid to the distinction between the concepts of “nationalization”, “requisition” and “re-privatization”. The author has carried out a detailed analysis of the mechanism of nationalization, which is determined by the norms of the current legislation, from the standpoint of compliance with its norms of international normative legal acts and foreign practice.

**Key words:** nationalization, reprivatization, requisition, state ownership, acquisition of rights, balance of rights, investment.

УДК 347.122

О. М. Соколов

суддя

Печерського районного суду міста Києва

**ЮРИСДИКЦІЙНИЙ ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ**

Внутрішньо переміщені особи (далі –ВПО) – це особи, яких змусили полишити свої будинки або місця постійного проживання та переміститися до іншої частини їхньої власної країни. За різними даними в Україні станом на сьогодні близько 1,7 млн ВПО, які потребують належного дотримання та захисту їхніх прав, зокрема і майнових. Переїжджаючи, такі особи не в змозі забрати із собою все своє майно, а саме ідеться про нерухоме майно, яке залишається на місці попереднього проживання, власниками якого є ВПО.

Останнім часом все більше уваги приділяється дослідженню забезпечення та захисту прав ВПО. Цю проблематику у своїх працях висвітлювали О.Б. Ольшанецька, К.О. Крахмальова, Х.В. Майкут, Т.М. Підлубна та інші науковці.

Метою статті є з'ясування механізму юрисдикційної форми захисту майнових прав ВПО.

Захист майнових прав ВПО є не лише обов'язком держави, а й виконанням взятих нею зобов'язань по їх дотриманню та гарантуванню. Під час переміщення великої кількості людей відбувається втрата ними житла, майна, земель (тобто основного, із чого складається життя людини). Для ВПО, які є «біженцями у межах власної країни», травма майнової втрати нерідко ускладнюється несприятливими умовами життя, позбавленням майна та матеріальними й емоційними стражданнями. Тому прийняті міжнародні документи, зокрема Керівні принципи та Принципи Пін'єйру, а також практика Європейського Суду з прав людини (далі –ЄСПЛ), Рекомендація Комітету Міністрів Рес (2006) щодо внутрішньо переміщених осіб, Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи 1708 «Вирішення питань власності біженців та внутрішньо переміщених осіб» (2010) та інші стандарти, ухвалені Радою Європи, спрямовані на розробку більш чітких правил у питанні допомоги держав щодо попередження і відшкодування порушення права ВПО на власність і житло відповідно до міжнародного права у сфері прав людини.

Так, у Керівних принципах передбачено, що «жодна особа не може бути свавільно позбавлена власності і майна» [1], а такі власність і майно ВПО належить захищати від «руйнування та свавільної і незаконної експропріації, привласнення чи використання» [1]. Відповідно до Розділу V («Принципи, що стосуються повернення, розселення та реінтеграції») компетентні органи влади повинні створити необхідні умови для добровіль-

ного повернення переміщених осіб «в безпечних умовах і з гідністю» до власного житла або для переселення і реінтеграції в будь-якій іншій частині країни [1]. Принцип 29 передбачає повернення/реституцію майна, залишеного ВПО, коли вони повернулися, а в разі, коли таке повернення видається неможливим, необхідно розглянути варіанти з компенсацією або іншим відшкодуванням.

Саме на вирішення таких питань і повинно спрямовуватись національне законодавство України.

Загальні засади теорії цивільного права містять положення, у яких ідеться про те, що існування суб'єктивних цивільних прав передбачає не лише визнання їх з боку держави, а й забезпечення гарантії їх захисту. У зв'язку з цим захист цивільних прав – одна з найважливіших категорій теорії цивільного та цивільно-процесуального права.

Традиційно, під формою захисту розуміється комплекс внутрішньо узгоджених організаційних заходів захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. Розрізняють дві основні форми захисту – юрисдикційну та неюрисдикційну.

Юрисдикційна форма захисту суб'єктивних цивільних прав полягає у здійсненні відповідних дій у межах визначеної законодавством компетенції судом, органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим, органом місцевого самоврядування, а також нотаріусом. У межах юрисдикційної форми захисту виділяють загальний і спеціальний порядок захисту порушених прав. За загальним правилом, захист цивільних прав і охоронюваних законом інтересів здійснюється в судовому порядку. Зі свого боку спеціальний порядок захисту порушених або оскаржуваних суб'єктивних цивільних прав та інтересів здійснюється уповноваженими на це державними органами.

Можливість звернутися до компетентних державних органів за захистом права – найважливіша складова належного уповноваженій особі права на захист. І хоча забезпечувальну сторону права не можна зводити тільки до заходів державного примусу, варто визнати, що використання щодо реалізації свого права уповноваженою особою апарату державного примусу – важлива умова реальності і гарантованості цивільних прав фізичних та юридичних осіб. Саме ці форми ре-

лізації уповноваженою особою права на захист є одними з основних.

Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» покладає на Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб в Україні, а також на центральні органи виконавчої влади повноваження із забезпечення прав і свобод ВПО. Тобто функціональне призначення цих органів у сфері захисту прав і свобод ВПО реалізується через виконання покладених на них зобов'язань. З огляду на це слушно видається думка Х.В. Майкут, яка зауважує, що адміністративні органи у складі механізму виконавчої влади покликані здійснювати особливий вид державної діяльності – виконавчо-розпорядчу, специфіка якої полягає у практичному виконанні вимог закону та інших нормативних актів [8, с. 65]. Однак надаючи цим органам певний комплекс прав, законодавець не визначив, яким чином буде здійснюватися захист прав таких осіб. Лише у ст. 13 цього Закону вказується, що рішення, дії чи бездіяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб можуть бути оскаржені у суді в порядку, визначеному законодавством. Тобто у випадку порушення прав ВПО, яке може полягати у порушенні, невизнанні або оскарженні права чи інтересу (ст. 15 Цивільного кодексу України), така особа може звернутися до суду за його захистом.

Утім вказане не свідчить, що особа не повинна чи не може звернутися до відповідних державних органів для захисту своїх майнових прав, а зобов'язана одразу звертатися до суду. Сторони цивільних правовідносин мають можливість вибрати між судовим і адміністративним порядком захисту своїх прав. У цьому разі адміністративний порядок захисту цивільних прав застосовується тільки у випадках, передбачених законодавством, і рішення, прийняте в адміністративному порядку, може бути оскаржене в суді (ч. 3 ст. 17 Цивільного кодексу України).

Наприклад, розглядаючи справу про відмову ВПО на поліпшення житлових умов Заводський районний суд м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області у своєму рішенні зазначив, що саме на національні органи влади покладено обов'язок по забезпеченню таких осіб житлом. Пославшись на міжнародні нормативно-правові акти, суд зазначив, що у випадку експропріації власності або майна, внутрішньо переміщені особи повинні мати можливість реституції або компенсації їх вартості [2].

Актуального значення у цьому контексті набуває ст. 31 Європейської соціальної хартії (переглянутої), у якій іде мова про зобов'язання держав-членів сприяти доступу до житла належного рівня; запобігати бездомності та сприяти її

скороченню з метою поступової ліквідації; встановлювати на житло ціни, доступні для зазначеної категорії осіб [3]. Цей документ був визнаний Україною у Законі України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)».

До того ж ненадання базового притулку та житла може за певних обставин бути прирівняне до нелюдського та такого, що принижує гідність, поведження, що заборонено ст. 3 Європейської конвенції з прав людини [4], або становити загрозу праву на здоров'я, закріпленого у ст. 11 переглянутої Європейської соціальної хартії.

Отже, органи державної влади відповідальні за надання внутрішньо переміщеним особам гуманітарної допомоги.

Зважаючи на практику ЄСПЛ у справі «Доған та інші проти Туреччини» (“Doğan and others v. Turkey”) суд послався, зокрема, на Керівний принцип № 18 щодо права внутрішньо переміщеної особи на житло, придатне для проживання під час переміщення [1]. Суд зазначив, що відмова влади сприяти поверненню житла і землі заявника – внутрішньо переміщеної особи, а також ненадання альтернативного житла і зайнятості, в поєднанні з недостатніми зусиллями з боку держави щодо забезпечення відповідного рівня життя або надійного процесу повернення, спричинило надмірне навантаження на заявника – внутрішньо переміщену особу і призвело до порушення ст. 1 Першого протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права на мирне володіння власністю і майном, а також порушення ст. 8 про сімейне життя [5].

Саме органи державної влади покликані, насамперед, захищати майнові права ВПО шляхом прийняття відповідних нормативно-правових актів або безпосередньо через реагування у конкретній ситуації. Актуального значення у цій ситуації набуває рішення ЄСПЛ у справі «Рисовський проти України». У межах цієї справи суд підкреслив важливість принципу «належного урядування». Він передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема якщо справа впливає на ключові майнові права людини, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і послідовний спосіб. На державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси [6].

Отже, розглядаючи такі юрисдикційні форми захисту майнових прав ВПО як судова та адміністративна, слід наголосити на тому, що основним завданням органів державної виконавчої влади є гарантування прав ВПО, зокрема, через механізми їх захисту. Оскільки сьогодні склалася така

ситуація, що законодавець не передбачив чітких механізмів діяльності цих органів влади по захисту майнових прав ВПО, то єдиним способом буде захист прав таких осіб судом.

Вважаємо, що питання захисту майнових прав ВПО часто розглядаються як внутрішні проблеми країни переміщення, а відтак не достатньо уваги приділяється європейським нормативно-правовим актам. Тому актуального значення набуває застосування саме рішень Європейського Суду з прав людини у сфері захисту майнових прав ВПО, де містяться вказівки на міжнародну правову нормативну базу по захисту прав людини. Наприклад, права, які захищаються Європейською конвенцією про захист прав і основоположних свобод не абстрактні, а реальні та ефективні, а відтак ЄПСЛ у ряді випадків вбачав порушення ст. 1 Першого протоколу Конвенції навіть тоді, коли не було юридичного позбавлення права власності на майно, але через ті чи інші обставини людина була позбавлена практичної можливості користуватися своєю власністю.

Ст. 18 Цивільного кодексу України передбачає, що нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених Законом [7].

Досить цікавим є той факт, що правова природа органів нотаріату – правозастосовна. Як і суд, нотаріус лише застосовує норми права, чого не можна сказати про органи державної влади. Як слушно зазначає Х.В. Майкут, органи управління також займаються правозастосуванням, але для них здебільшого характерне застосування норм права у формі оперативно-виконавчої діяльності, під якою розуміють організацію виконання правових норм, позитивне регулювання за допомогою індивідуальних актів [8, с. 66].

З іншого боку, як вважає Т.М. Підлубна, з думкою якої слід погодитися, розмежування компетенції судових і нотаріальних органів багато у чому зумовлено властивістю й характером заявленої громадянином вимоги, можливістю її розгляду на підставі неоскаржуваних доказів або необхідністю дослідження інших, зокрема неочевидних, припустимих засобах доказування. Властивість такої вимоги визначає й своєрідну процесуальну форму, у межах якої може бути здійснений її захист юрисдикційним органом. Нотаріальна форма захисту не передбачена для захисту спірних матеріально-правових вимог, неочевидних, спірних інтересів. Однак вона успішно слугує захисту прав громадян у межах своєї підвідомчості [9, с. 45].

Відповідно до положень Цивільного кодексу України та Закону України «Про нотаріат» [7; 10], захист цивільних прав та інтересів нотаріусом здійснюється шляхом учинення виконавчого напису на борговому документі, накладення забо-

рон щодо відчуження майна, прийняття на зберігання й у депозит, охороною спадкового майна. Порядок вчинення виконавчих написів нотаріусами визначений Законом України «Про нотаріат» [10] та Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [11].

Стягнення за виконавчим написом нотаріусів допускається у випадках, передбачених чинним законодавством. Тому нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують неоскаржуваність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем та за умови, що з дня виникнення права вимоги минуло не більше 3 років, а у відносинах між юридичними особами – не більше 1 року (ст. 88 Закону «Про нотаріат»).

Враховуючи особливість суб'єктного складу та місцезнаходження майна у правовідносинах за участю ВПО слід зазначити, що нотаріус під час накладення заборони встановлює лише факт належності майна певній особі, підтверджуючи майнове право, не вдаючись до визначення місцезнаходження об'єктів такого права. Тому ВПО мають право користуватися захистом своїх майнових прав навіть стосовно майна, що знаходиться на тимчасово окупованій території або місцевості, з якої з певних причин ці особи змушені були поїхати.

На думку О.Б. Ольшанецької, захист нотаріусом майнових прав ВПО шляхом накладення заборони відчуження та охорони спадкового майна дещо обмежений, оскільки, відповідно до закону такі дії здійснюються за місцем розташування об'єкта. Відповідно, у цьому випадку нотаріус не зможе вчинити такі дії на тимчасово окупованій території, де проводиться АТО, тобто на території фактичного місцезнаходження нерухомості [12, с. 97].

З огляду на сказане стає очевидним, що в останніх випадках нотаріус не може належним чином захистити права ВПО, оскільки законодавчо така можливість йому не надана.

Тому, підтримуючи О.Б. Ольшанецьку [12, с. 97], зазначимо, що для забезпечення належного захисту майнових прав ВПО доцільно розширити компетенції нотаріусів по вчиненню відповідних дій на територію, з якої такі особи були змушені виїхати через певні обставини.

Таким чином, реалізація всіх принципів захисту прав нотаріусом – це демонстрація демократичності суспільства, основним завданням якого є побудова правової держави. Отже, дотримання рівності прав усіх без винятку осіб перед законом, незалежно від правового статусу, у якому перебувають такі особи, має забезпечуватися за участю органів нотаріату.

Подолання негативних наслідків внутрішнього переміщення та забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб вбачається одним з пер-

шочергових завдань української держави. Саме налагоджений, чіткий механізм захисту майнових прав ВПО є запорукою гарантування прав цих осіб у разі порушення.

Викладене свідчить, що питання, пов'язані з формами захисту майнових прав ВПО, не лише не відпрацьовані практикою, а й до кінця не вирішилися на теоретичному рівні. У зв'язку з цим виникає необхідність подальших досліджень з метою вироблення єдиних теоретичних та практичних позицій.

### Література

1. Керівні принципи щодо внутрішнього переміщення осіб. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/internal\\_displacement\\_principles.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/internal_displacement_principles.shtml).
2. Рішення Заводського районного суду м. Дніпропетровська Дніпропетровської області у справі № 208/5150/16-ц від 31 серпня 2017 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68552135>.
3. Європейська соціальна хартія (переглянуто). URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/T060137?ed=2017\\_05\\_17](https://ips.ligazakon.net/document/view/T060137?ed=2017_05_17).
4. Європейська конвенція з прав людини. – Режим доступу: [https://ips.ligazakon.net/document/view/MU50K02U?ed=2009\\_05\\_27&an=627771#627771](https://ips.ligazakon.net/document/view/MU50K02U?ed=2009_05_27&an=627771#627771).
5. Рішення Європейського Суду з прав людини від 29 червня 2004 р. Справа «Доған та інші проти Туреччини» (“Doğan and others v. Turkey”): заяви № 8803–8811/02, 8813/02 і 8815–8819/02. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=630>.
6. Рішення Європейського Суду з прав людини від 20 жовтня 2011 р. Справа «Рисовський проти України» (“Rysovsky v. Ukraine”): скарга № 29979/04. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_854](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_854).
7. Цивільний кодекс України: Закон України / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України, 2003. № 40–44. Ст. 356.
8. Майкут Х.В. До питання нотаріальної форми захисту цивільних прав. Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2013. Вип. 6–1 (2). С. 65–68.
9. Підлубна Т.М. Нотаріальна форма захисту цивільних прав та інтересів. Науковий вісник Чернівецького ун-ту. 2010. Вип. 533. С. 44–48.
10. Про нотаріат: Закон України / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України, 1993. № 39. Ст. 383.
11. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5 / Офіційний вісник України. 2012. № 17. ст. 632. с. 66.
12. Ольшанецька О.Б. Роль нотаріуса у процесі захисту майнових прав внутрішньо переміщених осіб.

Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Вип. 2. Том 1. С.93–98.

### Анотація

**Соколов О. М. Юрисдикційний захист майнових прав внутрішньо переміщених осіб.** – Стаття.

Захист майнових прав внутрішньо переміщених осіб є не лише обов'язком держави, а й виконанням взятих нею зобов'язань з їх дотримання та гарантування. Саме на вирішення таких питань і повинно бути спрямоване національне законодавство. Сутність юрисдикційного захисту майнових прав внутрішньо переміщених осіб полягає у виконанні державними органами покладених на них функцій забезпечення та захисту прав таких осіб, які потребують цього через виникнення певних обставин.

*Ключові слова:* внутрішньо переміщені особи, захист прав, юрисдикційний захист прав, захист прав нотаріусом.

### Аннотация

**Соколов А. М. Юрисдикционная защита имущественных прав внутренне перемещенных лиц.** – Статья.

Защита имущественных прав внутренне перемещенных лиц является не только обязанностью государства, но и выполнением взятых ею обязательств по их соблюдению и обеспечению. Именно на решение таких вопросов и должно быть направлено национальное законодательство. Сущность юрисдикционной защиты имущественных прав внутренне перемещенных лиц заключается в выполнении государственными органами возложенных на них функций по обеспечению и защите прав таких лиц, которые нуждаются в этом в силу возникновения определенных обстоятельств.

*Ключевые слова:* внутренне перемещенные лица, защита прав, юрисдикционная защита прав, защита прав нотариусом.

### Summary

**Sokolov O. M. Jurisdictional protection of property rights of internally displaced persons.** – Article.

The protection of property rights of internally displaced persons is not only the responsibility of the state, but also the fulfillment of its obligations with respect to their observance and guarantee. To the decision of such issues and should be directed national legislation. The essence of the jurisdiction protection of property rights of internally displaced persons is the fulfillment of the functions entrusted to them by the state authorities to ensure and protect the rights of such persons who, of the occurrence of certain circumstances need it.

*Key words:* internally displaced persons, protection of rights, jurisdictional protection of rights, protection of rights by a notary.

УДК 347.27

**І. М. Цвігун***аспірант, викладач кафедри цивільного права та процесу  
Тернопільського національного економічного університету***ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ЗМІСТ ДОГОВОРУ ІПОТЕКИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ**

Сучасний стан розвитку земельних відносин часто актуалізує проблему вільного обігу земель. Поняття «земля» є радше загальним, родовим та характеризує сукупність предметів матеріального світу, які є предметами цивільно-правових чи господарсько-правових відносин. Кожен конкретний об'єкт із такої сукупності має власні, притаманні лише йому характерні ознаки, а ідентифікується він як окрема земельна ділянка. Отже, саме земельна ділянка є об'єктом законодавчого регулювання та речових прав, які є основою для цивільно-правових відносин з приводу неї. Складність земельних відносин, унікальність об'єкту таких відносин та особлива значущість і цінність земельної ділянки з погляду національного багатства викликає відповідну потребу для підвищення рівня ефективності правового регулювання відносин з приводу земельних ділянок. Своєю чергою, таке регулювання повинно диверсифікуватися як за родовими ознаками земельних ділянок, так і за видами відносин з приводу них. Останнє звертає увагу на такий особливий вид цивільно-правових відносин, як відносини іпотеки, в яких предметом виступають земельні ділянки. Зараз актуалізація уваги до таких відносин викликана тим, що земельні ділянки є суттєвим економічним та господарським потенціалом, а також мають велику цінність з погляду забезпечення інших зобов'язань суб'єктів суспільних відносин. Саме тому існує потреба вдосконалення доктринального та законодавчого забезпечення відносин іпотеки з приводу вказаного об'єкта.

Вітчизняна цивілістика тривалий час розробляє проблему іпотеки земельної ділянки, однак на сьогодні існує потреба деталізації уваги до окремих аспектів практичної реалізації таких відносин. Зокрема ідеться про науковий інтерес до проблеми правової природи та сутності договору іпотеки земельної ділянки, до якого науковці не приділяли достатньої уваги. На сьогодні слід виокремити праці Р.А. Майданика, В.А. Рибачок, В.В. Стратійчука, Н.В. Фірсової, І.П. Фріса, Ю.Є. Ходико, в яких розробляються окремі аспекти договірної регулювання відносин з приводу іпотеки земельної ділянки.

Метою статті є визначення сутності договору іпотеки земельної ділянки, а також аналіз його законодавчого регулювання на предмет пошуку напрямків підвищення практичності та дієвості його організаційно-правового забезпечення.

Аналізуючи зміст договірних відносин з приводу іпотеки земельної ділянки, насамперед, слід звернути увагу на їх похідний характер від первинних відносин зобов'язань між суб'єктами суспільних відносин (переважно майнового характеру із елементами фінансових зобов'язань). Це означає важливість чіткого визначення потенційного предмету застави з огляду на ідентифікаційні ознаки: розмір, розташування, категорія й цільове призначення земельної ділянки, вартість та потенційна корисність для суб'єкта, який є кредитором в первинних відносинах зобов'язання. По-друге, важливим аспектом є визначення кола прав та обов'язків суб'єктів таких відносин, що потребує врахування: відносин з приводу первинного зобов'язання, характеру земельної ділянки (категорії й цільового призначення, форми власності тощо), особливостей правового статусу суб'єктів відносин іпотеки та правовий статус потенційного майнового поручителя (за наявності).

Все це не може бути враховано на законодавчому рівні, тому потребує належного організаційного забезпечення, яке можливе за рахунок закріплення основних аспектів відносин з приводу іпотеки земельної ділянки окремим договором. На цій підставі виникає потреба вирішення питання – яка форма угоди щодо іпотеки земельної ділянки є прийнятнішою та ефективнішою з огляду на організаційно-правове забезпечення відповідних відносин. Сутність відносин іпотеки та практика їх здійснення засвідчують існування двох варіантів:

– оформлення відносин іпотеки земельної ділянки як похідних відносин первинного зобов'язання, але як їх частину із включенням основних положень щодо іпотеки земельної ділянки в основний договір між суб'єктами первинного зобов'язання;

– оформлення відносин іпотеки земельної ділянки окремим цивільно-правовим договором, який є самостійним за формою, змістом, документальним оформленням та правовим режимом, проте похідним від основного договору з приводу первинного зобов'язання зі збереженням сторін відносин, але надання їм не додаткового, а окремого нового правового статусу сторін відносин з приводу іпотеки земельної ділянки – іпотекодавця та іпотекодержателя.

Нами, власне, і наголошується на необхідності правового закріплення окремого договору з приводу іпотеки земельної ділянки.

Одним із аргументів щодо такої форми відносин може бути необхідність досягнення стабільності зобов'язання та сталості форм супутніх моделей суспільних відносин, що і обумовлює максимальну ефективність у досягненні бажаного результату. Така стабільність, з-поміж іншого, досягається за рахунок збереження протягом усього існування основного зобов'язання певної моделі відносин його забезпечення. Це досягається шляхом укладення договору, а також за рахунок низки заходів, спрямованих на дотримання усталеності умов договору: нотаріальне посвідчення, державна реєстрація, законодавче закріплення особливостей порядку внесення до нього змін. Договір є не лише формою впорядкування відносин, але й засобом їх стабілізації. У цьому розкривається основне призначення та необхідність оформлення відносин іпотеки в договірній формі.

Підтвердження цьому знаходимо в працях В.А. Рибачок, яка вказує, що саме договір є одним із унікальних засобів, у межах якого інтерес однієї сторони може бути задоволеним у результаті задоволення інтересу інших. <...> Це сприяє учасникам іпотечних правовідносин укладати договори іпотеки, які встановлюють правовий зв'язок між учасниками іпотечних правовідносин та забезпечує правове регулювання суспільних правовідносин у сфері забезпечення виконання зобов'язання учасників іпотечних правовідносин за окремим основним зобов'язанням [1, с. 212]. Усі сторони відносин іпотеки зацікавлені в тому, щоб такий договір був укладений, оскільки це зумовлює визначеність та прогнозованість не лише самої моделі іпотечних відносин, але і моделі, в якій існує основне зобов'язання.

Договірне оформлення іпотеки земельної ділянки не є винятком. Радше навіть особливість самого об'єкту відносин іпотеки – земельної ділянки – надає такому договору важливості та значущості.

Як зазначає Р.А. Майданик, за своїми ознаками договір іпотеки є реальним правочином забезпечувального типу, предмет якого становить, окрім об'єкту іпотечних відносин, ще й об'єкт права власності. У зв'язку з цим договір іпотеки доцільно визнавати способом забезпечення, специфіка якого обумовлена особливостями об'єкта відносин іпотеки [2, с. 38]. Отже, можна стверджувати, що сутність договору іпотеки походить від сутності і характеру правового режиму об'єкта іпотечних відносин. Що стосується іпотеки земельної ділянки, то слід акцентувати увагу і на праві власності на землю, і на особливості правового регулювання режиму використання земельних ділянок. У контексті договірної оформлення відносин з приводу іпотеки земельної ділянки слід, насамперед, звертати увагу саме на титул власності земельної ділянки, її категорію та цільове призначення, від

чого залежатиме законність самих відносин з приводу іпотеки земельної ділянки, з чого безпосередньо буде виходити і цивільна оборотоздатність конкретної земельної ділянки, яка передається в іпотеку.

З цього приводу слушно зауважує В.В. Стратійчук, вказуючи на те, що іпотека земельної ділянки, окрім загальних вимог до предмета іпотеки, які передбачені Законом України «Про іпотеку», містить низку особливостей щодо обмежень на купівлю-продаж, зміни цільового призначення, відчуження тощо. Відносини з приводу іпотеки земельної ділянки, крім того, повинні враховувати особливість правового режиму нерухомого майна. А тому обмеження, які існують щодо самого предмету відносин іпотеки, повинні враховуватися у процесі укладення договору іпотеки земельної ділянки [3, с. 36].

Договір іпотеки є засобом стабілізації відносин іпотеки, гарантій прав суб'єктів відносин основного зобов'язання. Акцентуємо увагу на тому, що особливість договору іпотеки полягає у тому, що вимоги до його оформлення та змісту чітко встановлюються на законодавчому рівні. Як правова категорія договір іпотеки і зокрема, договір іпотеки земельної ділянки ідентифікуються в законодавстві, однак конкретні їх дефініції відсутні.

В цьому контексті В.В. Стратійчук звертає увагу на існування «Указу Президента України від 14.06.1999 р. № 641/99В «Про іпотеку», в якому містилося загальне визначення іпотечного договору як договору застави нерухомого майна, яке, на жаль, не повною мірою розкриває сутність цього правочину та правовідносин, що ним регулюються. Водночас єдиний чинний закон, що унормовує іпотечні правовідносини без прив'язки до конкретної сфери суспільного регулювання, не містить такого визначення, що негативно впливає на загальний рівень регулювання іпотечних правовідносин» [3, с. 36].

На думку С.А. Ізвоцикової, договір іпотеки не є класичним договором з огляду, перш за все, на походження самого інституту іпотеки. Іпотека є способом гарантування прав та обов'язків сторін по основному зобов'язанню, тому виділення в окремий договір умов іпотеки не є обов'язковим, за винятком деяких випадків [4, с. 45].

Доречнішим щодо відсутності законодавчого закріплення дефініції договору іпотеки є твердження Н.В. Фірсової, яка вказує, що договір іпотеки вимагає особливої уваги з боку законодавця, лише коли об'єктом такого договору є об'єкт нерухомості, а тому і законодавча визначеність стосовно нього повинна міститися в спеціальному законодавстві [5, с. 383]. Нами підтримується думка про спеціальний характер договору іпотеки земельної ділянки, і тому його визначення повинно міститися в окремому законодавчому акті.

Однак така дефініція за своїм змістом радше пасує до включення в Земельний кодекс України (далі – ЗК України), оскільки договір іпотеки земельної ділянки може передбачати можливість переходу права власності на земельну ділянку. Цей вид суспільних відносин регулюється земельним законодавством, тому цілком логічним є майбутнє включення визначення договору іпотеки земельної ділянки в одну зі статей ЗК України.

Отже, порівнюючи позиції дослідників, слід зробити висновок про те, що С.А. Ізвозчикова вважає іпотеку додатковою, так би мовити, опціональною формою взаємодії між боржником та кредитором, коли останній отримує певні гарантії стосовно зобов'язань першого, але такі гарантії не набувають рис самостійних відносин.

М.М. Моїсеєв визначає, що договір іпотеки земельної ділянки є невід'ємним елементом самих відносин іпотеки, тому питання доцільності його укладення не повинно виникати. Договір іпотеки засвідчує угоду про гарантування первинного зобов'язання актом і єдиною правомірною гарантією задоволення вимог кредитора в повному обсязі. Договір іпотеки земельної ділянки, не маючи акцесорного характеру, завжди є похідним від договору первинного зобов'язання, але є повністю самостійним договором [6, с. 22]. Така позиція є цілком обґрунтованою, враховуючи особливості правового регулювання відносин іпотеки та сутність їх походження. Особливо це стосується неможливості передування відносин іпотеки відносинам з первинного зобов'язання.

Аналізуючи проблеми визначення предмету договору іпотеки земельної ділянки, Ю.Є. Ходіко робить важливий висновок стосовно того, що поняття «земельна ділянка» та «земля» в аспекті визначення предмета договору іпотеки слід співвідносити як наявність юридичної (правової) форми (*земельна ділянка*) та матеріального змісту такої форми (*земля*). З правових позицій земельна ділянка повинна розумітися як об'єкт ідеальний та матеріалізований одночасно. Ідеальність земельної ділянки (форми) полягає у тому, що з позиції права вона розглядається як деяка ідеальна (абстрактна) поверхня (зовнішня оболонка) землі як природного ресурсу. У свою чергу матеріальність (зміст) полягає в тому, що земна поверхня становить матеріальну сутність земельної ділянки [7, с. 280]. Такий висновок дає всі підстави говорити про необхідність надзвичайної деталізації умов договору іпотеки земельної ділянки, оскільки неправильне або некоректне їх викладення чи трактування потенційно призводить і до застосування хибних інструментів регулювання відносин іпотеки.

Досить цікавий, але суперечливий висновок можна знайти в роботах М.М. Бочарова, який вказує на те, що договір іпотеки земельної ділянки є необхідною передумовою для захисту права

власності на земельну ділянку, оскільки іпотека можлива і щодо такої ділянки, яка не перебуває у власності, а знаходиться на похідних від права власності правах у розпорядженні третіх осіб [8, с. 135–136].

Отже, висловлюються різні думки, одні з котрих зводяться до того, що правова природа договору іпотеки є елементом гарантування основного зобов'язання, інші – обов'язковим обтяженням предмету іпотеки на термін виконання основного зобов'язання. Ми не ототожнюємо гарантування та обтяження, оскільки інститут іпотеки включає права та обов'язки обох сторін таких відносин, однак іпотека містить і обопільні обмеження використання свого предмету надалі.

Таким чином, роблячи проміжні підсумки доктринального аналізу відносин з приводу іпотеки земельної ділянки, вважаємо за доцільне запропонувати авторське визначення договору іпотеки земельної ділянки, під яким слід розуміти специфічний вид договору, що одночасно є засобом забезпечення та гарантування боржником виконання своїх зобов'язань перед кредитором та засвідчувальним актом відтермінованої можливості переходу прав на земельну ділянку за умови невиконання боржником своїх зобов'язань перед кредитором.

Слід звернути увагу також на те, що договір іпотеки земельної ділянки має такі ознаки:

– по-перше, він є безоплатним, тобто «дії однієї сторони (іпотекодавця) не компенсуються відповідними майновими діями іншої сторони (іпотекодержателя), у іпотекодержателя відсутній обов'язок оплатити іпотекодавцю вартість майна переданого в іпотеку у разі звернення стягнення на нього, окрім повернення іпотекодавцю надлишку грошових коштів, отриманих після реалізації предмету іпотеки і задоволення своїх вимог за основним зобов'язанням» [9];

– по-друге, він має двосторонній характер, що втілюється в тому, що кожна зі сторін договору набуває зустрічні зобов'язання та права;

– по-третє, зобов'язання сторін за договором іпотеки земельної ділянки тривалі, що обумовлюється похідним характером цього виду договору, і зберігаються протягом всього строку дії основного договору [9];

– по-четверте, він є консенсуальним, оскільки за своїм змістом він повинен вважатися укладеним з моменту досягнення сторонами згоди стосовно всіх істотних умов такого договору. І це попри існування первинного зобов'язання.

Враховуючи викладене, говоримо про необхідність запропонувати доповнення ЗК України гл. 20.1 «Застава (іпотека) земельних ділянок або прав на них». Аналізуючи зміст та сутність іпотечних відносин, а також враховуючи особливість земельної ділянки як специфічного предмету іпо-

теки, така ініціатива пояснюється зокрема таким:

– по-перше, іпотека не передбачає моментального переходу права власності на земельну ділянку, але передбачає виникнення в іпотекодавця та іпотекодержателя певного комплексу прав та обов'язків щодо однієї земельної ділянки. І такі права в іпотекодержателя виникають спонтанно в процесі інших договірних відносин, у яких він є кредитором;

– по-друге, відносини іпотеки земельної ділянки – це специфічний вид відносин, що засвідчується наявністю окремого законодавчого акту – Закону України «Про іпотеку», який визначає особливості іпотеки саме земельної ділянки;

– по-третє, питання, що регулюються сучасним ЗК України, охоплюють відносини з приводу земельних ділянок, але майже не розкривають особливості їх іпотеки. ЗК України на сьогодні відображає заставу виключно як спосіб гарантування зобов'язання.

Отже, пропонується в ЗК України внести формулювання саме іпотеки замість застави стосовно земельних ділянок. Інститут застави та іпотеки є співвідносними як виключення із загального цивільно-правового інституту, предметом регулювання якого, окрім усього іншого, є не тільки майно, але і майнові права, які також можуть передаватися в заставу.

Що ж до законодавчого закріплення договору іпотеки земельної ділянки, то тут слід звернутися до норм Закону України «Про іпотеку», в ст. 18 якого визначається зміст та правовий режим іпотечного договору, та до ст. 132 ЗК України, якою регулюються будь-які відносини з приводу переходу права власності на земельні ділянки, що власне і відбувається під час реалізації договору іпотеки за невиконання боржником свого основного зобов'язання перед кредитором.

Аналізуючи зміст обох статей, можна зробити певне узагальнення про те, що саме повинно міститися в договорі іпотеки земельної ділянки.

По-перше, окрім найменування та позначення сторін договору (в достатній кількості для їх повноцінної ідентифікації), Закон України «Про іпотеку» передбачає обов'язкову вказівку на зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання. Угода, що укладається сторонами, таким чином автоматично набуває ознаки забезпечення зобов'язання. Через це сама вказівка щодо виду угоди (обов'язковість якої зазначається в ЗК України) не є необхідною. Слід чітко усвідомлювати, що вимога про посилання на основний правочин є обов'язковою, навіть якщо сам договір іпотеки земельної ділянки є частиною договору основного зобов'язання.

По-друге, ЗК України висуває більше вимог для ідентифікації договору іпотеки земельної

ділянки з урахуванням власне особливості самого предмету застави. У цьому контексті Закон України «Про іпотеку» є основним засадничим актом, що визначає лише загальну вимогу щодо предмету іпотеки, тобто «<...> опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані» [10]. Окрема вказівка на необхідність зазначення категорії й цільового призначення земельної ділянки у разі її іпотеки дає підстави говорити про намагання законодавця охопити одним законом усі випадки відносин з приводу іпотеки.

По-третє, важливим елементом іпотечного договору має бути посилання на момент переходу права власності на земельну ділянку, що перебуває в іпотеці. Справа в тім, що договір іпотеки не може мати чіткого визначення моменту набуття права власності іпотекодержателем на предмет іпотеки. Такий момент є абстрактним, оскільки залежить від основного зобов'язання, а також від положень ст.ст. 12 та 33 Закону України «Про іпотеку». Так, відповідно до статті 33 у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання, іпотекодержатель має право задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення про стягнення на предмет іпотеки, якщо інше не передбачено законом.

Таким чином, можемо зробити висновок, що Закон України «Про іпотеку» передбачає, що всі необхідні умови мають міститися в угоді про перехід права на земельну ділянку відповідно до статті 132 ЗК України. До того ж, у разі укладення договору іпотеки земельної ділянки за вимогами, вказаними у ст. 18 Закону України «Про іпотеку», в ньому можуть бути не зазначені окремі аспекти відносин, що мають ключове значення. Наприклад, щодо наявності обтяжень на предмет іпотеки. Проте, зважаючи на загальний характер Закону України «Про іпотеку» (тобто охоплення його нормами всіх без винятку видів відносин іпотеки), пропонується статтю 18 доповнити частиною шостою такого змісту:

«Договір іпотеки земельної ділянки укладається з урахуванням вимог цієї статті, а також вимог положень Земельного кодексу України, що визначають зміст угод про перехід права власності на земельні ділянки».

ЗК України, а саме Главу 20. 1, пропонується доповнити окремою нормою, яка б регулювала особливості змісту договору іпотеки земельної ділянки.

Що стосується законодавчого регулювання форми договору іпотеки земельної ділянки, то тут слід звернути увагу на ідентичність вимог ЗК України та Закону України «Про іпотеку». Так, відповідно до ч. 1 ст. 18 вказаного Закону «іпотечний договір укладається між одним або декількома іпотекодавцями та іпотекодержате-

лем у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню» [10]. Відповідно до статті 132 ЗК України угоди про перехід права власності на земельні ділянки укладаються в письмовій формі та нотаріально посвідчуються [11].

Підводячи підсумки аналізу доктринальних положень та законодавчого закріплення правового режиму договору іпотеки земельної ділянки, робимо певні висновки.

По-перше, доведена необхідність закріплення відносин з приводу іпотеки земельної ділянки в окремому самостійному договорі, якому в теорії цивільного права притаманні такі ознаки: консенсуальність, безоплатність, двосторонній та тривалий характер із можливістю залучення майнового поручителя на підтримку однієї із сторін.

По-друге, обґрунтовується позиція про те, що такий договір є специфічним видом договору, що водночас є засобом забезпечення та гарантування боржником виконання своїх зобов'язань перед кредитором та засвідчувальним актом відтермінованої можливості переходу прав на земельну ділянку за умови невиконання таких зобов'язань. Специфічність договору іпотеки земельної ділянки походить і від самої правової сутності земельної ділянки, і від особливостей правового статусу суб'єктів первинного зобов'язання.

Окремо акцентуємо на необхідності чіткого закріплення в законодавстві форми, змісту та основних умов договору іпотеки земельної ділянки, що вимагає доповнення ЗК України та Закону України «Про іпотеку» відповідними нормами. Важливість законодавчого закріплення форми та змісту договору іпотеки земельної ділянки визначається не лише необхідністю підвищення стабільності відносин з приводу первинного зобов'язання, але і необхідністю ефективного регулювання порядку та способів використання предмету іпотеки.

### Література

1. Рибачок В.А. Правова природа іпотечного договору. Часопис Київського університету права. 2010. № 2. С. 209–213.
2. Майданик Р. А. Правова природа інституту іпотеки. Юридичний вісник. 2009. № 1(10). С. 31–38.
3. Стратійчук В.В. Особливості правової природи іпотечного договору. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 6. С. 36–40.
4. Извощикова С. А. Правовая природа договора іпотеки. Отечественная юриспруденция. 2017. № 3(17). С. 45–46.
5. Фирсова Н. В., Биктуганова А. М. Правовая природа договора іпотеки: новое слово в науке: перспективы развития: материалы VII Междунар. науч.-практ. конф. (Чебоксары, 15 янв. 2016 г.): в 2 т. Т. 2 / ред. О. Н. Широков. Чебоксары: ЦНС «Интерактив плюс», 2016. № 1(7). С. 382–385.
6. Моисеев М.Н. Правовые проблемы залога земельных участков в Российской Федерации: арэф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское

право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право». Волгоград: ФГОУ ВПО «Волгоградская академия государственной службы», 2006. 26 с.

7. Ходико Ю.Є. Співвідношення понять «земля» та «земельна ділянка» в аспекті визначення предмета договору іпотеки: актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 90-річчю з дня народж. д-ра юрид. наук, проф. В.П. Маслова (16 березня 2012 р., Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого»). – Х.: Право, 2012. С. 279–281.

8. Бочаров Н.Н. Правовой режим земельного участка как объекта права собственности граждан: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 – «Гражданское право; семейное право; предпринимательское право; международное частное право». Рязань, 2014. 196 с.

9. Фріс І.П. Методичні рекомендації щодо порядку посвідчення іпотечних договорів. URL: <http://obljustif.gov.ua/14968-2/>.

10. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 № 898-IV / Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15/para0235#0235>

11. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 3–4, Ст. 27. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14/>.

### Анотація

**Цвігун І. М. Правова природа та зміст договору іпотеки земельної ділянки.** – Стаття.

У статті розкрито особливості відносин сторін іпотеки земельної ділянки, які впливають на їх оформлення. Визначено зміст та сутність договору іпотеки земельної ділянки. Проаналізовано наукові підходи до визначення змісту договору іпотеки земельної ділянки. Розкрито особливості правової сутності договору іпотеки земельної ділянки. Доведено необхідність існування договору іпотеки земельної ділянки як окремого самостійного договору.

**Ключові слова:** іпотека земельної ділянки, договір іпотеки земельної ділянки, відносини зобов'язання, предмет договору, істотні умови договору.

### Аннотация

**Цви́гун И. М. Правовая природа та содержание договора ипотеки земельного участка.** – Статья.

В статье раскрыты особенности отношений сторон ипотеки земельного участка, которые влияют на их оформление. Определены содержание и сущность договора ипотеки земельного участка. Проанализированы научные подходы к определению содержания договора ипотеки земельного участка. Раскрыты особенности правовой природы договора ипотеки земельного участка. Доказана необходимость существования договора ипотеки земельного участка в виде отдельного самостоятельного договора.

**Ключевые слова:** ипотека земельного участка, договор ипотеки земельного участка, отношения обязательства, предмет договора, существенные условия договора.

### Summary

**Tsvihun I. M. The Legal nature and content of the mortgage agreement of the land plot.** – Article.

The peculiarities of the mortgage relations of the land plot, which influence the registration of the relevant re-

lations, were disclosed. There were determined content and essence of the mortgage agreement of the land plot. It was made the analyzes of the scientific approaches to determining the content of the land plot mortgage contract. The peculiarities of the legal nature of the mortgage agreement of the land plot were revealed. The neces-

sity of the existence of a mortgage agreement for a land plot in the form of a separate independent agreement was proved.

*Key words:* land plot mortgage, land plot mortgage agreement, liability relations, subject of agreement, essential contract terms.

УДК 347.45/.47

**Н. Л. Цопіна**

здобувач

*Навчально-дослідного інституту приватного права  
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака  
Національної академії правових наук України***ДОГОВІР ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ): ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ**

Відносини з приводу передачі майна на умовах одержання довічного утримання (догляду) сьогодні набувають стрімкого розвитку. Однак за умови відсутності єдиного розуміння зобов'язань з приводу надання довічного утримання (догляду) у нинішньому законодавстві на сьогодні виникає низка питань, відповіді на які є неоднозначними. Серед таких і питання щодо реальної чи консенсуальної суті досліджуваного договору.

У правовій літературі більшість науковців наполягають на реальній природі, адже момент укладення цього договору пов'язується з передачею майна, при цьому відчужувач обов'язково має бути власником цього майна, яке є об'єктом договору [1, с. 130]. Однак деякі вчені-правознавці наполягали на його консенсуальності [2, с. 451; 3, с. 4]. На нашу думку, для надання належної правової характеристики слід детальніше дослідити історію виникнення договору довічного утримання (догляду), а також його правову природу.

На сьогодні без перебільшення можна сказати, що вперше правова визначеність договору довічного утримання (догляду) відбулася під час кодифікації Цивільного кодексу України 2003 року (далі – ЦК України), адже ні в Цивільному кодексі УСРР 1922 року, ні в ЦК 1963 року не було правових норм щодо окремого правового регулювання досліджуваного договору.

Вперше вказівка щодо ознак такого договору містилася у нотаріальній інструкції від 17 листопада 1928 року. У ній йшлося про те, що у договір дарування можна включити обов'язок особи, яка одержала дар, утримувати дарувальника або третіх осіб до смерті. Проте згодом ця норма була скасована [4, с. 193].

У ЦК 1963 року норми, присвячені правовому регулюванню таких відносин, були розміщені серед норм, які врегульовували надання послуг. У ЦК України законодавець, беручи за основу вихідний критерій – юридичні наслідки укладення договору, розмістив їх у системі норм, що присвячені регулюванню відносин з надання майна у власність.

Відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме або рухоме майно, яке

має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно. З наведеного очевидним є те, що кожна зі сторін, укладаючи договір довічного утримання (догляду), має свою (індивідуальну) мету договору, одна сторона – отримати майно у власність, а інша – отримати догляд (утримання) від тієї особи, яка може їх надати не лише за моральними, а й за матеріальними критеріями. З огляду на це можна зазначити, що кожна із сторін договору довічного утримання (догляду) має власну мету, що не перешкоджає їм досягати консенсусу в укладенні договору з довготривалим виконанням обов'язків, на відміну від договору купівлі-продажу, в якому момент виконання або збігається, або між ними може бути незначний проміжок часу. Тому стає очевидним, що мета цього договору досягається впродовж певного часу, протягом якого набувач повинен виконувати зобов'язання щодо догляду (утримання) відчужувача.

Однак, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, договір довічного утримання (догляду) має свої особливості. Зокрема, слід зважати на те, що майно переходить у власність набувача, проте розпоряджатися таким майном набувач за життя відчужувача не зможе, оскільки під час посвідчення договору довічного утримання (догляду) накладається заборона відчуження майна в установленому порядку, про що робиться напис на всіх примірниках договору (стаття 73 Закону України «Про нотаріат»). Своєю чергою, зобов'язання з довічного утримання мають особистісний характер, оскільки встановлюються щодо конкретно визначеної фізичної особи. Частиною 4 статті 744 ЦК України встановлено, що договір довічного утримання (догляду) може бути укладений відчужувачем на користь третьої особи (утриманця), якій набувач повинен надати довічне утримання та догляд. Окрім цього, слід зважати на те, що договірні відносини, які виникають на підставі укладення цього договору мають довготривалий характер та вимагають від набувача постійного і систематичного виконання своїх обов'язків. Звертаючи увагу на таку особливість договору довічного утримання (догляду), в правовій доктрині досить часто зазначають, що цей договір є триваючим, адже зберігає силу до момен-

ту смерті відчужувача і вимагає систематичного виконання набувачем своїх обов'язків [1, с. 135]. Саме за такою ознакою тривалості виконання зобов'язальних відносин з довічного утримання (догляду) характеризують його як реальний і консенсуальний договір.

У науковій літературі до набуття чинності ЦК України 2003 року договір довічного утримання (догляду) мав такі характеристики виключно реального договору: момент укладення договору довічного утримання пов'язаний із переданням майна; договір є чинним із моменту його державної реєстрації, саме в цей момент до набувача переходить право власності на майно; передання майна не є обов'язком відчужувача й здійснюється на стадії укладення договору [5; 6; 7; 8]. На думку Р.А. Майданика, договір довічного утримання (догляду) слід вважати реальним договором у разі відчуження рухомого майна, а консенсуальним – у разі відчуження нерухомого майна [9, с. 42]. А.Б. Гриняк, погоджуючись із позицією представників концепції консенсуального характеру договору довічного утримання (догляду) зазначає, що цей договір може бути і реальним також [10, с. 6]. Своєю чергою О.М. Великорода вказує на те, що агуменованішою є позиція вчених, які вважають договір довічного утримання реальним. На думку автора, договір довічного утримання (догляду) є реальним, одностороннім, оплатним та аляторним [11, с. 9]. Ми вважаємо слушною думку І.О. Дзери, що на практиці виявлення ознак консенсуальності чи реальності договору довічного утримання (догляду) необхідно здійснювати на підставі його конкретного змісту [12, с. 823].

У правовій літературі існують і погляди авторів, що взагалі сумніваються в існуванні реального договору на сьогодні. Наприклад, В.В. Васильєва зазначає, що реальний договір зумовлює існування ситуації, коли договір існує, тобто погодження волі сторін відбулося, а зобов'язання з нього не виникає. Це суперечить суті договору, нівелює його значимість як юридичного факту, оскільки договір є підставою виникнення правовідносин. Аналізуючи саму суть реального договору, автор стверджує, що той факт, що момент укладення реального договору пов'язується із фактом передачі майна – це вже наслідок реальності договору, а от призначення реального договору в іншому. Оскільки основною властивістю реального договору є те, що інша сторона не має права вимагати передачі речі навіть після укладення договору, то обов'язок сторони передати річ перетворюється в її право. Отже, конструкцію реального договору слід розуміти як таку, що спрямована на захист тієї сторони за договором, котра повинна передати річ іншій стороні, тому ця конструкція не дозволяє примусити до виконання реально. На переконання автора, практична значущість ре-

альності договорів не з'ясована, а тому існування реального договору, коли є договір, а зобов'язання з нього не виникає, суперечить правовій природі договору, нівелює його значущість як юридичного факту, як підстави виникнення правовідносин. Вимога про необхідність передачі речі одразу ж під час укладення договору може бути встановлена як обов'язкова умова договору для забезпечення інтересу набувача [13]. Така позиція автора, на нашу думку, викликає радше здивування, ніж наукову дискусію, оскільки поділ договорів на реальні та консенсуальні був відомим ще з часів римського приватного права.

Так, на думку О.А. Підпригори, Є.О. Харитонova, за римським приватним правом реальними вважалися контракти (договори), які набували юридичної чинності в момент фактичної передачі речі, оскільки для виникнення реальних договорів (позики, позички, застави, зберігання) необхідно було здійснити дві дії в сукупності: досягнути згоди і передати річ. Перелік таких договорів був вичерпним. Усі ж інші, на думку вчених, були консенсуальними, тобто такими, для укладення яких достатньо було досягти згоди сторін [14, с. 398]. Саме така конструкція поділу договорів була сприйнята усіма правовими системами світу. Не винятком став і ЦК УРСР 1963 року.

У ЦК УРСР 1963 року на реальність договору вказував припис із спеціальними застереженнями про те, що, наприклад, договір дарування та договір позики вважаються укладеними в момент передачі речі обдарованому або в момент передачі грошей або речей позичальнику. Тобто лише після вчинення цих дій договір дарування та договір позики вважалися укладеними. Серед інших договорів, реальним вважався й договір довічного утримання (догляду), оскільки передача майна не є обов'язком відчужувача і виконанням обов'язку, а є моментом укладення договору [15, с. 611].

На угоди, які можуть бути укладені шляхом передачі майна, свого часу наголошував О.С. Іоффе, вважаючи їх реальними угодами [16, с. 266]. Як слушно зазначає О.В. Дзера, таке лаконічне визначення реальних угод хоч і слід вважати правильним, однак в юридичному сенсі воно не відображає усієї сутності, адже як і для реальних, так і для консенсуальних договорів важливо насамперед досягти згоди щодо усіх істотних умов у належній за законом формі [17, с. 452]. Тому для належної характеристики реального чи консенсуального договору слід брати до уваги позицію тих науковців, які стверджують, що для виникнення консенсуальної угоди достатньо лише однієї згоди сторін у відповідній формі. До того ж для реальної угоди, окрім згоди сторін, необхідна передача речі від одного контрагента до іншого [18, с. 236].

На відміну від попередніх кодексів, у ЦК України міститься загальне визначення поняття реаль-

ного договору, зокрема, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір вважається укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (частина 2 статті 640 ЦК України). Отже, можна стверджувати, що свого часу розробники ЦК України, так би мовити, розширили визначення реальності договору, вказавши на момент його укладення. Саме тому, під час визначення укладеності цивільно-правових договорів, зокрема договору довічного утримання (догляду), слід виходити не лише із норм статті 640 ЦК України, а й зі статті 638 ЦК України. На нашу думку, лише комплексний підхід у питаннях моменту укладення договору надасть можливість однозначно дійти правильного висновку, зокрема у питаннях щодо реальності чи консенсуальності договору довічного утримання (догляду).

Враховуючи, що цивільним законодавством не завжди досить чітко проводиться поділ на реальні чи консенсуальні договори, зрозумілим є те, що для судової практики такий аспект є не зовсім вдалим. Адже законодавець у ЦК України в одному випадку зазначає те, що сторона передає (вчиняє іншу дію), або зобов'язується передати майно (вчинити іншу дію), а в іншому – зобов'язується вчинити певні дії, або передає майно. Звідси й справедливе запитання, за яким критерієм кваліфікувати реальні договори, а за яким – консенсуальні. На нашу думку, за визначення консенсуальності чи реальності договорів необхідно, насамперед, усебічно оцінювати ознаки та умови договору, передбачені законом, а також ті умови, які обумовлені сторонами. Критерієм їх розбіжності слід вважати саме момент виконання стороною обов'язку, який може збігатися з моментом укладення договору або бути віддаленим від моменту укладення договору певним проміжком часу. Момент виникнення права власності на майно, передане за договором довічного утримання (догляду), як зазначено у відсильній нормі статті 748 ЦК України, визначається за правилами статті 334 ЦК України.

Відповідно до частини 3 статті 334 ЦК України, право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Оскільки досліджуваний договір є реальним, то передання майна здійснюється безпосередньо на стадії його укладення. Тому слушною видається думка О.М. Великороди, що законодавцем не надається правового значення факту передання майна, адже незалежно від фактичних дій сторін, набуття права власності за всіма договорами, що підлягають нотаріальному посвідченню,

пов'язується з моментом публічного засвідчення своїх намірів [19, с. 118]. Саме за таким критерієм публічного засвідчення своїх намірів можна й характеризувати договір довічного утримання (догляду) як реальний договір, оскільки укладаючи його відчужувач передає у власність майно набувачеві, після чого у останнього виникають відповідні обов'язки (догляд, утримання).

Під час надання правової характеристики цивільно-правових договорів, зокрема й договору довічного утримання (догляду), слід визначати їх реальність чи консенсуальність, не лише ґрунтуючись на нормах ЦК України, а безпосередньо враховуючи їх зміст. Адже законодавчі конструкції визначення понять договорів не завжди надають можливість однозначно визначитись із його характеристикою. Так, якщо поглянути на дефініцію договору купівлі-продажу, де встановлено, що за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність іншій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (стаття 655 ЦК України), то навряд чи можна однозначно сказати про його консенсуальність. Саме тому в правовій доктрині існують думки, що договір купівлі-продажу є реальним договором [20, с. 5]. З такою позицією погодитись важко, оскільки договір купівлі-продажу за правовою характеристикою завжди є консенсуальним. У договорах купівлі-продажу рушійним моментом до його укладення є мотиви покупця, інтерес якого безпосередньо буде спрямований на придбання майна у власність.

На думку А.О. Куртакової, М.В. Лаптоша, прагнення продавця передати майно у власність не завжди зустрічає адекватне втілення, оскільки покупець (на ринку чи поза ринковими відносинами) може не проявити інтересу до такого майна, тому за умовами договору довічного утримання (догляду) саме відчужувач і його прагнення є визначальними, саме він обирає набувача [21, с. 60]. Отже, на думку зазначених авторів, очевидним є те, що у договорі купівлі-продажу передання майна слід вважати одним із елементів виконання договору, що в сукупності з кореспондуючими обов'язками покупця призводить до припинення договору шляхом його виконання. Натомість у договорі довічного утримання (догляду) передання майна є лише початковою стадією формування відносин сторін, оскільки отримавши майно у власність, набувач виконує свої обов'язки щодо надання утримання (догляду) відчужувачу.

У правовій літературі, характеризуючи договір довічного утримання (догляду), деякі автори приходять до висновку, що досліджуваний договір є комплексним, оскільки юридичним наслідком, з одного боку, є перехід права власності від

відчужувача до набувача, а з іншого – виникнення у набувача обов'язку утримувати та (або) доглядати відчужувача довічно. До того ж, на думку І.В. Нестерової, комплексність слід розуміти й з огляду на об'єднання утримання та догляду, які за своїм змістом не є поняттями тотожними [22, с. 158]. На складний (комплексний) характер зобов'язальних відносин щодо довічного утримання (догляду) звертає увагу й Р.А. Майданик. Учений наголошує, що мета договору передбачає надання майнового утримання в обмін на передачу титулу власника зобов'язаній особі. За своєю спрямованістю договір довічного утримання (догляду) має дві пов'язані цілі, які передбачають зміну власника майна й надання послуг з майнового утримання [9, с. 452].

Підсумовуючи сказане, слід зазначити, що думки вчених щодо реальності чи консенсуальності договору довічного утримання (догляду) є різними, однак більшість науковців наполягають на реальній природі, адже момент укладення цього договору пов'язується з передачею майна, і відчужувач обов'язково має бути власником майна, яке виступає об'єктом договору. На нашу думку, проблему реальності чи консенсуальності договору довічного утримання (догляду) можна вирішити лише на основі аналізу відповідних норм ЦК України. Так, згідно з частиною 2 статті 640 ЦК України, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідно також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Отже, саме за таких обставин договір має вважатися реальним. Саме тому, якщо ще раз оцінити конструкцію статті 744 ЦК, зокрема в частині «за договором довічного утримання (нагляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність <...>», то не можна віднайти в ній імперативний припис, який би дозволяв нам стверджувати, що такий договір має вважатися укладеним лише з моменту фактичної передачі майна у власність набувача. Оскільки ж договір довічного утримання потребує обов'язкового нотаріального посвідчення, то має діяти правило частини 4 статті 334 ЦК України про виникнення права власності на нерухоме майно з моменту його державної реєстрації, а щодо рухомого майна – правило частини 3 статті 334 ЦК України про виникнення права власності в момент нотаріального посвідчення договору. Тобто в обох випадках перехід права власності здійснюється незалежно від волі сторін, що може дати підстави вважати договір довічного утримання (догляду) консенсуальним. Вважаємо, що для усунення можливості неоднакового тлумачення необхідно внести відповідні зміни до статті 744 ЦК України, в якій прямо закріпити або реальний або консенсуальний характер догово-

ру. На нашу думку, договір довічного утримання (догляду) є реальним договором. Однак мета сторін цього договору однозначно є комплексною (складною), адже зумовлює не лише передачу майна у власність з моменту нотаріального посвідчення договору, а й надання певних послуг з майнового утримання (догляду).

### Література

1. Яворська О.С. Договір довічного утримання: проблеми теорії та практики застосування. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2009. № 3. С. 124–136.
2. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. 880 с.
3. Скаржинський М.В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. К., 2006. 20 с.
4. Нотаріат УРСР: зб. зак. актів і відом. мат. з нотаріату, чинних на 1 травня 1938 р. / упоряд. А.Д. Каплан, А.В. Данішевський. К., С. 193.
5. Гражданский кодекс Украинской ССР: научно-практический комментарий / под ред. О.М. Якименко. К.: Политиздат Украины, 1981. 639 с.
6. Советское гражданское право / под ред. В.Ф. Маслова и О.А. Пушкина. К.: Вища школа, 1983. 462 с.
7. Харитонов Е.О. Саниахметова Н.А. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: учебное пособие. К.: А. С. К., 2002. 827 с.
8. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. 2-е вид., доп. і перероб. К.: Юрінком Інтер, 2003. 2003. Кн. 1. 736 с.
9. Аномалії в цивільному праві України: навчально-практичний посібник / відп. ред. Р.А. Майданик. К.: Юстініан, 2007. 912 с.
10. Гриняк А.Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. К., 2007. 20 с.
11. Велигорода О.М. Договір довічного утримання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. К., 2006. 24 с.
12. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. II. 2005. 1008 с.
13. Васильева В.В. Чи актуальна сьогодні класифікація договорів на реальні та консенсуальні? URL: <http://www.lawcentre.com.ua/cat/7.htm>.
14. Підпригора О.А., Харитонов Є.О. Римське приватне право. К.: Юрінком Інтер, 2003. С. 380–404.
15. Гражданский кодекс Украинской РСР: научно-практический комментарий. К.: Политиздат Украины; Х.: Одиссей, 1999. С. 611.
16. Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 266.
17. Дзера О.В. Вибране: збірник наукових праць: Київська школа цивілістики. К.: Юрінком Інтер, 2016. 872 с.
18. Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. О.А. Красавчикова. М., 1968. С. 236–237.
19. Велигорода О.М. Виникнення договору довічного утримання в Україні. Проблеми вдосконалення правового регулювання щодо вивчення прав та основних свобод людини і громадянина в Україні: матеріали

регіональної міжвуз. наук. конф. молодих аспірантів (м. Івано-Франківськ, 19 квітня 2003 р.). Івано-Франківськ, 2003. С. 118–119.

20. Михайленко Д. Реальность с консенсуальностью. Юридическая практика. 2004. № 17. С. 3–6.

21. Куртакова А.О., Лаптоша М.В. Договір довічного утримання: питання теорії. Трипільська цивілізація. № 8 (11). 2012. С. 58–62.

22. Нестерова І.В. Договір довічного утримання (догляду) за цивільним законодавством України. Держава та регіони. Серія «Право». 2005. № 2. С. 158–159.

### Анотація

**Цопіна Н. Л. Договір довічного утримання (догляду): питання правової характеристики.** – Стаття.

У статті розглядається правова характеристика договору довічного утримання (догляду). Наголошується на тому, що договір довічного утримання (догляду) є реальним договором, однак його мета є комплексною і зумовлює не лише передачу майна у власність з моменту нотаріального посвідчення договору, а й надання певних послуг, зокрема майнового утримання (догляду).

*Ключові слова:* договір довічного утримання, догляд, сторони, зобов'язання, консенсуальність, реальність, мета договору.

### Аннотация

**Цопина Н. Л. Договор пожизненного содержания (ухода): вопрос правовой характеристики.** – Статья.

В статье рассматривается правовая характеристика договора пожизненного содержания (ухода). Подчеркивается, что договор пожизненного содержания (ухода) является реальным договором, однако его цель является комплексной и обуславливает собой не только передачу имущества в собственность с момента нотариального заверения договора, но и предоставление определенных услуг, среди которых имущественное содержание (уход).

*Ключевые слова:* договор пожизненного содержания, уход, стороны, обязательства, консенсуальность, реальность, цель договора.

### Summary

**Tsopina N. L. The contract of life maintenance (care): the question of the legal characteristics.** – Article.

In the article the legal description of the contract of life maintenance (care). It is noted that the contract of life maintenance (care) is a real contract, but its purpose is complex and causes not only a transfer of property ownership from the date of notarization of the contract, but also the provision of certain services including property maintenance (care).

*Key words:* contract of life maintenance, care, hand, commitments konsensualnist reality, purpose of the contract.

## ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.22

**С. М. Бортник***кандидат юридичних наук,  
декан факультету № 2**Харківського національного університету внутрішніх справ*

### ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОБОЧОГО ЧАСУ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ

Постановка проблеми. Однією з найважливіших юридичних гарантій діяльності поліцейських є функціонування в межах правовідносин, що виникають у зв'язку з проходженням служби в Національній поліції України такого інституту трудового права як робочий час. Робочий час, як інститут трудового права, є сукупністю юридичних норм, які регулюють тривалість робочого часу, його види, режим та облік робочого часу [1, с. 192]. Як цілком слушно зауважують із цього приводу, інститут робочого часу трудового права відображає та конкретизує основний принцип трудового права – забезпечення права на відпочинок і обмеження робочого часу. У нормах цього інституту встановлені юридичні гарантії зазначеного основного права працівника [2, с. 22]. Варто підкреслити, що зазначений інститут трудового права має свою специфіку реалізації щодо поліцейських, що знаходить свій прояв і в особливостях його правового регулювання. Дослідження таких особливостей дозволить визначити проблеми правового регулювання робочого часу поліцейських, запропонувати шляхи їх вирішення, внаслідок чого підвищити ефективність юридичних гарантій діяльності поліцейських.

Стан дослідження. Національна поліція України є відносно новим органом державної влади, а тому багато проблем її діяльності у своїх наукових працях розглядали такі дослідники, як: Є.Ю. Подорожній, Л.В. Могілевський, Л.Ю. Бугров, В.Я. Бурак, В.В. Жернакова, С.Ю. Головіна, Г.С. Гончарова, В.В. Андреев, О.А. Мирошніченко, Н.М. Вапнярчук, В.В. Жернаков, С.О. Іванова, К.Ю. Мельник, О.М. Обушенко, С.М. Прилипко, Г.І. Чанишева, В.І. Щербина та інші. Однак, незважаючи на велику кількість наукових праць, практично поза увагою залишилось питання правового регулювання робочого часу поліцейських.

Саме тому метою статті є визначити та розглянути проблеми правового регулювання робочого часу поліцейських.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи особливості правового регулювання категорії «робо-

чий час», треба зазначити, що деякі згадки про неї містить Основний Закон України. Зокрема, у ст. 45 Конституції України закріплено, що максимальна тривалість робочого часу визначається законом [3]. Аналіз конституційних приписів стосовно робочого часу дає можливість дійти певних висновків. По-перше, законодавець, використовуючи конструкцію «максимальна тривалість робочого часу», вказує на те, що його треба розглядати як відрізок або ж проміжок часу, що має певні максимальні межі. Такий припис варто розглядати як додаткове обґрунтування наведеної вище позиції стосовно розуміння сутності досліджуваного явища. По-друге, встановлено, що така тривалість робочого часу може бути визначена виключно на рівні законів України, що унеможливує підзаконний рівень правового регулювання даного питання. Проте відповідно до п. 21 Положення про проходження служби для осіб рядового та начальницького складу встановлюється 41-годинний робочий тиждень. Якщо є потреба, вони несуть службу понад установлену тривалість робочого часу, а також у вихідні та святкові дні. Оплата праці в понадурочний, нічний час, у вихідні та святкові дні провадиться відповідно до законодавства [4]. Тобто визначення тривалості робочого часу на рівні Положення про проходження служби, яке є підзаконним нормативно-правовим актом, прямо суперечить Конституції України. По-третє, закріплення припису стосовно того, що тривалість робочого часу визначається законом, вказує на те, що дана конституційна норма за способом свого викладення є бланкетною, що викликає необхідність встановлення й подальше проведення аналізу нормативно-правових актів, на рівні яких здійснюється правове регулювання інституту робочого часу.

Так, своє закріплення інституту робочого часу отримав у Главі IV «Робочий час» КЗпП України. Відповідно до ст. 50 вищевказаного кодифікованого акта законодавства нормальна тривалість робочого часу працівників не може перевищувати 40 годин на тиждень. Варто підкреслити, що нор-

ми трудового права в наведеному вище випадку встановлюють саме максимальну тривалість робочого часу. Водночас, згідно з ч. 2 ст. 50 КЗпП України, підприємства й організації при укладенні колективного договору можуть встановлювати меншу норму тривалості робочого часу, аніж зазначена [5]. Використовуючи термін «нормальна тривалість робочого часу» законодавець вказує на те, що робочий час залежно від його тривалості може бути декількох видів. Як цілком слушно було зазначено із цього приводу, що загальне поняття робочого часу розмежовують на окремі види: основний і неосновний робочий час. Основний робочий час являє собою встановлену законом або трудовим договором тривалість робочого часу, яку безумовно повинен відпрацювати працівник. Основний робочий час поділяється на робочий час нормальної тривалості, скорочений і неповний робочий час [1, с. 192]. Проте на рівні норм трудового права встановлені загальні положення щодо службово-трудова відносин поліцейських. Не є винятком у цьому аспекті й правове регулювання робочого часу поліцейських.

З огляду на те, що служба в Національній поліції України є державною службою особливого характеру (ч. 1 ст. 59 Закону України «Про Національну поліцію»), проаналізуємо приписи законодавства про державну службу з приводу правового регулювання робочого часу. Так, своє законодавче закріплення інститут робочого часу державних службовців отримав у Розділі VII «Робочий час і час відпочинку державного службовця. Відпустки» Закону України «Про державну службу». Відповідно до ст. 56 вищенаведеного нормативно-правового акта тривалість робочого часу державного службовця становить 40 годин на тиждень. Проте, як випливає з аналізу законодавчих приписів, наведена тривалість робочого часу державних службовців може бути й збільшена. Так, відповідно до ч. 4 ст. 56 Закону України «Про державну службу» для виконання невідкладних або непередбачуваних завдань державні службовці, для яких законом не передбачено обмежень щодо роботи, на підставі наказу (розпорядження) керівника державної служби, про який повідомляється виборний орган первинної профспілкової організації (за наявності), зобов'язані з'явитися на службу та працювати понад установлену тривалість робочого дня, а також у вихідні, святкові та неробочі дні, у нічний час. За роботу в зазначені дні (час) державним службовцям надається грошова компенсація в розмірі та порядку, визначених законодавством про працю, або протягом місяця надаються відповідні дні відпочинку за заявами державних службовців. Водночас у ч. 5 ст. 56 закріплено, що тривалість роботи понад установлену тривалість робочого дня, а також у вихідні, святкові та неробочі дні, у нічний час

не повинна перевищувати для кожного державного службовця чотирьох годин протягом двох днів підряд і 120 годин на рік [6]. З аналізу наведених положень випливає, що до такої категорії осіб, як державні службовці, окрім нормальної тривалості робочого часу – 40 годин на тиждень, у випадках, встановлених законодавством, може бути застосований і більш тривалий його проміжок. До того ж як важливу гарантію дотримання прав державних службовців у наведеному випадку треба розглядати закріплення на рівні закону максимальних часових меж – чотирьох годин протягом двох днів підряд і 120 годин на рік.

У Законі України «Про Національну поліцію» термін «робочий час» взагалі не вживається. Проте в ст. 91 наведеного акта законодавства мова йде про таку категорію як «службовий час» [7]. Визначення сутності категорії «службовий час» законодавець також не надає. Проте нею оперують у ряді підзаконних нормативно-правових актах. Зокрема, у Положенні «Про розслідування та облік нещасних випадків з військовослужбовцями Служби безпеки України», що затверджено наказом Голови Служби безпеки України від 31 березня 1999 року № 77 сутність терміну «службовий час» для співробітника-військовослужбовця визначено як час, починаючи з моменту приходу на місце служби та до його виходу з місця служби, для військовослужбовця строкової служби – з дня призову на дійсну військову службу до дня звільнення його з дійсної військової служби, за винятком перебування у відпустці [8]. У зв'язку з прийняттям Порядку розслідування та ведення обліку нещасних випадків з військовослужбовцями Служби безпеки України, що затверджений наказом Служби безпеки України від 12 грудня 2002 року № 443 наведений нормативно-правовий акт визнано таким, що втратив чинність. У вказаному Порядку визначення категорії «службовий час» не надається, а лише в підп. «б» п. 1.3 вказано, що службовий час може об'єднувати в собі такі категорії як «робочий час» і «навчальний час» [9]. Окрім того, сутність терміну «службовий час» розкривається в п. 1.2 Інструкції «Про встановлення та контроль за додержанням режиму в міждержавному пункті пропуску «Велика Кісниця – Хрушка» через державний кордон України на ділянці Могилів-Подільського прикордонного загону», що затверджена наказом Могилів-Подільського прикордонного загону від 16 травня 2007 року № 437, відповідно до якого він являє собою час між початком і закінченням щоденної роботи (зміни), що встановлений правилами внутрішнього трудового розпорядку та графіка змінності організацій (підприємств, установ) відповідно до законодавства України [10].

З наведеного випливає, що службовий час, так само як і робочий, становить собою проміжок часу

від початку й до завершення робочого дня. Проте, на нашу думку, законодавцем все ж таки більш правильно було б вживати термін «робочий час поліцейського». По-перше, це сприяло б уніфікації законодавства, мало б зв'язок як із Конституцією України, так і з КЗпП України, які встановлюють механізми захисту від протиправного збільшення норм тривалості робочого часу. По-друге, використання терміносполуки «службовий час» є недоцільним з огляду на встановлення такого принципу діяльності Національної поліції, як безперервність, сутність якого відповідно до ч. 1 ст. 12 Закон України «Про Національну поліцію» полягає в тому, що поліція забезпечує безперервне та цілодобове виконання своїх завдань. Тобто служба в Національній поліції до моменту звільнення поліцейського є безперервною, особа, яка перебуває на ній, несе службу постійно. А тому казати про службовий або ж неслужбовий час недоцільно. Увесь час, поки особа перебуває на службі в органах Національної поліції, відповідно до принципу безперервності є службовим. Інша річ, коли мова йде про робочий час, який треба розцінювати як час, встановлений розпорядком дня і протягом якого поліцейський повинен виконувати свої трудові функції. Завершенням такого часу є настання часу відпочинку.

У цьому контексті варто відзначити деякі з приписів вже не чинного Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 року. У положеннях вищенаведеного нормативно-правового акта вживався термін «робочий час». Зокрема, у ст. 22 було зазначено, що для працівників міліції встановлюється 41-годинний робочий тиждень. Якщо є потреба, особи рядового та начальницького складу несуть службу понад встановлену тривалість робочого часу, а також у вихідні та святкові дні. Водночас оплата праці в надурочний і нічний час, у вихідні та святкові дні провадиться відповідно до вимог законодавства. На відміну від наведеного, чинний Закон України «Про Національну поліцію» не містить положення щодо тривалості робочого (службового) часу. До речі, коли Закон України «Про Національну поліцію» мав статус законопроекту, у Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до нього містилось кілька зауважень стосовно того, що в його положеннях доцільно було б вказати загальну тривалість службового часу поліцейських на тиждень. На нашу думку, нормальна (загальна) тривалість робочого часу поліцейського повинна бути 40 годин на тиждень. Встановлення такої тривалості робочого часу поліцейських відповідало б як положенням КЗпП України, так і законодавству про державну службу.

Розглядаючи особливості правового регулювання робочого часу поліцейських, треба зазначити, що, як впливає з аналізу ч. 1 ст. 91 Закону

України «Про Національну поліцію», особливий характер служби в поліції містить спеціальні умови для певних категорій поліцейських. Наведений законодавчий припис оперує таким терміном, як «певна категорія поліцейських». Вважаємо, що використання подібної термінології в законодавстві є недопустимим, оскільки з неї не можна дійти однозначного висновку стосовно того, кого треба відносити до такої «певної» категорії. Законодавством не наводиться ані перелік поліцейських, які можуть бути включенні до такої «певної» категорії, ані перелік підстав включення поліцейського до неї. На недопустимість подібного законодавчого формулювання свого часу було наголошено у Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України [193] та в Зауваженнях Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України [11] на проект Закону України «Про Національну поліцію». Вважаємо, що використання терміна «певна категорія поліцейських» дає змогу віднести до її числа будь-якого поліцейського, а тому оперування нею в законодавстві є недоцільним.

У ч. 1 ст. 91 Закону України «Про Національну поліцію» вказано, що особливий характер служби в поліції передбачає службу в святкові та вихідні дні [7]. Свого часу підстави для залучення працівників органів внутрішніх справ до понаднормової служби чи в дні щотижневого відпочинку та святкові дні були визначені в Інструкції «Про порядок виплати грошового забезпечення особам рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ», що була затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 31 грудня 2007 року № 499. Такими підставами відповідно до вищенаведеного нормативно-правового акта були: письмові накази керівників органів внутрішніх справ, графіки нарядів чергувань, затверджені керівниками органів внутрішніх справ [12]. Проте із прийняттям наказу Міністерства внутрішніх справ від 31 жовтня 2016 року № 1131 вищенаведений нормативно-правовий акт було визнано таким, що втратив чинність [13]. При цьому, яким саме правовим актом повинні бути регламентовані наведені підстави, вказано не було.

Окрім того, законодавством передбачено таку особливість робочого часу поліцейських як служба позмінно. Правові засади роботи змінами закріплено в ст. ст. 58–59 КЗпП України. Як впливає з аналізу вищенаведених норм, при змінних роботах працівники чергуються у змінах рівномірно в порядку, встановленому правилами внутрішнього трудового розпорядку. Перехід з однієї зміни в іншу, як правило, має відбуватися через кожний робочий тиждень у години, визначені графіками змінності. Тривалість перерви в роботі між змінами має бути не меншою подвійної тривалості

часу роботи в попередній зміні (включно з часом перерви на обід). Призначення працівника на роботу протягом двох змін підряд забороняється. У п. 21 Положення про проходження служби встановлено, що при змінній роботі (службі) і безперервному чергуванні встановлюється однакова тривалість денної, вечірньої та нічної зміни.

Також, як випливає з п. 4 ч. 1 ст. 91 Закону України «Про Національну поліцію», однією зі спеціальних умов робочого часу поліцейських треба вважати службу в нічний час. Відповідно до ст. 54 КЗпП України при роботі в нічний час встановлена тривалість роботи (зміни) скорочується на одну годину. Наведене правило не поширюється на працівників, для яких уже передбачено скорочення робочого часу. Тривалість нічної роботи зрівнюється з денною в тих випадках, коли це необхідно за умовами виробництва, зокрема в безперервних виробництвах, а також на змінних роботах при шестиденному робочому тижні з одним вихідним днем. Нічним вважається час з 10 години вечора до 6 години ранку.

Нововведенням Закону України «Про Національну поліцію» стало запровадження такого аспекту робочого часу поліцейських, як служба з нерівномірним графіком. І.В. Шруб, досліджуючи види та специфіку правового регулювання службового часу поліцейських, цілком слушно зауважує, що в чинному трудовому законодавстві та науковій літературі відсутнє визначення сутності служби з нерівномірним графіком [14, с. 84]. Аналогічні зауваження щодо нечіткості використання термінології в положеннях наведеного акта законодавства можна прослідкувати й з боку офіційних осіб [14]. Законодавець взагалі не розкриває сутності всіх вказаних вище особливостей робочого часу поліцейських. Проте, якщо інші можна відслідкувати в приписах інших нормативно-правових актів, скориставшись при цьому аналогією закону, то у випадку дослідження особливостей служби з нерівномірним графіком така можливість повністю відсутня.

Висновки. Отже, однією з найважливіших юридичних гарантій діяльності поліцейських треба вважати функціонування в межах їх службово-трудова відносин такого інституту трудового права, як робочий час. Робочий час поліцейських становить собою визначений розпорядком дня проміжок часу, протягом якого поліцейський зобов'язаний виконувати свої трудові функції. Одним із недоліків правового регулювання робочого часу будь-якої категорії працівників, зокрема поліцейських, треба вважати відсутність визначення його сутності на рівні закону. Щодо поліцейських чинне національне законодавство взагалі не використовує категорію робочий час, замінюючи її іншою – службовий час, що варто розцінювати як один із найбільших

недоліків правового регулювання даного інституту. По-перше, це знаходить свій прояв у відсутності уніфікації законодавчих положень. По-друге, у такому випадку втрачається сенс робочого часу як категорії, яка повинна сприяти захисту прав поліцейських від протиправного збільшення норм робочого часу і, як наслідок, обмеження їх права на відпочинок. Цьому сприяє й інший суттєвий недолік правового регулювання робочого часу поліцейських – відсутність визначення його максимальної тривалості в положеннях Закону України «Про Національну поліцію». Окрім того, встановлюючи особливості, пов'язані з робочим часом поліцейських, законодавець оперує термінологією, зміст якої не розкриває. Водночас не міститься й посилань на інші нормативно-правові акти, що не сприяє зрозумілості законодавства, однаковості його застосування у схожих правових ситуаціях. Усе це викликає необхідність внесення відповідних змін до Закону України «Про Національну поліцію» в частині здійснення детальної правової регламентації робочого часу поліцейських.

### Література

1. Теліпко В.Е., Дутова О.Г. Трудове право України: навч. посібник. / За заг. ред. В.Е. Теліпко. К.: Центр учбової літератури, 2009. 456 с.
2. Могілевський Л.В. Система трудового права України: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.05. Х., 2016. 409 с.
3. Конституція України від 28 черв. 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
4. Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ: Постанова Кабінету Міністрів Української РСР від 29 липня 1991 р. № 114. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/114-91-p>
5. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. № 50.
6. Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 4. Ст. 43.
7. Про Національну поліцію: Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 63. Ст. 2075.
8. Про затвердження Положення про розслідування та облік нещасних випадків з військовослужбовцями Служби безпеки України: Наказ Голови Служби безпеки України від 31 березня 1999 р. № 77. Офіційний вісник України. 1999. № 19. Ст. 846.
9. Про затвердження Положення розслідування та ведення обліку нещасних випадків з військовослужбовцями Служби безпеки України: Наказ Служби безпеки України від 12 грудня 2002 р. № 443. Офіційний вісник України. 2003. № 2. Ст. 58.
10. Про затвердження Інструкції про встановлення та контроль за додержанням режиму в міждержавних пунктах пропуску через державний кордон України на ділянці Могилів-Подільського прикордонного загону: Наказ Могилів-Подільського прикордонного загону від 16 травня 2007 р. № 437. URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/vi070054?an=2&ed=2007\\_05\\_](https://ips.ligazakon.net/document/view/vi070054?an=2&ed=2007_05_)

16&searchType=phrase&is\_no\_morph=false&listen\_star=true.

11. Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закон України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=55082&pf35401=349732>.

12. Про впорядкування структури та умов грошового забезпечення осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 31 грудня 2007 р. № 499. Офіційний вісник України. 2008. № 21. Ст. 614.

13. Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів Міністерства внутрішніх справ України: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 31 жовтня 2016 р. № 1131. Офіційний вісник України. 2016. № 96. Ст. 3137.

14. Шруб І.В. Види та специфіка правового регулювання службового часу поліцейських. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 3–2. Т. 3. С. 81–86.

#### Анотація

**Бортник С. М. Проблеми правового регулювання робочого часу поліцейських.** – Стаття.

У статті на основі аналізу норм чинного законодавства України, а також наукових поглядів учених визначено та розглянуто проблеми правового регулювання робочого часу поліцейських. Відзначено, що до поліцейських чинне національне законодавство взагалі не використовує категорію робочий час, замінюючи її іншою – службовий час, що треба розцінювати як один із найбільших недоліків правового регулювання даного інституту.

*Ключові слова:* правове регулювання, нормативно-правовий акт, робочий час, Національна поліція України, поліцейські.

#### Аннотация

**Бортник С. Н. Проблемы правового регулирования рабочего времени полицейских.** – Статья.

В статье на основе анализа норм действующего законодательства Украины, а также научных взглядов ученых определены и рассмотрены проблемы правового регулирования рабочего времени полицейских. Отмечено, что по отношению к полицейским действующее национальное законодательство вообще не использует категорию рабочее время, подменяя ее другой – служебное время, что следует расценивать как один из самых больших недостатков правового регулирования данного института.

*Ключевые слова:* правовое регулирование, нормативно-правовой акт, рабочее время, Национальная полиция Украина, полицейские.

#### Summary

**Bortnyk S. M. Problems of legal regulation of working hours of police officers.** – Article.

In the article on the basis of analysis of the norms of the current legislation, as well as scientific views of scientists problems of legal regulation of working hours of police officers are identified and considered. It is noted that in relation to the police, the current national law does not use the category of working time at all, replacing it with another – the official time, which should be regarded as one of the major shortcomings of the legal regulation of this institution

*Key words:* legal regulation, normative-legal act, working time, National police of Ukraine, police officers.

УДК 349.2

**Л. Ю. Величко**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри права та європейської інтеграції  
Харківського регіонального інституту державного управління  
Національної академії державного управління при Президентові України

### ПРОБЛЕМА ПОШИРЕННЯ СФЕРИ ДІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА НА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ

Постановка проблеми. Перспектива членства у Європейському Союзі є стратегічним орієнтиром українських прагнень до перетворення і ключовою метою, заради якої проводяться реформи. Україна, як невід'ємна частина Європи, орієнтується на чинну в провідних європейських країнах модель соціально-економічного розвитку, яка ставить перед Україною нові завдання та вимагає від неї активної участі в їхньому вирішенні. Трудові правовідносини минулого століття не вкладаються в рамки нової суспільної організації праці, що продиктована умовами інформаційного суспільства. Докорінне оновлення технічної та технологічної бази на основі комп'ютеризації, інформатизації, автоматизації, поява гнучких виробничих систем призвели до суттєвих змін у сфері організації праці, що спонукало структурні зміни на ринку праці та виникнення нестандартних форм зайнятості: (1) праця поза офісом, зокрема телепрацівники (комп'ютерні надомники); (2) запозичена праця; (3) часткова та тимчасова зайнятість; (4) гнучкий робочий графік тощо.

Серед головних питань, які створюють засади реформування законодавства про працю, є визначення предмета правового регулювання та сфери дії трудового законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі спроби дослідити ці питання зроблені такими науковцями, як: М.Г. Александров, О.Т. Барабаш, М.Й. Бару, Г.С. Гончарова, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова, О.С. Пашков, О.І. Процевський, С.М. Прилипко, Г.С. Скачкова, В.М. Смирнов, Л.О. Сироватська, Л.С. Таль, О.М. Ярошенко та іншими вченими.

Одночасно залишаються невирішеними питання щодо сфери дії трудового права, тому метою статті є дослідження поширення сфери дії на правове регулювання праці військовослужбовців.

Виклад основного матеріалу. Зі становленням ринкових відносин трудові відносини стали більш різноманітними. З'явилися три відносно самостійні категорії працюючих: наймані працівники («залежна праця»); працюючі власники («незалежна», «самостійна праця») – члени кооперативів, колективних підприємств, господарських товариств, селянських (фермерських) господарств; працівники, «подібні» до найманих («залежна»

праця з виконанням особливих функцій) – державні службовці, судді, прокурорсько-слідчі працівники, атестовані працівники органів внутрішніх справ, Служби безпеки України [1, с. 306].

Водночас деякі правники переконані, що сфера дії трудового права настільки розширилася, що воно почало поширюватися навіть на військовослужбовців. Так, К.Ю. Мельник у монографічному дослідженні абсолютно безпідставно й неаргументовано дійшов висновку, що трудове право поширюється на службовців правоохоронних органів. Автор наголошує, що ці органи становлять собою систему державно-владних самостійних структурних утворень, основною метою яких є забезпечення захисту прав і свобод громадян, інтересів суспільства й держави від злочинних та інших посягань. При цьому він пропонує всі структурні утворення, які так чи інакше задіяні в правоохоронній діяльності, поділяти в такий спосіб: (а) власне правоохоронні органи; (б) органи (підрозділи) й посадові особи, однією з цілей яких є захист прав і свобод громадян, суспільства й держави від злочинних посягань; (в) органи й організації, що сприяють правоохоронним. До перших він відносить суди, прокуратуру, органи внутрішніх справ, Службу безпеки України, Державну прикордонну службу України; до других – широке коло державних органів (підрозділів): Державну фіскальну службу, Державну лісову охорону, Державну пожежну охорону та інші установи; до третіх – адвокатуру, нотаріат, приватні детективні й охоронні служби, недержавні органи охорони громадського порядку. Науковець стверджує, що правовідносинам правоохоронних органів притаманні всі ознаки, характерні для трудових правовідносин взагалі, а тому вважає за необхідне прийняти закон «Про правоохоронну службу України» [2, с. 76–111, 122, 123, 322–327.].

Ми погоджуємося із думкою А.М. Слюсара, який справедливо звертає увагу на те, що абсолютно не зрозуміло, чому майже на 50 сторінках К.Ю. Мельник дає визначення поняттю «правоохоронні органи» й аналізує їх системи. Чому робиться висновок, що в трудових правовідносинах службовців цих органів влада й підпорядкування більш чітко регламентовані і зрозуміліше виражені, ніж у трудових правовідносинах звичайних

працівників? З наведеного А.М. Слюсар правильно робить висновок, що фактично К.Ю. Мельник аналізує положення адміністративного права і робить спробу трансформувати адміністративно-правові відносини у трудові; до того ж повністю ігнорується, що предмет і метод трудового й адміністративного права кардинально відрізняються [3, с. 56, 57].

М.В. Панченко теж переконаний, що за колом осіб трудове законодавство поширюється не лише на працівників, тобто осіб, які працюють у роботодавця за трудовим договором, але й на деякі інші категорії осіб. Наприклад, трудове законодавство поширюється і на державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, працівників прокуратури, суддів з огляду на спеціальну вказівку в законі. Правник упевнений, що у випадках, коли спеціальний закон передбачає поширення норм трудового законодавства на окремі види відносин, ним передбачено, які відносини регулюються трудовим законодавством. Серед них насамперед необхідно виділити такі види відносин: у сфері проходження служби військовослужбовців Збройних сил України, прикордонної служби, управління охорони вищих посадових осіб України, Служби безпеки України, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та податкової міліції та інші. Ці відносини, на думку правника, є відносинами державної служби [4, с. 152, 153].

Ще більш дискусійною є думка про поширення сфери дії матеріальної відповідальності у трудовому праві на військовослужбовців Збройних сил України, якої дотримується Ю.А. Феленко [5]. Дослідник стверджує, що в Україні безпосереднім нормативним актом, який регулює питання матеріальної відповідальності військовослужбовців, підстави і порядок притягнення їх до відповідальності, є Положення про матеріальну відповідальність військовослужбовців за шкоду, заподіяну державі [6]. Водночас автор посиляється на Постанову Пленуму Верховного Суду України від 29.12.1992 р., № 14 «Про судову практику у справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками» [7], розглядаючи умови матеріальної відповідальності. У кінцевому підсумку Ю.А. Феленко робить висновок, що військовослужбовець є працівником та з ним виникають військові (трудові) правовідносини [5, с. 182, 183].

Не можемо не відзначити спроби науковців зрозуміти юридичну природу відносин у сфері застосування праці військовослужбовців. Водночас ці намагання є невдалими та дискусійними. Проаналізувавши наведені та деякі інші дослідження, ми зробили висновок, що вчених при з'ясуванні відносин із застосування праці військовослужбовців наводить на неправильний шлях факт укладан-

ня з військовослужбовцями контракту, оскільки більшість вважає, що він є контрактом у розумінні трудового права, тобто строковим трудовим договором.

Проте варто пояснити, що при виникненні відносин із використання праці військовослужбовців на добровільній основі з ними укладається контракт, що регулює ці відносини і є підставою для видання наказу чи розпорядження по особовому складу про зарахування особи на відповідний вид служби і призначення її на посаду. Але в приблизних зразках контрактів про проходження громадянами України військової служби у Збройних силах України, які затверджені Указом Президента України [8], немає прямої вказівки про поширення трудового законодавства на службові відносини військовослужбовців. Указані контракти не можна розглядати як особливий вид трудового договору, оскільки вони регулюють не трудові, а військово-службові відносини, їх змістом є виконання не трудових обов'язків, а несення обов'язків військової служби відповідно до Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» [9]. Можна цілком логічно дійти висновку, що контракт про проходження військової служби є різновидом адміністративного договору. Саме тому контракт про проходження військової служби треба називати службовим контрактом для того, щоб виокремити його серед інших контрактів.

Однак у самому змісті цих контрактів є норми, що передбачають можливість застосування окремих норм трудового законодавства до цих відносин. Зокрема, серед зобов'язань Міністерства оборони України передбачено надання військовослужбовцям пільг, гарантій і компенсацій, установлених законами та іншими нормативно-правовими актами України; встановлено тривалість службового часу; надання відпочинку за виконання службових обов'язків у вихідні, святкові й неробочі дні; належне матеріальне забезпечення під час проходження військової служби; встановлено виплату підйомної допомоги на військовослужбовця та кожного члена його сім'ї, який переїжджає разом із ним на нове місце проходження військової служби; виплату грошового забезпечення з урахуванням надбавок за вислугу років, знання та використання іноземної мови, відповідну кваліфікацію, спортивні й почесні звання та інших надбавок, доплат, винагород, премій; пенсійне забезпечення, виплату одноразової допомоги під час звільнення з військової служби; інші соціальні виплати йому та членам його сім'ї, визначені законами та іншими нормативно-правовими актами.

Висновок. Неважко помітити, що ці норми носять трудо-правовий характер. Однак це не впливає на їхню правову природу й контракт із військовослужбовцями не стає видом трудового

договору, а залишається у сфері дії адміністративного права. Водночас відповідно до Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [10] окремі норми-гарантії трудового законодавства поширені на відносини військовослужбовців. Наприклад, відповідно до положень вказаного Закону, загальна тривалість службового часу військовослужбовців на тиждень не може перевищувати нормальної тривалості робочого часу за відповідний період, визначеної законодавством України.

### Література

1. Проскураков П.Д. Сфера дії трудового права: сутність та перспективи (у контексті розробки нового Трудового кодексу України). Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. Донецьк, 2005. № 2. С. 304–313.
2. Мельник К.Ю. Проблеми правового регулювання трудових відносин службовців правоохоронних органів: монографія. Х.: Харківс. нац. ун-т внутр. справ, 2009. 360 с.
3. Слюсар А.М. Правовий статус суб'єктів трудового права України: теоретико-правовий аспект: монографія. Х.: ФІНН, 2011. 336 с.
4. Панченко М.В. Особливості змісту правовідносин під час проходження служби в органах Служби безпеки України суб'єктами трудового права. Право та інновації. 2016. № 4 (16). С. 150–154.
5. Феленко Ю.А. Щодо матеріальної відповідальності військовослужбовців. Право та інновації. 2014. № 4(8). С. 179–186.
6. Про затвердження Положення про матеріальну відповідальність військовослужбовців за шкоду, заподіяну державі: Постанова Верховної Ради України від 23.06.95 р., №243/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 25. Ст. 193.
7. Про судову практику у справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.12.1992 р., № 14. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/v0014700-92>.
8. Про Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України: Указ Президента України від 10.12.2008 р., № 1153/2008. Офіційний вісник України. 2008. № 95. Ст. 3129.
9. Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 р., № 2232-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 27. Ст. 385.
10. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20.12.1991 р., № 2011-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 15. Ст. 190.

### Анотація

**Величко Л. Ю. Проблема поширення сфери дії трудового права на правове регулювання праці військовослужбовців.** – Стаття.

Стаття присвячена аналізу меж застосування норм трудового права на правове регулювання праці вій-

ськовослужбовців. Автор дійшов висновку, що контракт із військовослужбовцями не є видом трудового договору, а залишається у сфері дії адміністративного права. Водночас окремі норми-гарантії трудового законодавства поширені на відносини військовослужбовців, наприклад, надання військовослужбовцям пільг, гарантій і компенсацій. Встановлено тривалість службового часу, надання відпочинку за виконання службових обов'язків у вихідні, святкові й неробочі дн.; належне матеріальне забезпечення під час проходження військової служби, виплату грошового забезпечення з урахуванням надбавок за вислугу років, знання та використання іноземної мови, відповідну кваліфікацію та інше.

*Ключові слова:* сфера дії трудового права, правове регулювання праці, військовослужбовці, контракт, вид трудового договору.

### Аннотация

**Величко Л. Ю. Проблема распространения сферы действия трудового права на правовое регулирование труда военнослужащих.** – Статья.

Статья посвящена анализу границ применения норм трудового права на правовое регулирование труда военнослужащих. Автор пришел к выводу, что контракт с военнослужащими не является видом трудового договора, а остается в сфере действия административного права. В то же время отдельные нормы-гарантии трудового законодательства распространены на отношения военнослужащих, например, предоставление военнослужащим льгот, гарантий и компенсаций. Установлено продолжительность служебного времени, предоставление отдыха за выполнение служебных обязанностей в выходные и нерабочие праздничные дни, надлежащее материальное обеспечение при прохождении военной службы, выплату денежного обеспечения с учетом надбавок за выслугу лет, знание и использование иностранного языка, соответствующую квалификацию и другое.

*Ключевые слова:* сфера действия трудового права, правовое регулирование труда, военнослужащие, контракт, вид трудового договора.

### Summary

**Velychko L. Yu. The problem of extending the scope of labor law to the legal regulation of labor of military personnel.** – Article.

The article is devoted to the analysis of the limits of application of norms of labor law to the legal regulation of labor of military personnel. The author concludes that a contract with servicemen is not a type of employment contract, but remains in the sphere of administrative law. At the same time, certain norms-guarantees of labor legislation are extended to the relations of military personnel, for example, the provision of benefits, guarantees and compensations to servicemen; set the length of service time; granting of rest for performance of official duties on weekends, festive and non-working days; proper material support during military service; payment of monetary support taking into account allowances for seniority, knowledge and use of a foreign language, appropriate qualification, etc.

*Key words:* sphere of labor law, legal regulation of labor, servicemen, contract, type of employment contract.

УДК 349.2

*О. Є. Костюченко*  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного права та процесу  
Університету державної фіскальної служби України

## СОЦІАЛЬНИЙ ВИМІР ТРУДОВОГО ПРАВА

Трудове право є феноменом соціальної дійсності суспільства, і з розвитком відносин у царині праці змінюються уявлення людства про бажане та необхідне впорядкування відносин у сфері праці. Зміна соціальної парадигми розвитку українського суспільства й відмова від тоталітарного панування держави в усіх сферах життєдіяльності людини потребує реформування та змін трудового законодавства України. Задля досягнення цієї мети необхідно не лише бажати змінити правові засади регулювання відносин у сфері праці, а й усвідомити соціальний вимір трудового права в демократичній, соціальній та правовій державі. Усе це спонукало нас дослідити феномен трудового права у його соціальному вимірі.

Питання правової природи та соціального призначення права загалом та трудового права зокрема перебувають у полі зору науковців із часів проголошення незалежності України. Водночас у своїх дослідженнях правової проблематики в царині трудового права науковці все частіше наголошують на його соціальній цінності та ціннісних категоріях. Авторський погляд на соціальний вимір трудового права сформовано під впливом наукових здобутків В.В. Булгакової, М.О. Дей, Н.В. Демідова, Т.А. Занфірової, Л.С. Золотаревої, А.П. Коробової, М.В. Осядлої, Л.Й. Петражицького, С.М. Прилипка, А.М. Слюсара, О.М. Ярошенка. Саме їхні праці, на наше переконання, формують науково-теоретичне підґрунтя для детального дослідження феномену трудового права в житті вільної людини, здатної реалізовувати в трудових відносинах свої здібності до праці на демократичних засадах.

Метою статті є обґрунтування необхідності ідеологічної перебудови трудового права з метою реалізації лібертатно-юридичної концепції його соціального призначення в трудовому законодавстві України.

На сучасному етапі соціальне завдання права полягає у впливі на поведінку людини, створенні сприятливих умов для вільного вибору мотивів поведінки. За таких умов право виступає в ролі чинника, який впливає не тільки на зовнішні, але й на внутрішні процеси формування мотивації суб'єктів трудового права [1, с. 33]. Доповнимо, що трудове право, окреслюючи можливості його суб'єктів обирати для себе ту чи іншу модель поведінки, має реалізовувати принцип свободи трудо-

вого договору й праці та максимально наближати інтереси учасників відносин у сфері праці.

Як показав історичний розвиток державності, в Україні превалювання у бік командно-адміністративної системи та керівництва призвело до небажаних результатів: зародження основи майбутнього розпаду державності, порушення режиму законності та прав людини й громадянина [2, с. 70]. Тобто соціальна цінність трудового права, крім його регулятивної ролі в суспільстві, полягає в необхідності створення умов для вільного розвитку особистості, укріпленні свободи, законності й справедливості у відносинах, що базуються на несамостійній праці людини. Будучи природним правом, право на працю, як ключове право в системі трудових прав, є правовим феноменом, спрямованим на розвиток особистості, формування в людини навичок соціального та укріплення в свідомості поваги до інших. Щоденно моделюючи поведінку, яка є повсякденною в трудовій діяльності людини, особа переносить у навколишнє суспільство своє уявлення про допустиму поведінку. Трудове ж право як регулятор трудового життя працівника є для нього еталоном суспільних відносин, рівня довіри та поваги до оточуючих.

Загалом взаємодія людей у процесі суспільно-корисної праці, врегульованої нормами трудового права, уособлює для працівника реалізацію соціального в суспільних відносинах, реалізацію права на працю та визначення в праві пріоритетності інтересів, функціонально розкриває місце людини в суспільному житті, ставлення до цієї людини в державі. Саме трудове законодавство свідчить не лише про рівень розвитку громади тієї чи іншої країни, а й розкриває рівень свободи і справедливості в суспільстві на певному етапі його розвитку.

У контексті цього необхідно відзначити, що трудове право не може зводитися лише до юридичних норм та їхньої систематизації, адже право є чимось більшим, ніж правило поведінки, право – це інструмент упорядкування відносин між людьми, вплив на волю та свідомість людини, яка в сучасному суспільстві прагне до свободи, самовираження й розвитку. І тому цілком природним є намагання науковців досліджувати застосування права, його функціонування і, як справедливо стверджував Л.Й. Петражицький, право впливає на психологію та поведінку людей і розкри-

ває здатність суспільства до саморегуляції, тобто демонструє виключний соціологічний підхід до права [3, с. 684-685]. Науковець обґрунтовано доводив, що для загального розуміння соціального призначення права важливо мати на увазі два напрями його нормування, дві спеціальні, досить суттєві для соціального життя функції права, які можна визначити як розподільчу та організаційну [4, с. 179]. Тобто не просто регулювання відносин правовими засобами, а спроможність суспільства визначати для себе межі дозволеної та зобов'язаної поведінки при загальному формуванні уявлень про бажане та потрібне.

Тому, розглядаючи соціальну цінність трудового права, ми виходимо з того, що базисом свободи, справедливості, гуманізму трудового права тощо має бути не формально визначене правило поведінки, а ідеологічна основа трудового права, яка, впливаючи на психологію учасників трудових відносин, забезпечує функціональну реалізацію нормативних приписів у повсякденному трудовому житті. І тут підтримаємо думку А.П. Коробової у тому, що суспільство та юристи мають міцну асоціацію двох ідей – «права» й «правопорядку», в результаті чого замість слова «право» дуже часто вживається «правопорядок», бо для такої асоціації існує науково-причинне обґрунтування [5, с. 152]. Отже, соціальна цінність трудового права у його причинно-наслідковому зв'язку із правопорядком свідчить про впорядкування відносин у сфері праці на основі сучасних уявлень суспільства про справедливість, порядок та межу свободи в цих відносинах.

У такому разі, визначаючи пріоритет природних трудових прав працівника, законодавство про працю має закріплювати цей пріоритет і забезпечувати дотримання усіма учасниками відносин такої моделі поведінки, яка ними обрана, щоб не порушувати прав та законних інтересів інших учасників. Такий підхід сприятиме не тільки укріпленню законності, а й має чинити регуляторний вплив на волю і свідомість суб'єктів трудового права, де трудові права і свободи працівника визнаються головною соціальною цінністю у сфері праці.

Розвиток демократії та свободи в Україні поступово наближує вітчизняне суспільство до усвідомлення цінності самої людини та її природних прав. Однак саме законодавство, відстаючи у своєму розвитку, уповільнює розвиток відносин у сфері праці, що, на наше переконання, є неправильним, тому реформування трудового законодавства на сучасному етапі для України є актуальним науково-практичним завданням.

Так, у сучасній науці трудового права науково обґрунтовано, що під поняттям «свобода» слід розуміти явище, що об'єктивно існує в реальній дійсності та обумовлене природою й цінністю людини, виражається в людській можливості вільно

обирати чи відмовлятися від вибору тієї чи іншої доступної для цієї людини пропозиції, що має своєрідні аналоги, та людській здатності нести відповідальність за власний вибір [6, с. 33]. Тобто реформування трудового законодавства з урахуванням його соціальної цінності має базуватися на множинності моделей поведінки учасників відносин у сфері праці, і до того ж такі моделі поведінки повинні передбачати можливість працівника чи іншого учасника відносин права на відмову від участі у відносинах чи відмову на зміну раніше обумовленої угоди про працю.

Т.А. Занфірова зауважує, що «свобода вибору дій і поведінки особи – це фактична наявність вибору й можливість (зокрема й доступність) його здійснення. Свобода без вибору настільки ж неможлива, наскільки неможлива свобода, коли до певного вибору особу примушують або коли у людини немає альтернативи вибору (це означає, що особа не лише не може обрати замість варіанту N варіант M, але й те, що, окрім варіанту N, жодного іншого в реальній дійсності не існує), так само як і тоді, коли особа може обрати (або не обрати) будь-який альтернативний варіант, проте в реальній дійсності всі чи окремі варіанти не можуть бути здійсненими на практиці (так як і не всі доступні варіанти є доступними саме для конкретної особи)» [6, с. 37].

Множинність та альтернативність поведінки учасників відносин у сфері праці, зокрема працівника, дозволяє не просто реалізувати принцип свободи праці, а й указує на відповідальне ставлення особи до реалізації свого права. Будь-яка свобода не зводиться лише до вибору поведінки, вона також передбачає відповідальність суб'єкта за результати здійсненого вибору. І тут, якщо говорити про розвиток особистості, то свобода праці надає можливість формувати відповідальне ставлення працівника як до свого трудового життя, так і його життєдіяльності загалом. Будучи нерозривно пов'язаними, «свобода» та «відповідальність» забезпечують плановість у діях суб'єктів. Осмислений чи неосмислений вибір поведінки формує в учасників відносин практичні навички відповідального ставлення до прийнятих рішень у сфері праці. Сам факт того, що в практичній життєдіяльності суб'єкти трудового права мають можливість самостійно вирішувати свою долю, дозволяє їм розвиватися та самостверджуватися, а це для переважної більшості працівників є бажаним результатом правового впливу норм трудового права на їхнє життя.

Юридичні засоби забезпечення певної поведінки її носіїв, на думку О.С. Іоффе, обумовлюють можливість вчиняти відповідні дії уповноваженим особам [7, с. 567]. Доповнимо, що за своєю суттю галузеві правові засоби в трудовому праві повинні не просто забезпечувати можливість реалізувати

лізації уповноваженим суб'єктом певної поведінки, а й створювати правові умови, які не дозволяють йому під час реалізації його права на свободу праці порушувати трудові права та інтереси інших учасників відносин у царині праці і, більше того, будь-яка реалізація свободи праці повинна містити здатність суб'єкта захищати своє право, а держава має гарантувати уповноваженому суб'єктові дотримання його прав іншими учасниками, зокрема й засобами охорони його трудових прав. Тому соціальна цінність трудового права та свободи, як невід'ємної складової трудових прав, зокрема працівника, є результатом цивілізаційних надбань суспільства та проявом його службової ролі в досягненні загально визнаних потреб та інтересів.

Необхідно погодитися з твердженням про те, що юридична справедливість займає провідне місце серед інших її видів, тому що без неї неможливо не лише зміцнити справедливість у суспільстві, а й реалізувати свободу людини [8, с. 12]. Спроможність трудового права забезпечити учасників відносин у сфері праці галузевими правовими засобами досягати поставлених цілей, які відповідають уявленням суспільства про справедливість, також дозволяє консолідувати суспільство навколо цивілізаційних цінностей та національної ідеї. Для України це є на сьогодні одним із пріоритетних завдань. Розуміння свободи й справедливості в умовах ринкової економіки в українському суспільстві ще перебуває на стадії формування, і ми вважаємо, що зміцнення цих цінностей у вітчизняному суспільстві має починатися через закріплення й гарантування свободи праці як однієї з цінностей правового регулювання праці вільної людини.

Наведене свідчить, що забезпечення реалізації свободи праці вільної людини як ціннісного прояву справедливості в суспільстві та праві потребує вибору реалізації загальної моделі функціонування трудового права та стратегії його розвитку. Забезпечуючи реалізації свободи у праві загалом, необхідно спиратись на те, що ця свобода є виміром легітимізованого й санкціонованого державою простору для реалізації поведінки суб'єктів, нормативно визначеним у правах і обов'язках людини й громадянина, де право є межею між свободою і свавіллям, вказуючи на відповідну міру (баланс), що забезпечує свободу особи, суспільства й держави [9, с. 8]. Тобто реалізація свободи загалом та свободи праці зокрема потребує не декларативного визнання такої свободи, а забезпечення її проявів у сфері праці нормативно. І за таких умов соціальна цінність трудового права полягає також у визначенні нормативного співвідношення інтересів учасників відносин у сфері праці, і в тому, яким способом збалансовано інтереси суб'єктів трудового права. Трудове право як феномен право-

вої дійсності має здійснювати організацію процесу в царині суспільно-корисної праці, узгоджувати інтереси учасників цих відносин і забезпечувати їхню стабільність.

Історичний досвід України щодо розвитку відносин у сфері праці та формування цивілізаційних підходів до їхнього впорядкування показує, що, будуючи ідеологічну основу сучасного трудового права, необхідно обрати одну з моделей правового регулювання суспільно-корисної праці. Зокрема, М.В. Демидов наголошує, що існують дві моделі: патерналістська, якій притаманний державний нагляд за соціально-трудовими відносинами та посилення публічно приватних основ, і цивілістична, де акценти в реалізації та захисті трудових прав перенесені на ініціативу учасників трудових відносин. Автор наголошує, що у цих стратегіях є принципові недоліки, які можуть бути подолані централізованими заходами. Важливими, на думку автора, є повнота послідовності цих заходів [10, с. 111]. Характеристика цих моделей правового регулювання трудових відносин та відносин, тісно пов'язаних із ними, показує, що перша модель – патерналістська – уже була основою регулювання відносин у сфері праці, і в результаті її реалізація не сприяла укріпленню справедливості та законності у сфері праці. Отже, на наш погляд, у сучасних умовах розвитку українського суспільства та вітчизняної правової системи ми маємо забезпечити реалізацію другої моделі – цивілістичної, де свобода у зв'язку з особистою відповідальністю учасника відносин у сфері праці за свою поведінку вимагає від нього ініціативної діяльності та активності у його трудовому житті. Водночас друга модель не обмежує участі держави в правовому регулюванні трудових відносин, більше того, сам метод трудового права «поєднання законодавчого й договірної, централізованого та локального регулювання» [11, с. 18] свідчить про однакову важливість норм, закріплених на національному, галузевому та локальному рівнях правового регулювання суспільно-корисної праці.

Вищевикладене свідчить про можливість та, на нашу думку, необхідність подальшого розвитку трудового права та реалізацію його соціального призначення на засадах лібертатно-юридичної концепції, бо таким способом, окрім розвитку свободи праці, акцент правового впливу на волю та свідомість суб'єктів трудового права переміщується в бік відповідального та ініціативного вибору моделі поведінки того чи іншого учасника відносин у сфері праці.

На сучасному етапі розвитку українського суспільства ідеологічна перебудова трудового права має забезпечити формування відповідальної поведінки кожного учасника відносин у сфері праці за його дії та сприятиме укріпленню в трудовому

праві свободи праці та свободи трудового договору як цивілізаційного надбання вільної людини.

### Література

1. Дей М.О. Правове регулювання засобів стимулювання праці в умовах ринкової економіки: теоретичний аспект : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Харків, 2005. 212 с.
2. Золотарева Л.С. Механизмы правореализации с точки зрения психологической теории права Л.И. Петражицкого. Государство и право. Экономика. Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2008. № 2. С. 69-72.
3. История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2004. 944 с.
4. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург, 1907. 656 с.
5. Коробова А.П. Психологическая концепция правопонимания Л.И. Петражицкого и его учение о политике права. Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2012. Вып. 2. С. 149-155.
6. Занфірова Т.А. Свобода праці в трудовому праві України : дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2017. 499 с.
7. Иоффе О.С., Маковский А.Л., Шилов О.Ю. Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». Москва: Статут, 2003. 782 с.
8. Булгакова В.В. Концепция справедливости в праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Белгород, 2002. 20 с.
9. Осядла М.В. Свобода як цінність права (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. 202 с.
10. Демидов Н.В. Трудовое право России: системные проблемы истории и современности. Журнал российского права. 2015. № 11. С. 106-113.
11. Трудове право : підручник / О.М. Ярошенко, С.М. Прилипко, А.М. Слюсар та ін. ; за заг. ред.

О.М. Ярошенко. 2-ге вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2017. 560 с.

### Анотація

**Костюченко О. Є. Соціальний вимір трудового права.** – Стаття.

У статті розглянуто соціальний вимір трудового права та обґрунтовано необхідність його ідеологічної перебудови. Окремо наголошується на тому, що трудове право має реалізовувати принцип свободи трудового договору й праці та максимально наближати інтереси учасників відносин у сфері праці.

*Ключові слова:* трудове право, соціальний феномен, соціальне призначення, трудове законодавство, свобода.

### Аннотация

**Костюченко Е. Е. Социальное измерение трудового права.** – Статья.

В статье рассмотрено социальное измерение трудового права и обоснована необходимость его идеологической перестройки. Отдельно отмечается то, что трудовое право должно реализовывать принцип свободы трудового договора и труда и максимально приближать интересы участников отношений в сфере труда.

*Ключевые слова:* трудовое право, социальный феномен, социальное назначение, трудовое законодательство, свобода.

### Summary

**Kostiuchenko O. E. Social dimension of labor law.** – Article.

It is considered the social dimension of labor law and substantiated the necessity of its ideological remodeling in the article. It is also emphasized that labor law should be implemented the principle of freedom of labor agreement and labor, and it should be maximally brought closer the interests of relations' participants in the labor field.

*Key words:* labor law, social phenomenon, social purpose, labor law, freedom.

УДК 343.132(477)

**І. В. Сервецький**  
доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри спеціальної техніки  
та оперативно-розшукової діяльності  
Національної академії Служби безпеки України

**О. Л. Назаренко**  
аспірант відділу аспірантури і докторантури  
Національної академії Служби безпеки України

## СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНА РЕАБІЛІТАЦІЯ СПІВРОБІТНИКІВ (ПРАЦІВНИКІВ) ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Складні соціально-економічні умови, в яких сьогодні відбувається розвиток українського суспільства, впливають не лише на рівень життя, а й на психічне здоров'я, емоційний стан його громадян.

Актуальність теми обумовлена тим, що за офіційною статистикою нині в Україні більше 8 000 співробітників Служби безпеки України є учасниками Антитерористичної операції на сході нашої держави. Участь у військових діях – це наявність бойових травм, розвиток посттравматичного стресового розладу, а тому питання реабілітації співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України є надзвичайно актуальним.

Дослідженням проблем та окремих аспектів соціально-психологічної реабілітації військовослужбовців займалися такі відомі науковці: А. Анцупов, Т. Золотарьова, Дж. Келлі, В. Мясіщев, А. Пищелко, Дж. Роттер, Г. Саліван, В. Франкл, К. Роджерс, А. Шепилов, К. Абульханова-Славська, Л. Божович, В. Знаків, В. Іванников, Л. Китаєв-Смик, Н. Тарабріна, Л. Терехова, З. Фрейд, Р. Лазарус, А. Бравеє, В. Гічун, В. Ковтун, О. Коржиков; С. Захарик, І. Ліпатов, Т. Пароянц, В. Попов, В. Стасюк, В. Доморацький, Н. Крилов та інші.

Попри велику кількість досліджень, проблема соціально-психологічної реабілітації військовослужбовців є актуальною, оскільки наявність Антитерористичної операції та складних соціально-економічних умов негативно впливають на особистість військовослужбовців, ускладнюють, а іноді унеможливають здійснення оперативно-службової діяльності і нормальної життєдіяльності.

Метою статті є вивчення проблеми соціально-психологічної реабілітації співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України в сучасних умовах.

Оперативно-службова діяльність співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України характеризується впливом на психіку різних стресових факторів, що зумовлено

специфікою діяльності Служби безпеки України як державного правоохоронного органу спеціального призначення. Тривалість впливу, а також психотравмуючий характер цих стресорів може призвести до виникнення змін у психіці співробітників (працівників), які знижують ефективність їх оперативно-службової діяльності.

В умовах постійного зростання числа учасників бойових дій – співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України, проведення комплексу заходів з відновлювального лікування і подальшої соціальної інтеграції таких осіб в суспільстві є одним із пріоритетних напрямків соціальної політики держави.

Процес соціальної інтеграції в суспільстві дослідники називають соціально-психологічною реабілітацією, що є різновидом психологічної допомоги. На думку А. Караяні, соціально-психологічна реабілітація спрямована на відновлення втрачених (порушених) психічних можливостей і здоров'я військовослужбовців [1].

Що стосується реабілітації, то більшість дослідників розуміють її як систему державних соціально-економічних, медичних, професійних, педагогічних, психологічних та інших заходів, спрямованих на попередження тимчасової або стійкої втрати працездатності та на якомога швидше повернення хворих і осіб з інвалідністю в суспільство і до суспільно корисної праці.

В. Лесков визначає соціально-психологічну реабілітацію учасників бойових дій як систему психологічних, психотерапевтичних і психолого-педагогічних заходів, що спрямовані на відновлення психічного здоров'я, порушених психічних функцій і станів, особистісного та соціального статусу військовослужбовців, які брали участь у бойових діях в районах військових конфліктів [2, с. 16].

Соціально-психологічна реабілітація – це комплекс заходів, спрямований на відновлення людини в правах, соціальному статусі, здоров'ї та працездатності.

Мета соціально-психологічної реабілітації – забезпечення соціалізації особистості та віднов-

лення її до колишнього рівня. У цьому разі ідеться про відновлення не тільки здоров'я, а й соціального статусу особистості, правового положення, морально-психологічної рівноваги, впевненості в собі [3, с. 108].

Основними завданнями соціально-психологічної реабілітації є такі: визначення ступеня та характеру розладів психіки, індивідуально-особистісних особливостей поведінки військовослужбовців [2, с. 16].

Соціально-психологічна реабілітація є найважливішим елементом відновлення психічної рівноваги. Основними принципами соціально-психологічної реабілітації є такі:

1) принцип максимальної наближеності реабілітаційних заходів до запитів і потреб кожного учасника реабілітаційного процесу;

2) принцип невідкладності, що полягає у наданні психологічної допомоги відразу після виявлення психічних розладів;

3) принцип єдності психосоціальних і психофізіологічних методів впливу (єдність реабілітації та лікування);

4) принцип послідовності та ієрархічності реабілітаційних заходів;

5) принцип різнобічності (різноплановості) зусиль;

6) принцип партнерства, співпраці. Побудова реабілітаційного впливу повинна бути такою, щоб залучити військовослужбовців, які отримали психічну травму, у процес відновлення. У цьому випадку важливо враховувати індивідуальні особливості військовослужбовців;

7) принцип відповідності реабілітаційних заходів адаптаційним можливостям особистості військовослужбовців;

8) участь у реабілітаційному впливі командирів, медичних працівників, психологів, офіцерів органів виховної роботи, товаришів по службі [4].

Варто визнати, що соціально-психологічна реабілітація – це важлива складова діяльності, що забезпечує підтримку необхідного боєздатного стану військовослужбовців, сприяє попередженню інвалідності, дозволяє відновлювати психічну рівновагу людей, створює умови для адаптації військовослужбовців, які отримали психічні травми.

Реабілітація військовослужбовців – це система медичних, психологічних і професійних заходів, спрямованих на попередження розвитку патологічних процесів, які призводять до втрати працездатності, ефективно і раннє повернення військовослужбовців до професійної діяльності. Виділяють такі види реабілітації військовослужбовців: медичну, психологічну, професійну та екстрену.

Медична реабілітація військовослужбовців – це система медичних заходів, спрямованих на попередження зниження і втрати працездатності,

якомога швидше відновлення порушених функцій, профілактику ускладнень і рецидивів захворювань військовослужбовців та повернення їх до професійної діяльності.

Психологічна реабілітація військовослужбовців – це заходи щодо своєчасної профілактики і лікування психічних порушень, формування у військовослужбовців свідомої потреби в активній участі в реабілітаційному процесі.

Професійна реабілітація військовослужбовців – це комплекс заходів, спрямованих на відновлення професійних навичок або перенавчання військовослужбовців, вирішення питань їх працевлаштування.

Екстрена реабілітація військовослужбовців – це комплекс заходів щодо своєчасного попередження і швидкого відновлення порушених психосоматичних функцій, спрямованих на підтримку працездатності, відповідної надійності діяльності військовослужбовців і профілактику у них різних захворювань [5, с. 151–152].

З початку збройного конфлікту на сході України за даними Служби безпеки України з полону самопроголошених ЛНР/ДНР було звільнено щонайменше 3084 особи. Серед них є і військовослужбовці Служби безпеки України. Військовополонені становлять особливу категорію, адже вони часто зазнають не лише катувань під час допитів, але й жорстокого поводження з мотивів помсти [6, с. 4, 12].

Відомо, що безоплатне медичне забезпечення та реабілітація входять до переліку базових пільг, встановлених Законом України «Про соціальний правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей». Що більше, абзац 6 пункту 1 ст. 11 цього Закону визначає, що військовослужбовці, учасники бойових дій та прирівняні до них особи, а також особи, звільнені з військової служби, які брали безпосередню участь в Антитерористичній операції чи виконували службово-бойові завдання в екстремальних (бойових) умовах, обов'язково повинні пройти безоплатну психологічну, медико-психологічну реабілітацію у відповідних центрах. Порядок проведення реабілітації та відшкодування вартості проїзду встановлюються Кабінетом Міністрів України [7].

Також абзац 7 пункту 3 статті 11 цього Закону визначає, що військовослужбовці, які отримали захворювання, пов'язане з виконанням обов'язків військової служби, після лікування у військово-медичному закладі охорони здоров'я мають право на позачергове одержання путівок до санаторно-курортних та оздоровчих закладів Міністерства оборони України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів [7].

Участь у проведенні Антитерористичної операції на Сході України українських військовослуж-

бовців, які морально не готові до бойових дій, стає причиною посттравматичних стресових розладів. Посттравматичний стресовий розлад визначається як відсунута або затяжна реакція на стресогенну подію чи ситуацію винятково загрозливого або катастрофічного характеру, які можуть зумовити дистрес майже у будь-кого [8, с. 435].

Діагностичними критеріями дезадаптації особистості є такі: ворожість або недовір'я до світу; соціальна відстороненість; відчуття спустошення й безнадії; хронічне відчуття хвилювання, постійної загрози, існування «на межі»; відчуження [8, с. 436].

Згідно теорії Г. Сельє, стрес (англ. stress – напруга, тиск, навантаження) є неспецифічною відповіддю організму на будь-яку пред'явлену йому вимогу, що може синтоксичний (примирення) або кататоксичний характер (боротьба). Перша реакція на стресову ситуацію – здивування або тривога (мобілізація сил організму), наступна фаза – опір або адаптація до стресу, третя – виснаження, витрачання запасів енергії, що призводить до втоми. Реакція на стрес може бути біологічною та психічною. [9, с. 27, 68].

Девіантна поведінка військовослужбовців часто проявляється як в насильстві відносно інших, так і в аутоагресії, що може характеризуватися ризикованими діями, суїцидальними спробами тощо.

Організацію медичної реабілітації в Службі безпеки України визначає Інструкція про порядок організації медичної реабілітації в системі Служби безпеки України. Координацію роботи закладів охорони здоров'я СБУ з питань відбору, направлення, проведення медичної реабілітації та забезпечення ефективного використання їх ліжкового фонду здійснює Військово-медичне управління.

На медичну реабілітацію направляються: до відділення реабілітації санаторію – співробітники-військовослужбовці СБУ (далі – військовослужбовці); до лікарні – особи, які перебувають на медичному обліку у лікувально-профілактичних закладах СБУ (за винятком осіб до 18 років), а також, на основі договору, – інші особи.

Реабілітаційне лікування, насамперед, отримують особи, які перебувають на медичному обліку у лікувально-профілактичних закладах Служби безпеки України. Направлення особи на медичну реабілітацію здійснюється за її згодою відповідно до показань.

До відомчого санаторію Служби безпеки України в м. Одеса направлення на медичну реабілітацію здійснюється згідно показань: вегетативні прояви, донозологічні та преморбідні стани, що характеризуються напруженням механізмів адаптації або зниженням функціональних можливостей із задовільними показниками соціальної та професійної адаптації; стани, які виникли в ре-

зультаті негативного впливу несприятливих факторів професійного та навколишнього середовища під час виконання завдань оперативно-службової діяльності (гравітаційне перевантаження, переохолодження, вплив спекотного та/або вологого клімату, контакт зі шкідливими речовинами та іонізуючим випромінюванням, специфічний та неспецифічний вплив шуму та інші); зниження емоційно-вольової активності та розумової діяльності, що супроводжується астеничним та гіпостенічним синдромом; наявність негативних когнітивно-поведінкових реакцій за дезадаптивного статусу; затяжний стан емоційної напруги (тривоги, неспокою), повторні переживання психотравмуючих подій та хвороблива реакція на них, порушення сну, що відображаються на самопочутті, працездатності та потребують незначного психотерапевтичного та медикаментозного коригування; синдром хронічної втоми, гостра реакція на стрес; посттравматичний стресовий розлад [10].

Показання до медичної реабілітації у відомчому санаторії м.Трускавець Львівської області: вегетативні прояви, донозологічні та преморбідні стани, що характеризуються напруженням психічних механізмів адаптації або зниженням функціональних можливостей організму із задовільними показниками соціальної та професійної адаптації; стани, які виникли у результаті негативного впливу несприятливих факторів професійного та навколишнього середовища в період виконання завдань оперативно-службової діяльності (переохолодження, вплив спекотного та/або вологого клімату, гравітаційне перенавантаження, контакт зі шкідливими речовинами та іонізуючим випромінюванням, специфічний та неспецифічний вплив шуму тощо); зниження емоційно-вольової активності та розумової діяльності, що супроводжується астеничним та гіпостенічним синдромом; перенесені безпосередньо в момент загрози життю та здоров'ю співробітника гострі реакції на ситуацію у вигляді загальмованості («ступору») або збудження, паніки; затяжний стан емоційної напруги (тривоги, неспокою), повторні переживання психотравмуючих подій та хвороблива фіксація на них, порушення сну, що відображаються на самопочутті, працездатності та потребують незначного психотерапевтичного та медикаментозного коригування; дезадаптивні поведінкові реакції у сфері міжособистісних стосунків, що проявляються у підвищеній дратівливості, безпідставній агресивності, конфліктності, замкнутості, помірній зміні характерологічних особливостей (прояв та загострення акцентуованих особливостей) та особистісних установок [10].

Також Інструкцією визначені протипоказання до направлення на медичну реабілітацію, переважно вони стосуються гострих періодів захворювань. До відділення реабілітації санаторію особа

може бути направлена за рахунок кошторисних призначень СБУ не більше одного разу на рік. Показання та протипоказання щодо медичної реабілітації встановлює лікар-куратор на підставі даних диспансерного нагляду, результатів попереднього лікування та діагностичних обстежень. Про потребу в медичній реабілітації особи, яка проходила лікування в госпіталі або перебуває під динамічним наглядом, лікар-куратор робить запис у медичній картці стаціонарного хворого [10].

Отже, реабілітація як процес відновлення фізичних, психічних та соціальних ресурсів співробітника (працівника) оперативного підрозділу Служби безпеки України, учасника бойових дій, має бути інтегративною, включати психотерапевтичні, психодіагностичні, психокорекційні, профілактичні, профорієнтаційні заходи, використовуючи як індивідуальні, так і групові форми психосоціальної роботи (консультування, групова корекція, аутотренінг, саморегуляція тощо). Ефективні реабілітаційні заходи спрямовуються не лише на виведення людини з кризового стану, а і на розвиток нових життєво важливих умінь. Найбільш успішними є результати соціально-психологічної роботи, коли не лише з'ясовуються причини розладів, а і формується у військовослужбовця потреба в особистісному зростанні та розвиткові закладених можливостей.

### Література

1. Тополь О. В. Соціально-психологічна реабілітація учасників антитерористичної операції. Підготовка фахівців у системі професійної освіти. 2015. № 124. С. 230–233.
2. Лесков В. О. Соціально-психологічна реабілітація військовослужбовців із районів військових конфліктів: автореф. дис. ... канд. психол. наук: спец. 19.00.09 «Психологія діяльності в особливих умовах». Хмельницький, 2008. 22 с.
3. Психологічна допомога особам, які беруть участь в антитерористичній операції: матеріали міжвідом. наук.-практ. конф (Київ, 30 березня 2016 р.): у 2 ч. / ред. кол.: В.В. Черней, М.В. Костицький, О.І. Кудерміна та ін. Київ: НАВСУ, 2016. Ч. 2. 178 с.
4. Мушкевич М.І., Федоренко Р.П., Мельник А.П. Психологічна допомога учасникам АТО та їх сім'ям: кол. монографія / за заг. ред. М.І. Мушкевич. Луцьк: Вежа-Друк, 2016. 260 с.
5. Термінологічний словник-довідник менеджера охорони здоров'я / упоряди. М.П. Бойчак, Я.Ф. Радіш / передм. та заг. ред. В.Я. Білий, Б.П. Криштопа. К.: Вид-во «Преса України», 2001. С. 151–152.
6. Гладун А., Охотнікова Н., Мартиненко О. Аналіз дій держави щодо військовополонених після їх звільнення: проблеми доступу до лікування та психологічної реабілітації: інформаційний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини та Харківської

правозахисної групи. / Українська Гельсінська спілка з прав людини, Харківська правозахисна група. Київ, 2017. 13 с.

7. Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20.12.1991 р. / Верховна Рада України. ВВР України. 1992.

8. Напреєнко О.К., Влох І.Й., Голубков О.З. Психіатрія: підручник / за ред. проф. О.К. Напреєнка. К.: Здоров'я, 2001. 584с.

9. Сельє Г. Стресс без дистресса / общ. ред. Е.М.Крепса / пер. с англ. А.Н. Лука, И.С. Хорола. М: Прогресс, 1979. 123 с.

10. Наказ Служби безпеки України «Про затвердження Інструкції про організацію медичної реабілітації в Службі безпеки України» № 512 від 15.11.2012 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z2035-12#n55>.

### Анотація

*Сервецький І. В., Назаренко О. Л.* Соціальна реабілітація співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України. – Стаття.

У статті висвітлюються теоретико-методологічні засади медичної реабілітації співробітників (працівників) оперативних підрозділів Служби безпеки України. Охарактеризовано наслідки та можливі шляхи подолання посттравматичного стресового розладу.

*Ключові слова:* соціальна реабілітація, медична реабілітація (відновне лікування), психологічна реабілітація, співробітники оперативних підрозділів, посттравматичний стресовий розлад.

### Аннотация

*Сервецкий И. В., Назаренко Е. Л.* Социальная реабилитация сотрудников (работников) оперативных подразделений Службы безопасности Украины. – Статья.

В статье освещаются теоретико-методологические принципы медицинской реабилитации сотрудников (работников) оперативных подразделений Службы безопасности Украины. Охарактеризованы последствия и возможные пути преодоления посттравматического стрессового расстройства.

*Ключевые слова:* социальная реабилитация, медицинская реабилитация (восстановительное лечение), психологическая реабилитация, сотрудники оперативных подразделений, посттравматическое стрессовое расстройство.

### Summary

*Servetskyi I. V., Nazarenko O. L.* Social-psychological rehabilitation of employees (workers) of operative departments of the Security Service of Ukraine. – Article.

Theoretical methodological principles of medical rehabilitation of employees (workers) of operative departments of the Security Service of Ukraine are illuminated in the article, described consequences and possible ways of overcoming of post-traumatic stress-based disfunction.

*Key words:* social rehabilitation, medical rehabilitation (restoration treatment), psychological rehabilitation, employees of operative departments, post-traumatic stress-based disfunction.

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 347.73

*Р. Г. Браславський*  
докторант кафедри фінансового права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### НОРМОТВОРЧІ МАТЕРІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПОДАТКОВОГО ПРАВА

Для належності реалізації будь-якого роду діяльності важливою є алгоритмізація такої діяльності за посередництвом вихідних положень права – принципів права. Саме принципи права встановлюють «еталонні» моделі реалізації регламентованих правовими нормами суспільних відносин. Не є винятком у даному випадку й діяльність нормотворчого характеру. Потрібно зазначити, що нормотворча діяльність потребує найбільшої міри структурованості та послідовності, адже від якості нормативного матеріалу залежить належність реалізації подальшої правозастосовної практики. Принципи права, являючи собою нормативні приписи, ніби стоять над всією системою права, перманентно корегуючи її розвиток і модернізацію. Будучи вихідними положеннями найвищої міри імперативності, принципи права здатні забезпечити прогресивний і поступовий розвиток усієї системи права. Водночас важливим залишається забезпечення змістовної відповідності нормативного матеріалу, який приймається суб'єктами нормотворчості, відповідним принципам права. До таких нормативно-установчих принципів, зокрема, можна віднести нормотворчі матеріальні принципи податкового права.

У даному випадку для послідовності здійснення подальшого дослідження вбачається за доцільне визначити змістовне наповнення такого поняття, як «матеріальні принципи права». Фактично матеріальні принципи права визначають окремі основоположні «статичні» аспекти конкретної, регламентованої правом сфери суспільних відносин. Так, матеріальні вихідні положення права конституують права та обов'язки учасників суспільних відносин, встановлюють окремі змістовні елементи нормативної регламентації суспільної взаємодії. Одночасно ми повинні відзначити, що такого роду «статика» є умовною, оскільки самій нормі права незалежно від функціонального призначення такої норми (матеріальна чи процесуальна норма) притаманна «динаміка» в аспекті її правореалізації. Якби норма права була безумовно статичною, не було б самої можливості говори-

ти про її правореалізаційний чи правозастосовний потенціал. Отже, таку категорію, як «статика», у даному випадку було використано задля досягнення доктринальних цілей в аспекті надання характеристики такому поняттю, як «матеріальні принципи права».

Водночас матеріальні принципи права несуть у собі концентроване змістовне навантаження. У даному випадку мова йде про те, що саме матеріальні принципи права визначають зміст правового регулювання конкретної сфери суспільних відносин, тоді як процесуальні (процедурні) принципи права визначають форму зовнішньої реалізації, детермінують послідовно реалізаційний механізм зовнішньої об'єктивації змісту відповідних матеріальних норм. У контексті зазначеного вище потрібно здійснювати диференціацію таких понять, як «матеріальний принцип права» та «матеріальна норма права». Так, за загальним правилом будь-який принцип права є нормою права, проте далеко не кожна норма права може визначатися як принцип права. Матеріальні принципи права є нормами найвищої міри імперативності, у межах яких отримує своє закріплення конкретна основоположна ідея, вихідне положення, що в лаконічній і чітко структурованій формі встановлює узагальнене правило поведінки. Тобто конкретному принципу права повинна відповідати інша норма (норми) права, а то й ціла система права. Із зазначеного вище випливає, що матеріальні принципи права ніби стоять «над» нормами права. У даному випадку матиме місце низхідний порядок регламентаційного впливу, коли норми вищого порядку (принципи матеріального права) визначають змістовне наповнення норм нижчого порядку (норм матеріального права) (див. рис. 1).

Водночас треба відзначити, що в тому випадку, коли система окремих матеріальних норм права змістовно формує окремий матеріальний принцип права, ми можемо констатувати висхідний змістовно формуючий рух, а саме коли окремі змістовні елементи звичайних норм матеріального права послідовно, структуровано формують зміст кон-

кретного вихідного положення – принципу матеріального права (див. рис. 2).

Варто зауважити, що серед принципів податкового права також виділяють принципи матеріального характеру. Відповідні вихідні положення спрямовані на визначення окремих змістовних, основоположних вимог до формування всієї системи оподаткування. Так, здійснюючи класифікацію принципів податкового права, принципи матеріального характеру виділяють, зокрема, такі вчені-правники, як М.П. Кучерявенко [1] та Л.М. Касьяненко [2]. С.М. Попова зазначає, що матеріальні принципи податкового права являють собою вихідні положення, що охоплюють сутність категорій [3]. Водночас треба відзначити, що такого роду характеристика матеріальних принципів податкового права є досить звуженою, вона не детермінує функціонального призначення матеріальних принципів податкового права. У даному випадку ми відзначаємо, що матеріальні принципи податкового права слугують своєрідним «еталоном», взірцем нормативної регламентації податкових відносин, на відповідність якому повинні «тестуватися» інші норми податкового права. Тобто матеріальний принцип податкового права має не тільки декларативне призначення, але й повинен відігравати важливу практично-прикладну роль. Крім того, потрібно зазначити, що С.М. Попова підрозділяє принципи податкового права на матеріальні та процесуальні «залежно від змісту». У даному випадку було б більш послідовним говорити про застосування функціонального критерію видового розмежування принципів податкового права, виходячи з їхнього функціонального призначення. За змістом як принцип матеріального, так і принцип процесуального (процедурного) характеру мають конкретне змістовне наповнення – правило поведінки. При цьому різняться вони за своїм призначенням – за напрямком регулятивного впливу.

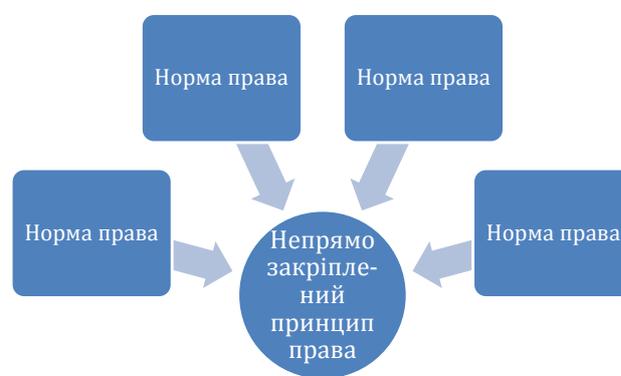


**Рис. 1.** Схематичне відображення низхідного формування змістовного наповнення нижчих категорій (норм права) категорією вищого порядку (принципом права)

Потрібно зазначити, що матеріальні принципи податкового права формують основи нормативної регламентації як податкового права загалом, так і окремих його аспектів. Такого роду розмежування матеріальних принципів податкового права обумовлюється визначенням сфери охоплення їхнього нормативного впливу. За наведеним вище критерієм матеріальні принципи податкового права можуть бути підрозділені на загальні та спеціальні принципи. Так, загальні матеріальні принципи податкового права визначають основоположні вимоги, які висуваються до всієї системи податкового права. Свій безпосередній вияв такі принципи податкового права можуть отримувати в будь-якому податково-правовому інституті. До загальних матеріальних принципів податкового права, зокрема, можна віднести принцип недискримінації у сфері оподаткування. Що ж стосується спеціальних матеріальних принципів податкового права, то вони отримують свій безпосередній вияв у межах окремих інститутів, субінститутів податкового права. Як правило, спеціальні матеріальні принципи податкового права мають вузько орієнтовану сферу нормативного впливу. Як приклад спеціальних матеріальних принципів податкового права можна навести принцип-презумпцію правомірності рішень платника податків, який спрямований на подолання дійсної колізійності норм податкового права та отримує свою безпосередню реалізацію в межах адміністративних чи судових проваджень із вирішення податкових спорів.

Повертаючись до проблематики визначення нормотворчих матеріальних принципів податкового права, варто зауважити, що сьогодні вони отримують своє системне закріплення в межах чинного податкового законодавства. Так, до нормотворчих матеріальних принципів податкового права можна віднести:

– принцип загальності оподаткування (п. п. 4.1.1. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);



**Рис. 2.** Схематичне відображення висхідного формування змістовного наповнення вищої категорії (принципу права) категоріями нижчого порядку (нормами права)

– принцип недискримінації у сфері оподаткування (п. п. 4.1.2. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);

– принцип фіскальної достатності (п. п. 4.1.5. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);

– принцип соціальної справедливості (п. п. 4.1.6. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);

– принцип економічності оподаткування (п. п. 4.1.7. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);

– принцип нейтральності оподаткування (п. п. 4.1.8. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України);

– принцип рівномірності та зручності сплати податків і зборів (п. п. 4.1.10. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України (отримує свою конкретизацію в п. 4.3 Податкового кодексу України));

– принцип єдиного підходу до встановлення податків і зборів (п. п. 4.1.11. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України).

У свою чергу, вищезазначені нормотворчі матеріальні принципи податкового права можна підрозділити на:

а) податково-правові принципи: принцип загальності оподаткування, принцип недискримінації у сфері оподаткування, принцип єдиного підходу до встановлення податків і зборів.

б) економічно обумовлені принципи податкового права: принцип фіскальної достатності, принцип соціальної справедливості, принцип економічності оподаткування, принцип нейтральності оподаткування, принцип рівномірності та зручності сплати податків і зборів.

Такого роду підхід до класифікації нормотворчих матеріальних принципів податкового права обумовлюється характером змістовної основи відповідних принципів права та напрямком їхнього регламентаційного впливу. Так, податково-правові принципи за своєю природою є вихідними положеннями, які специфікують загальноправові положення в контексті галузево-орієнтованої спеціалізації. Наприклад, загальноправовий принцип недискримінації отримує свою формалізацію в межах приписів податкового законодавства, як принцип недискримінації у сфері оподаткування. Крім того, відповідні вихідні положення права мають суто правову, формалізаційно-обумовлену природу. Тобто превалюючою в даних принципах є правова основа. Що ж стосується економічно обумовлених принципів податкового права, то вони спрямовані перш за все на те, щоб створити умови для правового, гарантійно-формалізаційного обрамлення основних економічно-детермінованих аспектів у межах податково-правових відносин. Відповідні принципи мають змістовною основою закони економічної логіки, які через свою есенціаль-

ність для податкових відносин потребують відповідного формалізованого закріплення.

У даному випадку вбачається за доцільне відзначити, що відповідні принципи податкового права були віднесені до нормотворчих принципів через їхнє значення в процесі здійснення уповноваженими на це суб'єктами нормотворчої діяльності. При цьому ми не визначаємо відповідні принципи податкового права виключно як нормотворчі принципи. Через загальність їхнього значення та регламентаційне значення у сфері оподаткування вони характеризуються значною варіативністю їхніх проявів. Такого роду зовнішні прояви таких вихідних положень податкового права, зокрема, отримують свій вияв у сфері нормотворчості.

Нормотворча діяльність є однією з найбільш важливих сфер правової діяльності, адже саме первинне формування нормативних приписів забезпечує оформлення основи подальшої нормативної регламентації конкретної сфери суспільних відносин. До того ж важливим є формування системи вихідних положень права, за посередництвом яких буде здійснюватися регламентація самої нормотворчої діяльності. Немаловажливу роль у забезпеченні належної реалізації нормотворчої діяльності відіграють вихідні положення права. Так, нормотворчі матеріальні принципи податкового права вказують на необхідність забезпечення змістовної відповідності новостворених (модернізованих) норм податкового права відповідним матеріальним принципам податкового права. Фактично матеріальні принципи податкового права є взірцем, відповідно до якого повинні «тестуватися» нормативні приписи податкового права. Недотримання відповідних матеріальних податково-правових принципів у процесі здійснення нормотворчої діяльності призвело б до порушення логіки викладу нормативного матеріалу, деструкції системи податкового права загалом або ж окремих його інститутів (субінститутів).

Треба відзначити, що нормотворчі матеріальні принципи податкового права не є категорією ефемерною. Вони отримують свою безпосередню реалізацію (свій зовнішній вияв) у межах спеціальної діяльності, специфічних суб'єктів права – суб'єктів, що наділені нормотворчими повноваженнями у сфері оподаткування. До суб'єктів нормотворчості, які повинні в процесі реалізації своїх компетенційних нормативно-установчих повноважень зважати на матеріальні принципи податкового права, належать такі: а) Верховна Рада України; б) Верховна Рада Автономної Республіки Крим; в) сільські, селищні, міські ради та ради об'єднаних територіальних громад, що створені згідно із законом та перспективним планом формування територій громад. Відповідні нормотворчі матеріальні принципи податкового права впливають на змістовно-матеріальну складову норматив-

них приписів, які створюються або ж змінюються в межах нормотворчої діяльності відповідних суб'єктів, що визначені приписами ст. 12 Податкового кодексу України.

### Література

1. Кучерявенко Н.П. Курс налогового закона. в 6 т. Т. 3: Учение о налоге. Х.: Легас; Право, 2005. 600 с.
2. Касьяненко Л.М., Цимбалюка А.В., Аністратенко Ю.І., Блащук Н.І. Податкове право України: альбом схем: навч. посібник. / за заг. ред. Л.М. Касьяненко. К.: Алерта, 2013. 112 с.
3. Бандурка О.М., Понікаров В.Д., Попова С.М. Податкове право URL: [http://pidruchniki.com/13761025/pravo/podatkove\\_pravo\\_podatkovi\\_pravovidnosini](http://pidruchniki.com/13761025/pravo/podatkove_pravo_podatkovi_pravovidnosini).

### Анотація

**Браславський Р. Г. Нормотворчі матеріальні принципи податкового права.** – Стаття.

У статті досліджено нормотворчі матеріальні принципи податкового права. Визначено змістовне наповнення такого поняття, як «матеріальні принципи права». Задля досягнення доктринальних цілей в аспекті надання характеристики такому поняттю, як «матеріальні принципи права», було використано таку категорію, як «статика». Здійснено диференціацію таких понять, як «матеріальний принцип права» та «матеріальна норма права». Зазначено, що серед принципів податкового права також виділяють принципи матеріального характеру.

*Ключові слова:* право, правове регулювання, податкове право, принципи, норми права, матеріальні принципи.

### Аннотация

**Браславский Р. Г. Нормотворческие материальные принципы налогового права.** – Статья.

В статье исследованы нормотворческие материальные принципы налогового права. Определено содержательное наполнение такого понятия, как «материальные принципы права». Для достижения доктринальных целей в аспекте предоставления характеристики такому понятию, как «материальные принципы права», было использовано такую категорию, как «статика». Осуществлена дифференциация таких понятий, как «материальный принцип права» и «материальная норма права». Отмечено, что среди принципов налогового права также выделяют принципы материального характера.

*Ключевые слова:* право, правовое регулирование, налоговое право, принципы, нормы права, материальные принципы.

### Summary

**Braslavskyi R. H. Legitimate material principles of tax law.** – Article.

In the article the normative material principles of tax law are investigated. The content of such a concept as “material principles of law” is determined. In order to achieve doctrinal goals in the aspect of giving a characteristic to such a concept as “material principles of law”, a category such as “statics” was used. The author of the article carried out the differentiation of such concepts as “material principle of law” and “material norm of law”. It is noted that among the principles of tax law also distinguish principles of material nature.

*Key words:* law, legal regulation, tax law, principles, norms of law, material principles.

УДК 342.9

**В. В. Дука**  
*аспірант кафедри конституційного,  
адміністративного та фінансового права  
Хмельницького університету управління та права*

## ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ОСІБ, ЯКІ НЕ Є ГРОМАДЯНАМИ УКРАЇНИ, ПРИ ПЕРЕТИНАННІ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ

У рамках євроінтеграції розвиток статусу демократичної країни є одним із основних напрямків діяльності України. Звернення громадян до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків – один із основних елементів побудови демократичного суспільства. Тому дослідження та вдосконалення процесу подання звернення всіма категоріями осіб та якісний і своєчасний їх розгляд – завжди будуть актуальними проблемами.

Не менш важливим питанням у зміцненні позиції України як європейської держави є відносини, що виникають між державою та іноземцями, а особливо під час перетинання ними кордону як початкової стадії відносин осіб, що не є громадянами України та Україною безпосередньо.

Поєднуючи вищезазначене, можемо дійти висновку, що важливо з'ясувати всі можливі особливості звернення до державних органів іноземцями й особами без громадянства (далі – ОБГ) під час перетинання державного кордону України.

Зазначені питання певною мірою були висвітлені в працях вітчизняних вчених, наприклад, В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка та інших. Та комплексного дослідження ця тема не отримала.

Важливість чіткого визначення всіх можливих нюансів зумовлює велика кількість осіб, що прямують через державний кордон й обмежений час при виникненні усіх правовідносин, що супроводжують в'їзд/виїзд на/з території України. За 2017 рік через державний кордон було пропущено 89,2 млн осіб, 31 % з яких складають іноземці. Тобто існує значна концентрація осіб, що не є громадянами України. У свою чергу, минулого року тільки до Державної прикордонної служби України надійшло понад 4500 звернень від іноземців, що підтверджує необхідність дієвого регулювання порядку звернення, що надходять від таких осіб [1].

Основними засадами, які регулюють звернення громадян є положення ч. 3 ст. 1 Закону України «Про звернення громадян», яка зазначає, що особи, які не є громадянами України і законно перебувають на її території, мають таке саме право на подання звернення, як і громадяни України,

якщо інше не передбачено міжнародними договорами [2].

Законність їхнього перебування визначена у п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Таким чином, іноземці та особи без громадянства, які в установленому законодавством чи міжнародним договором України порядку в'їхали в Україну та постійно або тимчасово проживають на її території, або тимчасово перебувають в Україні, є такими, що перебувають на її території законно [3].

Але справа в тому, що дане визначення не враховує усіх особливостей правовідносин, що виникають при в'їзді іноземцями та ОБГ в Україну.

Основною проблемою, на нашу думку, є визначення моменту, з якого іноземець або ОБГ буде вважатись таким, що законно перебуває на території України.

Державним кордоном України є лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – суші, вод, надр, повітряного простору. Перетинання державного кордону України здійснюється на шляхах сполучення через державний кордон з додержанням встановленого порядку [4, с. 3]. Такими шляхами є пункти пропуску через державний кордон – спеціально виділені території на залізничних і автомобільних станціях, у морських і річкових портах, в аеропортах (на аеродромах) із комплексом будівель, споруд і технічних засобів, а також спеціально виділені акваторії в морських і річкових портах, де здійснюються прикордонний, митний та інші види контролю і пропуск через державний кордон осіб, транспортних засобів, вантажів та іншого майна [5].

Під час прибуття в пункт пропуску через державний кордон іноземці та ОБГ фактично перетинають демаркаційну лінію, яка являє собою державний кордон України. Таким чином, особи, що не є громадянами України, вже перебувають на її території. Визначити законність у такому випадку неможливо, оскільки її у ході здійснення всіх передбачених законом та необхідних видів контролю мають лише встановити згодом. Так, уповноважені службові особи Державної прикордонної служби України надають іноземцю, особі без громадянства дозвіл на перетинання державного кордону в разі в'їзду в Україну за умови:

1) наявності в нього дійсного паспортного документа;

2) відсутності щодо нього рішення уповноваженого державного органу України про заборону в'їзду в Україну;

3) наявності в нього в'їзної візи, якщо інше не передбачено законодавством України;

4) підтвердження мети запланованого перебування;

5) наявності достатнього фінансового забезпечення на період запланованого перебування і для повернення до держави походження або транзиту до третьої держави або наявності в нього можливості отримати достатнє фінансове забезпечення законним способом на території України – для громадянина держави, включеної до переліку держав, затвердженого Кабінетом Міністрів України, та особи без громадянства, яка постійно проживає у державі, включеній до такого переліку [6].

Після цього посадовою особою Державної прикордонної служби України, крім передбачених законом випадках, здійснюється реєстрація іноземців та осіб без громадянства, які в'їжджають в Україну [7].

Реєстрація в пункті пропуску через державний кордон включає в себе проставлення в паспортному документі та/або імміграційній картці іноземця чи особи без громадянства відмітки «В'їзд» («Виїзд»), занесення відомостей про іноземця чи особу без громадянства і його паспортні дані до відповідного реєстру та заповнення імміграційної картки в окремих випадках [5].

Після завершення прикордонного контролю іноземці та ОБГ проходять митний та, якщо буде потреба, інші види державного контролю, що проводяться в пунктах пропуску.

За умови позитивних результатів всіх видів контролю, посадова особа Держприкордонслужби надає іноземцям чи ОБГ право на в'їзд в Україну. Фактично це означає надання дозволу на виїзд за межі пункту пропуску в бік України, на її територію. Отже, можемо тлумачити, що після отримання дозволу на перетин державного кордону України особа є такою, що законно його перетнула і перебуває на території держави.

Дещо іншим є порядок перетинання кордону іноземцями, що наділені дипломатичними привілеями, але ці особливості не впливають на дослідження теми.

Головною проблемою у вирішенні цього питання є те, що нормативно (чи доктринально) правовідносини у сфері перетинання державного кордону визначено тільки як процедура чи процес, а не як поняття. І тому встановити темпоральні рамки, момент початку та закінчення перетинання кордону не вдається, як і визначення моменту, з якого особа вважається такою, що перебуває на території України.

Варто також звернути увагу на те, що законодавець виділяє, окрім законного, незаконне перетинання державного кордону України. Згідно зі ст. 204-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення, незаконним перетинанням є перетинання або спроба перетинання державного кордону України будь-яким способом поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або за документами, що містять недостовірні відомості про особу, чи без дозволу відповідних органів влади [8].

Звичайно ж, такі особи притягаються до адміністративної відповідальності. Вони мають такі права: знайомитися з матеріалами справи, давати пояснення, подавати докази, заявляти клопотання; при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, виступати рідною мовою і користуватися послугами перекладача, якщо не володіє мовою, якою ведеться провадження; оскаржити постанову по справі [8].

Отже, можемо дійти висновку, що в особи, яка незаконно перетнула кордон, а значить і незаконно перебуває на території України, однак, є право на звернення.

Так само це стосується осіб, які незаконно перебувають в Україні та перебувають у пунктах тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства. До цієї категорії належать такі особи:

– стосовно яких судом прийнято рішення про примусове видворення;

– стосовно яких судом прийнято рішення про затримання з метою ідентифікації та забезпечення примусового видворення, зокрема прийняті відповідно до міжнародних договорів України про реадмісію;

– затримані центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, його територіальними органами та підрозділами на строки та в порядку, передбачені законодавством України;

– затримані за рішенням суду до завершення розгляду заяви про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту в Україні [3].

Основним, на що варто звернути увагу при розгляді цього питання, є положення Конституції України про те, що всі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк [9, с. 15].

Іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України [9, с. 10].

Іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини [3].

Правосуб'єктність цих осіб виникає з моменту прибуття в Україну й завершується з часу залишення її території [10, с. 67].

Щодо юрисдикції, то ми цілком підтримуємо позицію В.Б. Авер'янова, що адміністративна юрисдикція виступає окремим різновидом юрисдикційної діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування, або узагальнено – органів публічної влади.

Розрізняють два підходи до визначення поняття адміністративної юрисдикції: вузький і широкий.

У вузькому значенні адміністративна юрисдикція – це діяльність органів публічної влади щодо вирішення питання про винуватість фізичної чи юридичної особи у вчиненні адміністративного правопорушення та притягнення її до адміністративної відповідальності. Таке розуміння є результатом логічного аналізу положень Кодексу України про адміністративні правопорушення, де поняття «адміністративної юрисдикції» (ст. 16) пов'язується з накладанням адміністративних стягнень на громадян. У законодавстві України поняття «адміністративна юрисдикція» в інших значеннях не вживається.

Поняттям «адміністративної юрисдикції» у широкому значенні охоплюються також конкретні випадки розгляду органами виконавчої влади спорів про права, обов'язки або інтереси фізичних і юридичних осіб. Тобто юрисдикційна діяльність органів публічної влади може полягати в розгляді такими органами скарг фізичних і юридичних осіб, хоча й ця діяльність повинна супроводжуватися прийняттям рішення про усунення порушень режиму законності і застосування за потреби примусових заходів до особи, яка винна в порушенні прав і свобод зазначених осіб.

Зважаючи на вищезазначене, за своїм змістом адміністративна юрисдикція пов'язана з розглядом або справ про притягнення осіб до адміністративної відповідальності, або справ про поновлення суб'єктивних прав осіб, порушених органами публічної влади [11, с. 253–354]. Отже, варто відзначити, що будь яка особа, яка не є громадянином України, має право на звернення, якщо вона перебуває під юрисдикцією України.

Положення ст. 1 Закону України «Про звернення громадян» також наголошує на тому, що

регулюється питання звернень іноземців та ОБГ і міжнародними актами. Для підтвердження викладеного вище виступає норма ст. 6 «Загальної декларації прав людини», що кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб'єктності [12].

Також варто зазначити, що 25 жовтня 1991 року для України набрав чинності Перший факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Згідно зі ст. 1 цього Протоколу, Україна визнає компетенцію Комітету з прав людини, створеного на підставі частини IV цього Пакту, приймати й розглядати повідомлення від окремих осіб, які стверджують, що вони є жертвами порушень якогось із прав, викладених у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права. Відповідно до цього Протоколу Комітет може визнати неприйнятним повідомлення, яке є анонімним або яке, на його думку, являє собою зловживання правом [10, с. 68].

Підсумовуючи все вищенаведене, з метою уникнення неоднозначного розуміння норми закону пропонуємо замінити твердження ч. 3 ст. 1 Закону України «Про звернення громадян»: «особи, які не є громадянами України і законно перебувають на її території, мають таке саме право на подання звернення, як і громадяни України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами» і визначити так: «усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів».

### Література

1. Офіційний сайт Державної прикордонної служби України. URL: <https://dpsu.gov.ua/>.
2. Закон України «Про звернення громадян»: за станом на 05 лютого 2018 р. 1996. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.
3. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»: за станом на 05 лютого 2018 р. 2011. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>.
4. Закон України «Про державний кордон», «Про Державну прикордонну службу України»: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 25 берез. 2015 р. Київ: Паливода А.В., 2015. 44 с.
5. Постанова Кабінету Міністрів України № 751 «Про затвердження Положення про пункти пропуску через державний кордон та пункти контролю»: за станом на 05 лютого 2018 р. 2010. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/751-2010-%D0%BF>.
6. Закон України «Про прикордонний контроль»: за станом на 05 лютого 2018 р. 2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1710-17>.
7. Постанова Кабінету Міністрів України № 150 «Про затвердження Порядку продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України»: за станом на 05 люто-

го 2018 р. 2012. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/150-2012-%D0%BF>.

8. Кодекс України про адміністративні правопорушення: за станом на 05 лютого 2018 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80732-10>.

9. Конституція України: чинне законодавство станом на 04 травня 2017 р. К.: Алерта, 2017. 80 с.

10. Битяк Ю.П., Гаращук В.М., Дьяченко О.В. та ін. Адміністративне право України: підручник / За ред. Ю.П. Битяка. К.: Юрінком Інтер, 2007. 544 с.

11. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Т. 2. Особлива частина. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2009. 600 с.

12. Загальна декларація прав людини Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_015)

### Анотація

**Дука В. В. Право на звернення осіб, які не є громадянами України, при перетинанні державного кордону.** – Стаття.

У статті розглянуто деякі аспекти правового статусу іноземців та осіб без громадянства, питання юрисдикції України, що на них поширюється, проаналізовано національні та міжнародні нормативно-правові акти, що визначають їх право на звернення та запропоновано визначення окремих нормативних положень.

**Ключові слова:** іноземці, особи без громадянства, звернення громадян, державний кордон України, юрисдикція України.

### Аннотация

**Дука В. В. Право на обращение лиц, не являющихся гражданами Украины, при пересечении государственной границы.** – Статья.

В статье рассмотрены некоторые аспекты правового статуса иностранцев и лиц без гражданства, вопросы юрисдикции Украины, которая на них распространяется, проанализированы национальные и международные нормативно-правовые акты, определяющие их право на обращение и предложено определение отдельных нормативных положений.

**Ключевые слова:** иностранцы, лица без гражданства, обращения граждан, государственная граница Украины, юрисдикция Украины.

### Summary

**Duka V. V. The right appeal to persons who are not Ukrainian citizens at the crossing of the state border.** – Article.

The article deals with some aspects of the legal status of foreigners and stateless persons, the issue of jurisdiction of Ukraine, which deals with them, analyzes national and international normative legal acts defining their right to appeal and proposes the definition of certain normative provisions.

**Key words:** foreigners, stateless persons, citizens' appeals, state border of Ukraine, jurisdiction of Ukraine.

УДК 342.9

*Д. Г. Кригіна*  
*аспірант кафедри фінансового права*  
*Національного юридичного університету*  
*імені Ярослава Мудрого*

## ТРАНСПОРТНИЙ ПОДАТОК: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ

Питання оподаткування завжди було чи не найбільш соціально «чутливою» сферою, де приватний інтерес міг вступати в суб'єктивно-детерміноване протиріччя з публічним. Для подолання такої потенційної конфліктності інтересів запровадження загальнообов'язкових платежів податкового характеру має здійснюватись у порядку, визначеному приписами чинного законодавства (процедурний аспект) та відповідати основоположним принципам чинного податкового законодавства (змістовний аспект). Водночас потрібно зауважити, що нормотворець не завжди є послідовним у запровадженні окремих податків та зборів, у нормотворчій діяльності, пов'язаній із внесенням змін до правового механізму відповідних загальнообов'язкових платежів податкового характеру. У контексті вищезазначеного цікавим є дослідження такого місцевого майнового податку як транспортний.

Дефініція транспортного податку може бути синтезована за допомогою аналізу змістовних аспектів відповідного податку та нормативних приписів, що встановлюють елементи правового механізму його сплати. Так, транспортний податок – це обов'язковий до сплати місцевий майновий податок, що стягується з юридичних та фізичних осіб, у власності яких є легковий автомобіль (автомобілі), із року випуску яких минуло не більше 5 років (включно) та середньоринкова вартість яких становить понад 375 розмірів мінімальної заробітної плати. Як слушно зауважує А.С. Овчаренко, відповідний податок є різновидом «податку на розкіш» [1].

Для послідовності здійснюваного дослідження вбачається за доцільне проаналізувати історичні етапи становлення та перетрансформації транспортного податку. Сплата транспортного податку передбачалась ще Законом України «Про систему оподаткування» від 25.06.1991 року. У рамках відповідного нормативно-правового акту транспортний податок детермінувався як «податок із власників транспортних засобів та інших самохідних машин і механізмів». Правовий механізм сплати відповідного загальнообов'язкового платежу податкового характеру передбачався Законом України «Про податок з власників транспортних засобів та інших самохідних машин і механізмів» від 11.12.1991 року. Із прийняттям Податкового кодексу України 2010 року сплату зазначеного

податку було скасовано. Замість нього було запроваджено збір за першу реєстрацію транспортних засобів, який діяв до 2015 року.

У подальшому Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо податкової реформи» від 28.12.2014 року було запроваджено такий місцевий майновий податок як транспортний. Правовий механізм сплати відповідного податку було перетрансформовано у зв'язку із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року. Водночас слід зауважити, що запровадження відповідного загальнообов'язкового платежу податкового характеру (що мало місце в кінці 2014 року) та зміни до елементів відповідного податку (що мали місце в кінці 2016 року) супроводжувалося процедурною та змістовною непослідовністю, що фактично призвело до порушення логіки функціонування правових механізмів сплати транспортного податку.

Із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року нормотворцем було порушено один із найбільш основних процедурно-установчих принципів податкового права – принцип стабільності (пп. 4.1.9. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України). Так, відповідно до приписів пп. 4.1.9. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України передбачається, що зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть уноситися пізніше, як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, у якому будуть діяти нові правила та ставки [2]. У нашому дослідженні важливим є те, що зміни до правового механізму транспортного податку були запроваджені шляхом прийняття Закону України від 20.12.2016 року, тобто за 11 днів до закінчення відповідного бюджетного періоду, що є грубим порушенням процедурних вимог, які висувають до нормотворчості у сфері оподаткування. Фактично, законодавцем було порушено перспективно-орієнтовану складову вимог принципу стабільності (такий підхід обумовлюється тим, що, окрім перспективно-орієнтованої складової, принцип стабільності також містить поточно-орієнтовані вимоги, а саме: «податки та збори, їхні

ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року»).

Крім цього, варто зазначити, що Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року було порушено ще одне вихідне положення податкового права. Так, у відповідності з положеннями приписів п. 7.3. ст. 7 Податкового кодексу України («Загальні засади встановлення податків і зборів») будь-які питання щодо оподаткування регулюються Податковим кодексом України й не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів, що містять виключно положення щодо внесення змін до Податкового кодексу України та/або положення, які встановлюють відповідальність за порушення норм податкового законодавства [2]. Водночас слід зазначити, що Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року передбачалося внесення змін не тільки до Податкового кодексу України або ж нормативно-правових актів, які встановлюють відповідальність за порушення податкового законодавства, але й, зокрема, до такіх актів: Закон України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» від 06.07.1995 року; Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 року; Закон України «Про державне регулювання виробництва й обігу спирту етилового, коньячного й плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» від 19.12.1995 року; Закону України «Про державну підтримку сільськогосподарства України» від 24.06.2004 року; Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 року тощо. Спираючись на вищезазначене, можемо стверджувати, що порушення з боку законодавця є однією з найбільш основних вихідних засад податкового законодавства, що отримала свою безпосередню формалізацію в межах приписів п. 7.3. ст. 7 Податкового кодексу України.

У цьому разі ми зазначаємо, що порушення вимог принципу стабільності з боку нормотворця (пп. 4.1.9. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України) та принципу виключності механізмів податково-правового регулювання (п. 7.3. ст. 7 Податкового кодексу України) зумовлює такий стан справ, за якого транспортний податок функціонує в податковій системі України з порушеннями вимог нормативно-установчого характеру. Водночас порушень зазнають як процедурних (з приводу заборони вносити зміни до будь-яких елементів податків та зборів не пізніше як за шість місяців до

початку нового бюджетного періоду), так і матеріально-правових (з приводу визначеності джерел права, якими можуть вноситися зміни до положень чинного податкового законодавства) вимог. Функціонування правових механізмів сплати транспортного податку фактично поза межами правового поля призводить до неефективності роботи механізмів акумуляції надходжень від його сплати.

За відповідної ситуації процедурні порушення з боку законодавця призвели до «нігілістичного» ставлення платників податків до необхідності його сплати. У свою чергу це призводить до підвищеної конфліктності відносин (в аспекті сплати транспортного податку) між публічно-владним суб'єктом (органом контролю) та приватноправовим суб'єктом (фізичними та юридичними особами, у власності яких є наявний об'єкт оподаткування). Водночас варто зауважити, що, як правило, суди приймають рішення в аспекті відповідної категорії спорів на користь платників податків. До того ж важливим є те, що в рамках судової практики судів вищих інстанцій, існують певні суперечності щодо їхніх підходів у ставленні до необхідності сплати перетрансформованого транспортного податку:

а) Постанова Вищого адміністративного суду України (далі – ВАСУ) від 30.08.2016 року (справа № 826/22028/15) [3] (правова позиція відповідає інтересам платників податків);

б) Постанова ВАСУ від 28.09.2016 року (справа № 826/18692/15) [4] (правова позиція відповідає інтересам органу, що здійснює контроль).

Транспортний податок є обов'язковим до встановлення з боку органів місцевого самоврядування (місцевих, сільських, селищних, міських рад та рад об'єднаних територіальних громад, що створені згідно із законом та перспективним планом формування територій громад) місцевим податком. Такий підхід обумовлюється приписами п. 10.2. ст. 10 Податкового кодексу України, де зазначається, що місцеві ради обов'язково установлюють податок на майно в частині транспортного податку [5].

Із зазначеного вище вбачається, що дискреційні повноваження органів місцевого самоврядування зі встановлення відповідного загальнообов'язкового платежу податкового характеру є обмеженими. Водночас варто зауважити, що Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року в п. 4 Прикінцевих та перехідних положень зазначається таке: «Установити, що в 2017 році до прийнятих рішень органів місцевого самоврядування про встановлення місцевих податків і зборів, прийнятих на виконання цього Закону, не засто-

совуються вимоги п. п. 4.1.9 п. 4.1 та п. 4.5 ст. 4, п. п. 12.3.4 п. 12.3, п. п. 12.4.3 п. 12.4 та п. 12.5 ст. 12 Податкового кодексу України та Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» [6].

Фактично вищезазначеним приписом законодавець намагається обмежити дію принципу стабільності в аспекті нормотворчої діяльності місцевих рад. Такий підхід не лише з природно-правової точки суперечить функціонуванню основних механізмів правового регулювання, але й формально-юридично є таким, що суперечить положенням чинного податкового законодавства. Так, відповідно до приписів п. 2.1. ст. 2 Податкового кодексу України («Внесення змін до Податкового кодексу України») зміна положень Податкового кодексу України може здійснюватися виключно шляхом внесення змін Податкового кодексу України [7].

Водночас змін до приписів пп. 4.1.9 п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 року не здійснювалося, а, отже, вони чинні у відповідній редакції та отримують свою безпосередню правореалізацію (правозастосування) за відповідним змістом. Навіть, якщо вважати, що шляхом прийняття окремого нормативно-правового акту можна обмежити дію окремих положень податкового законодавства, ми за жодних обставин не можемо визнати належним обмеження дії основоположного припису податкового законодавства звичайною нормою права.

У цьому випадку ми повинні констатувати виникнення дійсної колізії приписів чинного законодавства, які повинні регламентувати податкові відносини. Такий стан справ потенційно призводить до того, що платники податків, у разі виникнення податкового спору щодо сплати транспортного податку, можуть посилатися на презумпцію правомірності рішень платника податків, що також є одним з основоположних принципів податкового законодавства (п. п. 4.1.4. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України). Так, відповідно до приписів п. п. 4.1.4. п. 4.1. ст. 4 Податкового кодексу України та положень п. 56.21. ст. 56 Податкового кодексу України у разі, коли норма Податкового кодексу України чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі Податкового кодексу України, або коли норми різних законів чи різних нормативно-правових актів, або коли норми одного і того ж нормативно-правового акта суперечать між собою та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або органів

контролю, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків [8]. Реалізація відповідного презумпційного положення за відповідної ситуації спрямована на забезпечення інтересів платників податків та нівелювання негативних наслідків, що спричинені порушенням правил юридичної техніки з боку нормотворця.

Отже, з вищезазначеного вбачається, що формування правового механізму транспортного податку супроводжувалося непослідовністю та суперечністю нормативно-установчої діяльності, що в подальшому призвело до порушення логіки акумуляції відповідного загальнообов'язкового платежу податкового характеру.

### Література

1. Овчаренко А.С. Транспортний податок в Україні: стан і перспективи. Порівняльно-аналітичне право. 2015. №2. С. 191–194.
2. Податковий кодекс України в редакції від 01.01.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
3. Постанова ВАСУ від 30.08.2016 р. (справа № 826/22028/15). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/60223298>.
4. Постанова ВАСУ від 28.09.2016 р. (справа № 826/18692/15). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62528464>.
5. Податковий кодекс України в редакції від 01.01.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
6. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2017 році» від 20.12.2016 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1791-19/paran174#n174>.
7. Податковий кодекс України в редакції від 01.01.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
8. Податковий кодекс України в редакції від 01.01.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

### Анотація

**Кригіна Д. Г. Транспортний податок: проблемні аспекти запровадження.** – Стаття.

У статті проаналізовано проблемні аспекти запровадження транспортного податку. Досліджено історичні етапи становлення та перетрансформації транспортного податку. Автором доведено, що формування правового механізму транспортного податку супроводжувалося непослідовністю та суперечністю нормативно-установчої діяльності, що в подальшому призвело до порушення логіки акумуляції відповідного загальнообов'язкового платежу податкового характеру.

**Ключові слова:** податок, транспортний податок, майновий податок, оподаткування, платник податків, загальнообов'язковий платіж.

**Аннотация**

**Кригина Д. Г. Транспортный налог: проблемные аспекты внедрения. – Статья.**

В статье проанализированы проблемные аспекты внедрения транспортного налога. Исследованы исторические этапы становления и перетрансформации транспортного налога. Автором доказано, что формирование правового механизма транспортного налога сопровождалось непоследовательностью и противоречивостью нормативно-учредительной деятельности, в дальнейшем привело к нарушению логики аккумуляции соответствующего обязательного платежа налогового характера.

*Ключевые слова:* налог, транспортный налог, имущественный налог, налогообложение, налогоплательщик, общеобязательный платеж.

**Summary**

**Kryhina D. H. Transport tax: problem aspects of implementation. – Article.**

The article analyzes the problematic aspects of the introduction of a transport tax. Historical milestones of formation and transformation of transport tax are investigated. The author proved that the formation of the legal mechanism of the transport tax was accompanied by inconsistency and contradiction of regulatory activity, which subsequently led to a violation of the accumulation logic of the corresponding mandatory tax payment.

*Key words:* tax, transport tax, property tax, taxation, tax payer, compulsory payment.

УДК 340.5

**В. О. Морозова**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри загально-правових дисциплін  
Дніпровського гуманітарного університету

## ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Незадовільний стан виконавчої служби є актуальною проблемою державного управління в Україні. Більше п'ятнадцяти років свого існування в незалежній Україні Державна виконавча служба (далі – ДВС) не змогла досягти тих показників виконання рішень, які мають розвинені країни Європи та США (майже 80%). Такий стан справ є недопустимим, адже без належного виконання рішень діяльність суду позбавлена будь-якого сенсу. Це дискредитує владу, порушує основні засади законності, дезорганізовує функціонування державного механізму та, найважливіше, нівелює довіру людей до органів влади, їхню віру в справедливість. Адже якою б ефективною не була діяльність судових органів влади, та за умови недосконалості процесу виконавчого провадження рішення залишаються декларативними. Науковцями розглядалися різні аспекти адміністративно-правового регулювання діяльності ДВС, а саме: історико-правовий (Н.Б. Безус, Р.Х. Валєєва, Е.В. Васьковський, В.М. Голубєв, Г.В. Гольстем, В.М. Гордон, І.Е. Енгельман, П.П. Заворотько, В.В. Захаров, С.Г. Ковальова, К.М. Малишев, В.П. Пастухов, О.О. Пателяка, В.В. Поліщук, С.В. Самохвалов, Л.В. Скомороха, Н.І. Старченко, В.В. Степанюк, С.Я. Фурса, В.В. Шикеринець та інші), функціональний (Б.В. Авер'янов, Б.Я. Бачук, Ю.В. Білоусов, І.Л. Бородін, О.П. Ботезат, В.С. Ківалов, О.Р. Кузь, О.В. Лавринович, С.Ю. Лобанцев, Є.І. Мезєнцев, М.П. Омельченко, М.В. Оніщук, Д.П. Фіолєвський, М.Й. Штефан, М.М. Шупеня й інші науковці та практики) та практичний (А.М. Авторгов, Р.В. Ігонін, Л.В. Крупнова, А.І. Перепелиця, С.М. Серьогін, В.Ю. Солодкий, М.І. Рудакевич, Ю.А. Сульженко, А.М. Фоменко, О.З. Хотинська, С.В. Щербак та інші). Проте проблеми узагальнення історичного досвіду становлення та розвитку інституту судових виконавців, виявлення його позитивних та негативних рис, систематизація в теоретико-методологічній та організаційно-правовій площинах у науці адміністративного права все ще залишаються недостатніми, а відтак потребують детальнішого вивчення з метою оптимізації сучасного виконавчого провадження. Пріоритетним напрямом розвитку державотворення має стати проведення наукових порівняльно-правових досліджень, що

стимулюватиме дослідження інститутів примусового виконання рішень в інших країнах.

Метою статті є виявлення резервів удосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності ДВС в правовому полі, яке існує, а також можливих напрямів його реформування. Такий підхід сприятиме покращенню діяльності ДВС та розробленню чітко визначених рекомендацій стосовно вдосконалення чинного законодавства України.

Незважаючи на те, що процесуальні та інші аспекти виконавчого провадження розкрито в чинному законодавстві та спеціальній літературі, зміст самого поняття остаточно не узгоджено дотепер [1, с. 318]. Тому, систематизуючи різні підходи щодо трактування сутності виконавчого провадження, зазначимо, що виконавче провадження – це сукупність правових норм, що регулюють порядок виконання рішень та процесуальні правовідносини між учасниками процесу з виконання рішень судів й інших уповноважених органів (посадових осіб).

Виконавче провадження має свій особливий предмет та метод правового регулювання. Предметом правового регулювання є виконавчі (процесуальні) відносини, що виникають між державним виконавцем та учасниками провадження щодо виконання рішення. Виконавчі правовідносини мають такі специфічні ознаки: владний характер, державний виконавець як основний суб'єкт відносин, зв'язок з іншими правовідносинами (цивільно-правовими, цивільними процесуальними або кримінальними процесуальними, господарськими процесуальними, адміністративно-правовими), що виникають стосовно виконання рішення юрисдикційного органу, цілісність системи. Імперативно-диспозитивний метод правового регулювання виконавчих правовідносин – санкціонований державою примус, який полягає у вчиненні державним виконавцем лише певних виконавчих дій у визначеному законом порядку [2, с. 79; 3, с. 75]. На підставі того, що виконавче провадження має свої особливі предмет та метод правового регулювання, відповідні принципи та регламентуюче законодавство, зроблено висновок, що виконавче провадження не є частиною цивільного (або іншого) процесу, а становить самостійну процесуальну галузь права – виконавче процесуальне право.

На наш погляд, процес розвитку інституту примусового виконання рішень на українських землях пройшов сім основних періодів. Перший період (давньоруський) охоплює IX – XV ст. та характеризується появою функції виконання судових рішень і перших нормативно-правових актів, які закріпили введення спеціальних посадових осіб (ябедників, мечників, вірників, діцьких, отроків, приставів), котрі сприяли процесу судочинства та забезпечували виконання рішень. Другий період (XVI ст.) вирізняється початком систематизації законодавства, що регламентувало діяльність діцьких та виживів, їхньою поступовою заміною на інститут возних. Публічно-правові процедури чітко регулювались Литовським Статутом (1566 р.). Третій період (початок 1648 р. – 1782 р.) характеризується відновленням інституту возних та кодифікацією законодавства. Упродовж наступного періоду (кінець XVIII ст. – перша половина XIX ст.) на українських землях існували різні судові системи, які поступово були приведені відповідно до судової системи Росії. П'ятий період (друга половина XIX ст. – 1917 р.) є визначальним в історії розвитку інституту виконання судових рішень, оскільки внаслідок судової реформи 1864 р. відновлено інститут судових приставів як структурний підрозділ судів. Законодавство того часу чітко визначало адміністративно-правовий статус та функції судових приставів, набули подальшого розвитку способи виконання рішень. Шостий період охоплює часи радянської доби та характеризується «осоціалістиченням» органу виконання. Судові виконавці діяли під контролем голови суду й були повністю від нього залежні. Сьомий період пов'язаний із набуттям Україною незалежності та визначається реформуванням судової системи, яка набула статусу окремої гілки державної влади, та утворенням спеціального органу виконавчої влади – ДВС [4, с. 35-36].

На сьогодні управління органами ДВС здійснює Міністерство юстиції України через Департамент державної виконавчої служби. ДВС Міністерства юстиції України є єдиним органом, уповноваженим примусово виконувати рішення суду та інших владних інституцій у частині майнових стягнень. Виконання рішень суду – це завершальна стадія правозахисної діяльності, без якої саме рішення є декларативним. Відтак основним завданням ДВС є своєчасне, повне й неупереджене примусове виконання рішень. Департамент ДВС здійснює функції безпосереднього керівництва діяльністю виконавчої служби разом із кадровою службою Міністерства юстиції організовує добір кадрів та забезпечує підвищення їхнього професійного рівня, узагальнює статистичну звітність, організовує та контролює розгляд звернень юридичних та фізичних осіб, уносить пропозиції щодо фінансового

та матеріально-технічного забезпечення служби, розробляє проекти нормативних актів стосовно виконання рішень судів й інших органів, здійснює їхню правову експертизу тощо.

В організаційній площині ДВС не є самостійним державним органом, а тому її потрібно розглядати як структурний елемент Мін'юсту та його територіальних органів (регіональних та територіальних управлінь юстиції). Органи ДВС мають трирівневу структуру, де на центральному рівні є відділ примусового виконання рішень Департаменту ДВС Міністерства юстиції України; на регіональному рівні – підрозділи примусового виконання рішень відділів ДВС відповідних головних управлінь юстиції; на територіальному – відділи ДВС районних, міськрайонних, міських (міст обласного значення), районних у містах управлінь юстиції. ДВС в сучасному стані має подвійне підпорядкування, що аж ніяк не сприяє ефективній роботі державних виконавців, утруднюючи її. Функції організації діяльності органів ДВС, координації та контролю дублюються як Департаментом ДВС та відділами ДВС, так і відповідними управліннями юстиції [5, с. 81].

Зважаючи на те, що класифікація суб'єктів виконавчого провадження закріплена в однойменному законі, вона потребує вдосконалення. У цьому процесі державному виконавцю відведена активна роль основного суб'єкта виконавчого провадження, оскільки він зацікавлений лише у своєчасному та повному виконанні рішення й наділений для цього владними повноваженнями. Сторони та їхніпредставники, як зацікавлені особи, можуть активно впливати на перебіг виконання, а роль інших осіб (свідків, експертів, перекладачів) є пасивною й вони лише сприяють виконанню. Отже, учасників виконавчого провадження доцільно розподілити на такі три категорії: 1) органи ДВС та державні виконавці, які здійснюють виконавчі документи; 2) сторони та їхні представники; 3) особи, які сприяють виконанню судових рішень. У цій частині аргументовано здійснювати класифікацію суб'єктів виконавчого провадження за функціональною ознакою з урахуванням особистої зацікавленості учасників у результатах здійснення певного виконавчого документа. Такий підхід сприятиме виробленню певних вимог, потреб щодо кожної групи осіб, а не як до учасників виконавчого провадження загалом.

Неналежний стан виконання судових рішень в Україні викликаний багатьма чинниками, серед яких важливе місце займають ті, що пов'язані з недостатнім правовим статусом державних виконавців. Останні, представляючи орган виконавчої влади, який здійснює правозастосовні та правоохоронні функції, беруть безпосередню участь у провадженні в справах про адміністративні правопорушення, у виконанні вироків, рішень, ухвал

і постанов судів, у контролі за виконанням законів [6, с. 176]. Відсутнє законодавче закріплення системи особливих заходів державного захисту державних виконавців від перешкоджання виконанню службових обов'язків та від посягання на життя, здоров'я, житло й майно цих осіб та їхніх близьких родичів у зв'язку зі службовою діяльністю. Доцільні зміни приналежності ДВС до правоохоронних органів.

Важливим елементом організаційно-правового забезпечення управління ДВС є система контролю за її діяльністю. У системі органів юстиції наявний подвійний внутрішній контроль за функціонуванням ДВС з боку різних ланок Міністерства юстиції. Органи прокуратури втратили право нагляду за виконавчим провадженням. Проте за наявності ознак злочину в діях державного виконавця прокуратура порушує кримінальну справу та провадить досудове слідство [7, с. 26]. Окрім того, ст. 21 Кримінально-виконавчого кодексу України передбачено право прокуратури проводити перевірки в частині конфіскацій та виконання штрафів органами ДВС, а ст. 121 Конституції України регламентує здійснення прокуратурою нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах. Така правова колізія призводить до невиправданого втручання в діяльність органів ДВС з боку прокуратури.

Серед напрямків удосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності державної виконавчої служби в Україні існує необхідність запровадження Кодексу професійної поведінки державних виконавців. Уважаємо, що створення такого документа сприятиме впорядкуванню професійної діяльності працівників ДВС та вдосконаленню її на основі етичних норм, а також забезпеченню відповідного рівня фахової відповідальності та підвищенню якості надання послуг, зростанню рівня довіри громадян до державних службовців. Остання є сукупністю мотивів, що спонукають людину до діяльності. З огляду на те, що всі люди від природи здатні до мотивації, зауважимо, що для кожної особи вона є індивідуальною та може змінюватися впродовж життя. Уважаємо, що, створивши відповідний мотиваційний клімат у колективі, кожна людина може успішно зреалізувати свій власний потенціал, а організація – досягнути визначеної для неї мети. Для цього за допомогою тестової методики англійських учених Ш. Річчі та П. Мартіна сформулюємо найважливіші чинники мотивації державних виконавців. Наслідком проведеної експериментальної роботи, у якій брало участь 106 державних виконавців, стала розробка мотиваційного профілю, що дозволило визначити цінність таких 12 чинників: 1) високий заробіток та матеріальне заохочення; 2) фізичні умови роботи; 3) структуризація роботи; 4) соціальні чинники; 5) взаємовідноси-

ни; 6) визнання; 7) досягнення; 8) влада і вплив; 9) різноманітність; 10) креативність; 11) самовдосконалення; 12) цікава робота. Результати проведеного дослідження підтвердили, що в умовах світової економічної кризи працівники ДВС відчувають гостру потребу в гігієнічних чинниках і, всупереч теорії Ф. Герцберга та на підтвердження теорії А. Маслоу, найбільше державних виконавців до високопродуктивної праці мотивують заробітна плата та матеріальне заохочення (73%), фізичні умови роботи (70%), структуризація роботи (59%), креативність (53%), влада і вплив (51%), службове зростання (39%).

Установлено, що найбільш дієвим способом стимулювання праці державних виконавців є винагорода за реальне, своєчасне й законне виконання виконавчого документа відповідно до ст. 47 Закону України «Про виконавче провадження». Проте механізм погодження отримання винагороди, що існує, є дворівневим та недостатньо прозорим, що спричиняє затягування розгляду заяви про виплату винагороди під виглядом перевірки матеріалів виконавчого провадження. Уважаємо, що така система преміювання не здатна забезпечити ефективне заохочення державних виконавців. Тому запропоновано принципово новий підхід до стимулювання їхньої повсякденної діяльності – уведення оплати процесуальних дій, яку повинен здійснювати стягувач одразу після відкриття виконавчого провадження.

На сьогодні у світі виявлено існування двох основних форм організації діяльності служб примусового виконання рішень. Перша переважає у більшості країн континентальної Європи, де судові виконавці не перебувають на державній службі, є приватними особами та працюють на підставі ліцензії [8, с. 78]. Друга форма організації діяльності служб примусового виконання рішень діє в США, Німеччині, Російській Федерації та Україні, де судові виконавці є державними службовцями. Виявлено, що в країнах континентальної системи права вплив та контроль за діяльністю судових виконавців з боку суду є значно більшим, аніж у США та Англії. Значну роль у виконанні рішень судів в Європі та США відіграють страхові компанії, що в Україні та Російській Федерації дотепер не передбачено.

Інновацією штатної структури відділів Федеральної служби судових приставів Російської Федерації (далі – ФССП РФ) є наявність трьох категорій посад судових приставів (виконавців), де представники першої виконують рішення судів та інших владних органів; другої – забезпечують установлений порядок діяльності судів; третьої – здійснюють дізнання. Ці посадові особи наділені широким колом повноважень. Так, старший судовий пристав, його заступники та пристави, виконуючи службові обов'язки щодо забезпечен-

ня встановленого порядку, мають право на зберігання та використання вогнепальної зброї та спеціальних засобів. Пристави для забезпечення встановленого порядку діяльності судів можуть застосовувати фізичну силу й бойові прийоми для припинення злочинів та адміністративних правопорушень, затримання осіб, що їх скоїли, або затримання осіб відповідно до судового акту і в разі протидії законним вимогам пристава, а також під час здійснення примусового приводу осіб наділені правом входити на території та в приміщення для затримання й примусового доставлення зазначених осіб та входити в їхні житлові приміщення за постановою суду. Пристави володіють правом перевіряти документи, що посвідчують осіб, які знаходяться в будівлях та приміщеннях судів і ФССП РФ та під час здійснення приводу здійснювати особистий огляд громадян та їхніх речей у будівлях та приміщеннях судів і ФССП РФ. З огляду на вищезазначене, можна дійти висновку, що ФССП РФ фактично наділена поліцейськими функціями.

У європейських країнах до випробування кандидатів на зайняття посади державного виконавця, як було зазначено вище, ставляться дуже виважено [9, с. 335-336]. Це пояснюється тим, що судові виконавці розпоряджаються майном боржника, тому повинні мати високий рівень довіри як з боку інших учасників виконавчого провадження, так і з боку суспільства. У багатьох країнах встановлено низку додаткових вимог та обмежень до кандидатів на посади судових виконавців. Так, перевірки підлягають відомості про перебування особи на поліцейському обліку, про визнання особи банкрутом. Перевіряються надані рекомендації, проводяться співбесіди, з метою випробування професійного рівня виконавця запроваджено також і проведення спеціальних іспитів. У цій частині запропоновано перед призначенням на посаду державного виконавця обов'язково передбачити складання іспиту для перевірки спеціальних знань і проходження психологічних тестів. Спираючись на вищевикладене, можна дійти висновку, що досвід зарубіжних держав є необхідним для вивчення й застосування з метою вдосконалення діяльності управління ДВС в Україні.

Уважаємо, що виконавче провадження не є частиною цивільного процесу, а становить окрему від нього процесуальну галузь права – виконавче процесуальне право, що підтверджується наявністю у виконавчого провадження свого спеціального предмету, методу правового регулювання, принципів виконавчого провадження, законодавства про виконавче провадження. Правовою підставою примусового виконання рішень є правовий акт уповноваженого органу, який у разі добровільного невиконання боржником виконується державним

виконавцем примусово за заявою стягувальника або представника держави. Виконавчі правовідносини виникають у разі добровільного невиконання боржником своїх обов'язків, тоді держава дозволяє застосувати до боржника примусові заходи, передбачені законом.

Узагальнення та систематизація практики зарубіжних держав та порівняння із сучасним станом розвитку інституту ДВС уможливило напрацювання пропозицій у частині посилення адміністративно-правового статусу державних виконавців через віднесення ДВС до системи правоохоронних інституцій, що надасть право на отримання зброї та засобів індивідуального захисту; на особисту охорону та охорону своїх сімей і майна; зміни статусу Департаменту ДВС в системі органів юстиції як урядового органу державного управління, що сприятиме збільшенню його самостійності та ліквідації подвійного підпорядкування; акцентуації на моральних якостях державних виконавців, що спонукатиме до запровадження Кодексу професійної поведінки державних виконавців, а також використання керівництвом мотиваційного профілю державних виконавців, досягаючи поєднання інтересів державних виконавців як працівників та ДВС як державної установи; запровадження зарубіжного досвіду, зокрема в частині утворення служби приватних судових виконавців та розширення категорій посад державних виконавців, що сприятиме зникненню монополії на виконання рішень з боку державних виконавців, зниженню навантаження на них та покращенню якості роботи, зменшенню бюджетних витрат на утримання ДВС.

### *Література*

1. Корнейчук С.П. Поняття, зміст та особливості адміністративно-примусової діяльності Державної виконавчої служби України. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 316-323.
2. Гук Б.М. Поняття Державної виконавчої служби та її місце в системі органів державної влади України. Право і Безпека. 2011. № 2. С. 176-180.
3. Бадалова О.С. Реформа державної виконавчої служби України – шлях до створення правової держави. Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили комплексу «Києво-Могилянська академія». Серія: «Державне управління». 2012. Т. 208, Вип. 196. С. 73-76.
4. Лавренова О.І. Загальна характеристика функцій державної служби як центрального органу виконавчої влади. Наше право. 2014. № 6. С. 34-39.
5. Коваль Г.В., Бадалова О.С. Нормативно-правові механізми регулювання координаційних зв'язків державної виконавчої служби з іншими правоохоронними органами України. Теорія та практика державного управління і місцевого самоврядування. 2014. № 1. С. 87-94.
6. Сайко Л.Ю., Дахно В.М. Реформування Державної виконавчої служби України. Право і суспільство. 2014. № 1.2. С. 176-178.

7. Бабич В.А. Державна виконавча служба: правова природа та перспективи реформування. Адвокат. 2012. № 1. С. 25-28.

8. Гук Б.М. Модернізація системи органів державної виконавчої служби в умовах адміністративної реформи. Право і суспільство. 2011. № 4. С. 75-79.

9. Сіверін Д.В. Сутність та структура адміністративно-правового статусу органів Державної виконавчої служби. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2012. № 2. С. 332-342.

#### Анотація

**Морозова В. О. Особливості адміністративно-правового регулювання діяльності Державної виконавчої служби України: проблеми удосконалення.** – Стаття.

Стаття присвячена проблемам удосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності Державної виконавчої служби України. Систематизовано практику зарубіжних країн щодо особливостей регулювання виконавчих відносин. Сформульовано пропозиції стосовно змін до вітчизняного законодавства.

*Ключові слова:* адміністративно-правове регулювання, державна виконавча служба, державний виконавець, виконавчий процес.

#### Аннотация

**Морозова В. О. Особенности административно-правового регулирования деятельности Государственной исполнительной службы Украины: проблемы совершенствования.** – Статья.

Статья посвящена проблемам усовершенствования административно-правового регулирования деятельности Государственной исполнительной службы Украины. Систематизирована практика зарубежных стран в отношении особенностей регулирования исполнительных отношений. Сформулированы предложения изменений действующего отечественного законодательства

*Ключевые слова:* административно-правовое регулирование, государственная исполнительная служба государственного исполнителя, исполнительный процесс.

#### Summary

**Morozova V. O. Features of administrative and legal regulation of the activity of the State executive service of Ukraine: problems of improvement.** – Article.

The article is devoted the problems of improvement the administrative adjusting activity of government executive service of Ukraine. Practice of foreign countries is systematized in relation to the features of regulation of executive relation. Suggestions are formulated to make changes to the native legislation.

*Key words:* administrative adjusting, government executive service, state performer, executive process.

УДК 351.74:342.922

**В. Е. Нечаєв***ад'юнкта кафедри адміністративного права,  
процесу та адміністративної діяльності**Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ***ЮРИДИЧНА ПРИРОДА КЛАСИФІКАЦІЙ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ, ЩО НАДАЮТЬСЯ  
ПІДРОЗДІЛАМИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ**

Розглядаючи класифікацію публічних послуг за сферою їх реалізації, не можна не відзначити послуги в економічній та адміністративно-політичній сферах, оскільки основними функціями органів державної влади, насамперед виконавчої, є державне управління в економічній, соціально-культурній та адміністративно-політичній сферах суспільного життя [1, с. 69]. Перші послуги, з погляду економічної наукової літератури, є виробничими (транспортні, зв'язкові, торговельні), діловими спеціалізованими послугами, інформаційними, страховими, консультаційними, послугами з охорони навколишнього середовища, споживчими (житлово-комунальні), послугами, що пов'язані виробництвом та забезпеченням іншої ефективної економічної діяльності як для підприємств, так і для фізичних осіб [2, с. 19]. Саме послугам в економічній сфері притаманні відносини *виконавець – споживач*, на яких повинна базуватись діяльність держави щодо забезпечення надання та власне надання публічних послуг.

Послуги у сфері адміністративно-політичної діяльності можна визначити як публічно-сервісну діяльність, пов'язану із взаємодією органів державної влади з населенням у питаннях стосовно ліцензування діяльності фізичних осіб-підприємців, які провадять діяльність як арбітражні керуючі, розпорядники майна, ліквідатори (Указ Президента України «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України»); видачі дозволів на виготовлення, придбання, зберігання, перевезення і використання вогнепальної зброї, отруйних речовин, вибухових матеріалів (Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про дозвільну систему»); видачі дозволів, висновків, погоджень, рішень суб'єктам господарювання для здійснення ними господарської діяльності (Закон України «Про дозвільну систему у господарській діяльності»); видачі свідоцтв платників податків (Закон України «Про державну податкову службу в Україні»); державної реєстрації суб'єктів господарювання та об'єднань громадян (Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні») тощо. Тобто послуги у сфері адміністративно-політичної діяльності – це, насамперед, частина публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України, оскільки містять їх ознаки. Вони можуть бути

віднесені як до державних, так і до муніципальних послуг, у залежності від суб'єкта їх надання.

Одним з різновидів класифікації публічних послуг є підхід, запропонований Ю.О. Тихомировим та М.Д. Чесноковою [3, с. 28], який передбачає виділення наступних видів послуг: 1) послуги для громадян (видача особистих документів, здійснення реєстраційних дій, надання права користування публічними бібліотеками, освітні послуги тощо); 2) послуги для підприємців та юридичних осіб (реєстрація компаній, видача ліцензій, дозволів, консультації з питань оподаткування тощо); 3) послуги інформаційного характеру, які надаються органами державної влади та місцевого самоврядування. В основі такої класифікації – суб'єктний підхід, однак увага акцентується не на суб'єкті надання послуг, а на їх отримувачі. Дійсно, суб'єкти – як ті, що отримують публічні послуги, так і ті, що їх надають, – тісно пов'язані між собою, оскільки фактично відсутність однієї із цих складових унеможлиблює надання послуг, виключаючи їх сутність і мету.

Ще одну класифікацію публічних послуг пропонує Л.К. Міцкевич: 1) публічні послуги – діяльність державного апарату, що служить платникам податків; 2) публічні послуги, які характеризують лише ту сферу діяльності держави, в якій організовується життєзабезпечення населення – містобудування, транспортне сполучення, каналізація, водопостачання, освіта, охорона здоров'я тощо; 3) публічні послуги, що уособлюють позитивне державне управління. У цьому випадку важливіми будуть результати, на досягнення яких спрямовані послуги, та адресат їх надання; 4) публічні послуги як функції державних органів. Суб'єктами надання цих послуг є лише органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, державні та муніципальні установи; 5) публічні послуги обслуговування громадян. Мається на увазі безпосередня взаємодія з громадянами у разі їх звернення та прийомі [4, с. 32].

Однак така класифікація дещо хаотично поєднує кілька можливих критеріїв класифікації послуг, оскільки включає і розмежування за суб'єктом надання, і за суб'єктом отримання, і за сферою реалізації послуг. На нашу думку, в цій класифікації не обґрунтована необхідність виділення окремим видом послуг державного апарату

ту, що надаються платникам податків, з-поміж інших послуг, які також надаються державним апаратом і базуються на здійсненні владних повноважень. Навряд чи можна погодитися з формулюванням четвертої групи публічних послуг, оскільки, по-перше, не всі функції державних органів спрямовані на надання публічних послуг суспільству, а, по-друге, до цієї групи можна віднести будь-які послуги, що надаються органами державної влади, тому окреме виділення перших двох груп не має сенсу.

Достатньо цікаву класифікацію публічних послуг пропонує А.В. Нестеров. Він поділяє публічні послуги на: 1) послуги, які відображені у потребах (необхідні); 2) законні (обов'язкові для надавачів); 3) послуги, які реалізуються (реальні) [5, с. 23]. Ми погоджуємося з тим, що така класифікація публічних послуг викликає певний науковий інтерес, оскільки характеризує послуги з точки зору їх необхідності. Проте таку класифікацію брати за основу недоцільно, оскільки сутність публічних послуг усе-таки не відображається у ній повністю. Крім того, на нашу думку, і необхідні послуги, і законні послуги, які пропонує науковець, повинні будь-що реалізовуватись і становити реальні послуги, які виділені науковцем в окрему групу.

Провівши аналіз запропонованих класифікацій публічних послуг, запропонованих не лише вітчизняними науковцями, а й вченими здебільшого Російської Федерації та з'ясувавши роль адміністративного права у підсистемі приватного та публічного права та у державному регулюванні, пропонуємо виділити серед усіх існуючих класифікацій такі групи. До першої групи доцільним буде включити види послуг, виокремлені за суб'єктом надання послуг, тобто державні та муніципальні послуги. До другої групи, відповідно до класифікації за владно-розпорядчою діяльністю органів державної влади (органів місцевого самоврядування), можна віднести адміністративні, господарські, консультаційні та інформаційно-довідкові послуги. До третьої групи пропонуємо включити послуги, визначені за сферою їх реалізації: соціальні, послуги у сфері економічної та адміністративно-політичної діяльності.

Також пропонуємо поділ публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України, за юридичними наслідками. До цієї групи можна віднести юридичні дії та фактичні дії. Юридичні дії – це такі юридичні факти, спричинення яких залежить від волі людей та породжує певні правові наслідки [6, с. 140]. У ракурсі даного дослідження серед таких юридичних дій можна виділити публічні послуги з ліцензування господарської діяльності, державної реєстрації суб'єктів господарювання, послуги з видачі актів громадянського стану, дозволів тощо. Правовим наслідком у таких випадках буде виступати неод-

мінна видача адресату певного юридичного документу, за яким він звернувся. Натомість фактичні дії не мають на меті видачі юридичних документів. Для фактичних дій насамперед характерною ознакою є наявність певного інтересу у адресата в отриманні послуги, результат якої не пов'язаний із зобов'язанням іншої сторони надати юридично оформлений документ [7, с. 131]. До таких послуг можна віднести консультаційну діяльність, надання інформації з баз даних, яка, відповідно до законодавства України, не потребує будь-якого оформлення. При цьому юридичні послуги, відповідно до законодавства України (Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців», Закон України «Про дозвільну систему»), можуть надаватися лише спеціально уповноваженими державними органами, а фактичні послуги можуть бути надані будь-якими державними органами та державними установами відповідно до їх спеціалізації.

Ми не можемо оминати той факт, що під час проведення аналізу різних видів публічних послуг стає очевидним те, що поняття «публічні послуги» є загальним, родовим поняттям, якому притаманні певні характерні ознаки. Різновиди послуг, які входять до цих класифікацій, незалежно від критеріїв класифікації, містять усі характерні ознаки, притаманні публічним послугам, зберігаючи водночас додаткові власні ознаки, які й виділяють їх як певний різновид публічних послуг.

Усвідомлюючи існування проблем у сфері надання публічних послуг та необхідність забезпечення ефективності цього процесу, а також використовуючи підходи різних вчених до вирішення цих проблем, вважаємо за можливе акцентувати увагу на деяких пріоритетних напрямках їх розв'язання.

По-перше, оскільки існує проблема визначення поняття «публічні послуги» на законодавчому рівні, а також проблема забезпечення ефективності у застосуванні наведеного поняття, пропонується орієнтація на комплексне бачення суспільних відносин не тільки з правової, але й з економічної точки зору. Вважаємо за корисне звернутися до думки С.Б. Жарої. У своїй праці «Удосконалення процедур надання адміністративних послуг з питань ведення підприємницької діяльності виконавчими органами місцевого самоврядування» [8], науковець пропонує звернутися у практиці надання адміністративних послуг до досвіду маркетингу послуг та поняття «стандарт обслуговування» – комплекс обов'язкових для виконання правил обслуговування клієнтів, що покликані гарантувати встановлений рівень якості всіх операцій, який включає максимальну увагу до клієнтів; високу якість комплексу послуг; постійне

підвищення освітнього і кваліфікаційного рівня спеціалістів та всього персоналу; грамотне та оперативне застосування форм і методів системи публічних відносин з метою підвищення результатів операційної діяльності та популярності організації (органу влади, що надає адміністративну послугу) у суспільстві [9, с. 10].

По-друге, зазначені органи повинні спрямовувати виконання своїх функцій, насамперед, на забезпечення інтересів та потреб суспільства та ефективний і раціональний розподіл державних коштів на такі потреби. Конкретні критерії ефективності діяльності органів влади щодо надання послуг мають певні відмінності в кожній країні, але спільними для них є універсальні принципи побудови відносин між державою та громадянами [10].

По-третє, необхідний стабільний розвиток економіки, правової культури, а також реалізації механізму забезпечення прав і свобод громадян, чітка регламентація послуг, які повинні надаватися суспільству. Слід зазначити, що, з одного боку, Конституція України гарантує надання громадянам соціальних, освітніх, медичних, комунальних та адміністративних послуг. Водночас, з іншого боку, на практиці часто трапляються випадки неповної реалізації закріплених прав і свобод або неналежне їх забезпечення. Отже, необхідно актуалізувати ефективне функціонування соціально-правового механізму забезпечення прав людини.

Як влучно зазначає вчений Л.І. Маниліч, що, виходячи із пріоритетів адміністративної реформи, базуючись на новій парадигмі адміністративного права, концепції надання послуг населенню України органами державної влади та місцевого самоврядування, виникає нагальна потреба у законодавчому визначенні поняття «публічні послуги», системи забезпечення надання публічних послуг, принципів, методів та процедури їх надання, а також повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо надання публічних послуг фізичним та юридичним особам [11, с. 33].

Отже, публічні послуги, що надаються підрозділами Національної поліції України, потрібно класифікувати таким чином: 1) за юридичними наслідками (юридичні, фактичні дії); 2) за суб'єктом-споживачем (послуги для громадян (видача особистих документів, здійснення реєстраційних дій, видача ліцензій юридичним особам тощо)); 3) послуги для підприємців та юридичних осіб (реєстрація компаній, видача ліцензій, дозволів, консультації з питань оподаткування тощо); 4) послуги інформаційного характеру.

### Література

1. Битяк Ю.П., Гаращук В.М., Дьяченко О.В. Адміністративне право України: підручник / за ред. Ю.П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2007. 544 с.
2. Романенко Л.Ф. Банківський маркетинг: підручник. К.: Центр уч. літератури, 2004. 344 с.
3. Тихомиров Ю.А., Чеснокова М.Д. Совершенствование организации управления и оказания публичных услуг. Журнал российского права. 2005. № 3. С. 20–37.
4. Мицкевич Л.А. Предоставление публичных услуг как вид государственного управления. Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сборник / под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. М.: Волтерс Клувер, 2007. 256 с.
5. Нестеров А.В. Понятие услуги государственной, общественной (социальной) и публичной. Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 11. С. 22–26.
6. Правознавство: підручник / за ред. В. В. Копейчикова, А. М. Колодія. К.: «Юрінком Інтер», 2006. 750 с.
7. Азімов Ч.Н., Сібільов М.М., Борисова В.І. Цивільне право України. Частина перша: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти / за ред. проф. Ч.Н. Азімова, доц. С.Н. Приступи, В.М. Ігнатенка. Харків: Право, 2000. 368 с.
8. Жарая С.Б. Удосконалення процедур надання адміністративних послуг з питань ведення підприємницької діяльності виконавчими органами місцевого самоврядування. URL: [www.nbuv.gov.ua/e-journals/DUTP/2006-1/txt/REGIONALNE/06zsboms.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/DUTP/2006-1/txt/REGIONALNE/06zsboms.pdf).
9. Шканова О.М. Маркетинг послуг. К.: Кондор. 2003. 304 с.
10. Кудряченко А.І., Здіорук О.І., Горелов Д.М. Шляхи удосконалення надання публічних послуг громадянам у контексті децентралізації владних повноважень. URL: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/Juni/8.htm>.
11. Маниліч Л.І. Публічні послуги в діяльності державної податкової служби України: організаційно-правові засади: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07; Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. К., 2012. 242 с.

### Анотація

**Нечаєв В. Е.** Юридична природа класифікацій публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України. – Стаття.

Наукова стаття присвячена висвітленню наукових підходів до класифікації публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України. Виходячи з різних наукових положень класифікації публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України, пропонуються напрямки вдосконалення вищезазначеної проблематики шляхом врегулювання поняття «публічні послуги» на законодавчому рівні, вироблення та дотримання єдиних принципів надання публічних послуг, що надаються підрозділами Національної поліції України, створення чіткого механізму забезпечення прав і свобод громадян за допомогою адміністративного регламенту надання публічних послуг.

*Ключові слова:* адміністративна послуга, види, класифікація, послуга, публічна послуга, публічні послуги, що надаються підрозділами Національної поліції України.

#### Аннотация

**Нечаев В. Э. Юридическая природа классификаций публичных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины.** – Статья.

Научная статья посвящена обзору научных подходов к классификации публичных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины. Исходя из различных научных положений категории классификации предоставления публичных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины предлагаются направления совершенствования вышеуказанной проблематике путем урегулирования понятия «публичные услуги» на законодательном уровне, выработки и соблюдения единых принципов предоставления публичных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины, создание четкого механизма обеспечения прав и свобод граждан с помощью административных регламентов предоставления публичных услуг. Исходя из различных научных положений классификации публичных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины, предлагаются направления совершенствования вышеуказанной проблематики путем урегулирования понятия «публичные услуги» на законодательном уровне, выработка и соблюдение единых принципов предоставления пу-

бличных услуг, предоставляемых подразделениями Национальной полиции Украины, создание четкого механизма обеспечения прав и свобод граждан с помощью административного регламента предоставления публичных услуг.

*Ключевые слова:* административная услуга, виды, классификация, услуга, публичная услуга, публичные услуги, предоставляемые подразделениями Национальной полиции Украины.

#### Summary

**Nechaiev V. E. The legal nature of classifications of public services provided by units of the National Police in Ukraine.** – Article.

The scientific article is devoted to the coverage of scientific approaches to the classification of the provision of public services provided by units of the National Police in Ukraine. Proceeding from the various scientific regulations of the classification category for the provision of public services provided by the units of the National Police, Ukraine is proposing ways to improve the above-mentioned issues by regulating the concept of “public services” at the legislative level, developing and maintaining the common principles for the provision of public services provided by the units of the National Police of Ukraine, a clear mechanism for ensuring the rights and freedoms of citizens through administrative regulations for the provision of public services.

*Key words:* administrative service, types, classification, service, public service, public service, provided by units of the National Police of Ukraine.

УДК 342.9

**Ю. І. Цвіркун**  
кандидат юридичних наук,  
здобувач кафедри адміністративного та господарського права  
Запорізького національного університету,  
суддя  
Вищого адміністративного суду України

## ДО ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ВИБОРЧИХ КОМІСІЙ ПІД ЧАС МІСЦЕВИХ ВИБОРІВ

Вибори до представницьких органів місцевого самоврядування становлять зміст побудови демократичної і правової держави. Важливість забезпечення реалізації виборчих прав на місцевих виборах є запорукою успішної організації муніципальної влади. На сучасному етапі адміністративно-правової реформи та апробування нового виборчого законодавства про місцеві вибори проведення результативних виборів може бути лише за наявності ефективного контролю за ними. Ключовим аспектом будь-якого виборчого процесу є забезпечення захисту прав людини і громадянина під час волевиявлення, підрахунку результатів та оголошення їх підсумків. Судовий контроль за діяльністю виборчих комісій та їх членів під час місцевих виборів є найдієвішим засобом у цьому, оскільки його призначенням є забезпечення законності виборчого процесу.

Означеній проблемі присвячено низку досліджень вітчизняних учених та практиків, таких як К. Бабенко, М. Баймуратов, В. Галайчук, С. Кальченко, С. Ківалов, Ю. Ключковський, М. Козюбра, І. Коліушко, О. Копиленко, Р. Куйбіда, Р. Маскакова, О. Мельник, О. Пасенюк, В. Перепелюк, А. Селіванов, М. Смокович, М. Ставнійчук, П. Стецюк, В. Співак, М. Цуркан, В. Шаповал та інші. Однак у зв'язку із тим, що виборче законодавство в нашій державі часто змінюється і є нестабільним, а вибори відбуваються постійно, проблемні питання, пов'язані з виборчим процесом, потребують безперервного і системного аналізу та ґрунтовного вивчення. Крім того, актуальність дослідження полягає в тому, що в Україні відбулися зміни не тільки у виборчому законодавстві, але і в адміністративному процесуальному. Тобто виборчі спори, які завжди були предметом суспільного інтересу, будуть розв'язуватись за децю іншими правилами, що посилює до них увагу.

Метою статті є дослідження та висвітлення питань судового контролю як гарантії захисту прав, свобод та інтересів особи під час місцевих виборів.

Статтями 8, 55 Конституції України закріплено, що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України

гарантується, а права і свободи людини і громадянина захищаються судом [1].

Запровадження в Україні адміністративного судочинства мало велике значення у забезпеченні принципу доступу до суду. Донедавна українські суди рідко приймали до розгляду позови про оскарження рішень, дій або бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Практика адміністративних судів, напрацьована протягом 10 років, переконує у перевагах судового порядку оскарження над адміністративним.

Законом України від 02.06.2016 року № 1401-VIII розділ VIII «Правосуддя» Конституції України викладено у новій редакції. Так, положення змінених статей 124, 125 Конституції передбачають, що юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір, а з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди [1].

Як і попередня редакція Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) [2], нова редакція Кодексу в пункті 6 статті 19 встановлює, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах – спорах щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Норми, які регулюють відносини щодо провадження у виборчих справах тепер містяться у статтях 273–279 § 2 глави 11 нового КАСУ. Оскільки звернення до суду за захистом виборчих прав має особливу правову сутність, законодавцем, у зв'язку із необхідністю чіткого і системного регулювання цих правовідносин, виокремлено відповідні положення цього нормативно-правового акта. У попередній редакції КАСУ статті, норми яких регулювали відповідні відносини, також були виокремлені.

Отже, судовому контролю, який здійснюють суди адміністративної юрисдикції, підпорядковуються правовідносини, пов'язані з виборчим процесом чи процесом референдуму. Оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій та членів цих комісій регулюється окремими стаття-

ми КАСУ, які визначають особливості провадження у таких справах.

З огляду на положення статті 140 Конституції України [1], органи місцевого самоврядування поділяються на представницькі та виконавчі, а саме: сільські, селищні, міські ради, районні та обласні ради (представницькі органи місцевого самоврядування); виконавчі органи сільських, селищних, міських рад (виконавчі органи місцевого самоврядування). Отже, народ здійснює владу зокрема через місцеві ради, що вирішують фактично усі питання, які віднесені до повноважень органів місцевого самоврядування.

У частинах 1–2 статті 141 Конституції України встановлено, що до складу сільської, селищної, міської, районної, обласної ради входять депутати, які обираються жителями села, селища, міста, району, області на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Територіальні громади на основі загального, рівного, прямого виборчого права обирають шляхом таємного голосування відповідно сільського, селищного, міського голову, який очолює виконавчий орган ради та головує на її засіданнях [1].

Існування інститутів громадянського суспільства залежить від захисту виборчого права особи. Досягнути належного захисту цього права можливо лише забезпеченням функціонування в державі незалежного адміністративного суду, який вирішує публічно-правові спори, тобто здійснює контроль за діяльністю суб'єктів владних повноважень.

Відповідно до частини третьої статті 141 Конституції України чергові вибори сільських, селищних, міських, районних, обласних рад та сільських, селищних, міських голів відбуваються в останню неділю жовтня п'ятого року повноважень відповідної ради чи відповідного голови, обраних на чергових виборах [1].

Місцеві вибори – це одна з найважливіших форм безпосередньої участі громадян в управлінні місцевими справами, вони є з'єднувальним ланцюжком між органами місцевого самоврядування і членами територіальних громад. Вони також є «пріоритетним способом легітимації цих органів та їх посадовців і водночас формою демократичного контролю за місцевою владою, юридичним віддзеркаленням суспільно-політичної ситуації на місцях» [3].

Під час проведення місцевих виборів виникає низка юридичних спорів, які надалі вирішуються адміністративними судами. Так, упродовж виборчого процесу 2015 р., станом на 15.12.2015 р. до місцевих адміністративних судів надійшло 3 111 позовних заяв та справ, з яких 1 345 (43%) щодо уточнення списку виборців та 1 766 (57%) щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності

виборчих комісій [4, с. 44]. Останні чергові місцеві вибори, які відбулися 25.10.2015 р., показали, що кількість судових справ зменшилась проти попередніх виборів, але особливістю є складність предметів таких спорів.

За предметом виборчі спори, як правило, з незначною різницею в позиціях учених, поділяють на спори, пов'язані з унесенням даних до списку виборців; спори, пов'язані з порядком утворення виборчих комісій відповідних рівнів; спори, пов'язані з порушеннями під час проведення передвиборної агітації; спори, пов'язані з порушеннями під час проведення процедури голосування по виборах депутатів до органів місцевого самоврядування та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, виборів народних депутатів України, виборів Президента України; спори, пов'язані зі встановленням результатів виборів та референдуму [5, с. 15, 17].

14.07.2015 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про місцеві вибори» [6], який 08.08.2015 р. набрав чинності. Цим Законом регулюється організація і порядок проведення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, сільських, селищних рад, сільських, селищних, міських голів та старост.

Чергові місцеві вибори 2015 року відбувалися згідно із приписами, які встановлені у зазначеному Законі «Про місцеві вибори». Також надалі за цим Законом проводились позачергові, повторні, проміжні вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, старост.

Новий Закон «Про місцеві вибори» [6] запровадив низку нововведень, продиктованих, зокрема, курсом на побудову європейської моделі місцевого самоврядування. Цьому приділялася увага і в коаліційній угоді Парламенту поточного скликання. Серед новацій запроваджено такі: у селах і селищах з населенням до 90 тис. вибори відбуваються за мажоритарною системою; вибори до райрад, міськрад та облрад проходять за пропорційною системою; міських голів населених пунктів з населенням більше 90 тис. обирають абсолютною більшістю (50%+1 голос); передбачена можливість проведення другого туру; блоки партій у виборах участі не беруть; якщо партія набрала 5% голосів, кількість кандидатів від неї, які пройшли, визначається відповідно до кількості голосів, поданих безпосередньо за депутата в окремому окрузі; дата реєстрації партії для участі у виборах не має значення; обов'язковість присутності у списку партії не менше 30% представників однієї статті [7].

Слід зазначити, що новизною останніх місцевих виборів є спори щодо гендерної квоти, унесення до списку виборців внутрішньо переміщених осіб, реєстрації кандидатів за виборчими списками місцевих політичних партій, а також виборчі

спори, пов'язані із змінами способу формування депутатського корпусу представницьких органів місцевого самоврядування, обрання сільських, селищних, міських голів та старост.

У Кодексі належної практики у виборчих справах, який було підготовлено та затверджено Європейською комісією «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) у жовтні 2002 р., а на початку 2017 р. оприлюднено Верховним Судом України український переклад, зазначається, що у звітах Бюро Парламентської Асамблеї Ради Європи з питань організації спостереження на виборах у ряді держав-членів були відзначені такі недоліки, що стосуються виборчих комісій: брак транспарентності в діяльності центральної виборчої комісії; різне тлумачення процедури підрахунку голосів; політична поляризація виборчих органів; конфлікти під час призначення членів центральної виборчої комісії; призначення членів комісії державним органом, перевага представників правлячої партії у виборчих органах [8].

В Україні грубі недоліки у роботі виборчих комісій набувають системного характеру. Зокрема неспроможність територіальних виборчих комісій забезпечити виконання своїх обов'язків належним чином часто пов'язана з недосконалою процедурою призначення членів, їх заполітизованістю, низькою кваліфікацією, невизначеним характером відповідальності колегіальних органів тощо.

Виборчі комісії та комісії з референдуму є спеціальними колегіальними органами, уповноваженими організувати підготовку та проведення відповідних виборів та референдуму і забезпечувати додержання та однакове застосування законодавства України під час відповідних процесів. Контроль за дотриманням виборчих прав громадян в адміністративному порядку насамперед здійснює Центральна виборча комісія. Адміністративні суди мають повноваження здійснювати контроль за діяльністю усіх виборчих комісій і їх членів та приймати остаточні рішення щодо виборчих спорів згідно із КАСУ.

Місцеві вибори в Україні – це не лише виборчий процес, а й велика загальнодержавна політика. На них формуються та реалізуються місцеві програми соціально-економічного розвитку, місцеві еліти та партійні групи впливу [9, с. 204]. Легітимність місцевих виборів визначається довірою до них громадян – виборців та тих, хто брав участь у виборчих перегонах. Одними із основних інститутів процесу виборів є виборчі комісії, до компетенції яких належить організація дільниць, реєстрація виборців і кандидатів, підготовка передвиборчих матеріалів, розгляд заяв та скарг, розв'язання спорів, загальний контроль за проведенням виборів та обов'язкове виконання судових рішень тощо.

Механізми судового контролю за правовим врегулюванням виборчих процесів мають свідчити про дотримання принципу гласності та відкритості виборчих процесів, передбачуваність правил проведення виборів та поведінки суб'єктів виборчого процесу, що є показником легітимності влади в Україні, її демократичного розвитку [10, с. 173].

Звернення до суду за захистом прав під час виборів має особливу правову природу. Рішення виборчих комісій не повинно суперечити законам України, має бути прийнято з урахуванням принципів публічності і відкритості, рівності прав усіх суб'єктів. У разі порушення ними вимог чинних нормативно-правових актів, а саме прийняття незаконного рішення, перевищення повноважень або допущення протиправної бездіяльності, суб'єкти відповідного виборчого процесу наділені правом звернення до адміністративного суду. Отже, навантаження щодо захисту прав учасників місцевих виборів несуть суди адміністративної юрисдикції, до підсудності яких віднесені всі спори, пов'язані з такими процесами.

Ключовим для розуміння та визначення меж судового контролю є питання повноважності адміністративного суду та наявності способів судового захисту особи від порушень відповідних колегіальних органів.

КАСУ у статті 245 визначає повноваження суду під час вирішення справи. Можемо констатувати, що, порівнюючи із статтею 162, яка визначала повноваження адміністративного суду у старому КАСУ, нові положення чіткіше визначили компетенцію судів, однак частково звузили її. Оскільки стаття 245 КАСУ не містить норми про те, що суд може прийняти іншу постанову, яка б гарантувала дотримання і захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, що була у статті 162 попередньої редакції Кодексу. Це значно обмежує суд у здійсненні судового контролю.

Не вбачається розширення повноважень адміністративного суду і в статтях 273–279 КАСУ, які визначають особливості провадження саме у виборчих справах.

Відносно попередньої редакції процесуальних норм М. Смокович зазначав, що їх аналіз та синтез свідчить про те, що повноваження адміністративних судів щодо розв'язання виборчого спору обмежено виборчим законом, тому що суд може обрати лише визначений цим законом *спосіб відновлення* порушених прав та інтересів у такій справі, який за судовою практикою не завжди забезпечує відновлюваність прав та інтересів суб'єктів виборчого процесу [11].

Отже, важливим елементом ефективного судового захисту у виборчих спорах є законодавче закріплення гарантій захисту та відновлення по-

рушеного права особи. Обмеження адміністративним судом таких можливостей перешкоджає здійсненню дієвого судового контролю, що негативно впливає на проведення виборів та ставить під сумнів їх результати.

Звертаючи увагу на судову практику щодо перевірки рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій, вважаємо за необхідне висвітлити негативний приклад діяльності міських виборчих комісій на місцевих виборах 2015 р., який стосується організації їх роботи.

Так, постановою Херсонського окружного адміністративного суду від 10.10.2015 р. у справі № 821/3293/15-а [12], яка набрала чинності 13.10.2015 р., встановлено, що постановою Одеського апеляційного адміністративного суду від 06.10.2015 р. у справі № 821/3250/15-а зобов'язано Херсонську міську виборчу комісію Херсонської області прийняти рішення про реєстрацію А. кандидатом на посаду Херсонського міського голови. Постановою Одеського апеляційного адміністративного суду від 06.10.2015 р. у справі № 821/3251/15-а зобов'язано Херсонську міську виборчу комісію Херсонської області прийняти рішення про реєстрацію А. кандидатом у депутати Херсонської міської ради, висунутого Херсонською міською партійною організацією політичної партії «НАШ КРАЙ» у багатомандатному виборчому окрузі на чергових місцевих виборах 25.10.2015 р.

07.10.2015 р. Херсонською міською виборчою комісією Херсонської області прийнято постанови № 47 «Про затвердження тексту виборчого бюлетеня для голосування у багатомандатному виборчому окрузі з виборів депутатів Херсонської міської ради» та № 48 «Про затвердження тексту виборчого бюлетеня для голосування у єдиному одномандатному виборчому окрузі з виборів Херсонського міського голови».

Із дослідженого судом тексту виборчих бюлетенів для голосування у багатомандатному виборчому окрузі з виборів депутатів Херсонської міської ради та для голосування у єдиному одномандатному виборчому окрузі з виборів Херсонського міського голови встановлено, що до зазначених бюлетенів не включено А., висунутого Херсонською міською партійною організацією політичної партії «НАШ КРАЙ».

Позов у зазначеній справі судом задоволено повністю. Визнано протиправною та скасовано постанову Херсонської міської виборчої комісії Херсонської області від 07.10.2015 р. № 47 «Про затвердження тексту виборчого бюлетеня для голосування у багатомандатному виборчому окрузі з виборів депутатів Херсонської міської ради». Визнано протиправною та скасовано постанову Херсонської міської виборчої комісії Херсонської області від 07.10.2015 р. № 48 «Про затвердження

тексту виборчого бюлетеня для голосування у єдиному одномандатному виборчому окрузі з виборів Херсонського міського голови».

Крім того, постановою Харківського окружного адміністративного суду від 14.10.2015 р. у справі № 820/10592/15 [13], яка набрала законної сили 17.10.2015 р., встановлено, що Дергачівською міською виборчою комісією Дергачівського району Харківської області не виконано рішення Харківського окружного адміністративного суду від 04.10.2015 р. по адміністративній справі № 820/10436/15, яке набрало законної сили 07.10.2015 р., відповідно до якого зобов'язано зареєструвати В. у якості кандидата у депутати та кандидата на посаду Дергачівського міського голови, про що свідчить прийняття постанови № 38 від 11.10.2015 р. всупереч нормам Конституції України, статті 99 Закону України «Про місцеві вибори» та статті 255 КАСУ.

Дергачівською міською виборчою комісією Дергачівського району Харківської області винесено постанову від 11.10.2015 р. № 38 «Про розгляд звернення голови Дергачівської районної організації партії «Відродження» від 09.10.2015 р. щодо виконання постанови Харківського окружного адміністративного суду від 04.10.2015 по справі № 820/10436/15», якою повернуто голові Дергачівської районної організації партії «Відродження» В. оригінал судового рішення без виконання.

Позов у даній справі задоволено частково. Визнано протиправною та скасовано постанову Дергачівської міської виборчої комісії Дергачівського району Харківської області № 38 від 11.10.2015 р. Зобов'язано Дергачівську міську виборчу комісію Дергачівського району Харківської області зареєструвати В. кандидатом на посаду голови Дергачівської міської ради Дергачівського району Харківської області. Зобов'язано Дергачівську міську виборчу комісію Дергачівського району Харківської області зареєструвати В. кандидатом у депутати у багатомандатному виборчому окрузі по виборах депутатів Дергачівської міської ради Дергачівського району Харківської області, як першого у списку, висунутого Дергачівською районною організацією партії «Відродження». У задоволенні решти позовних вимог відмовити. Встановлено судовий контроль за виконанням Дергачівською міською виборчою комісією Дергачівського району Харківської області постанови Харківського окружного адміністративного суду від 14.10.2015 р. по адміністративній справі № 820/10592/15. Зобов'язано Дергачівську міську виборчу комісію Дергачівського району Харківської області надати до Харківського окружного адміністративного суду звіт про виконання постанови Харківського окружного адміністративного суду від 14.10.2015 р. по адміністратив-

ній справі № 820/10592/15 протягом 2 (двох) днів з дня проголошення постанови, а саме: до 15 години 00 хвилин 16.10.2015 р.

Своєчасність виконання судових рішень під час процесу вибрів чи референдуму має особливе значення у зв'язку зі стислими строками їх проведення. Однак рішення адміністративних судів, як бачимо, часто ігноруються виборчими комісіями, що негативно впливає на якість зокрема місцевих вибрів.

У пункті 17 постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 01.11.2013 р. № 15 роз'яснюється, що судовим рішенням щодо розгляду виборчого спору суд може встановити строк для подання суб'єктом владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, звіту про виконання постанови суду. У разі необхідності спосіб, строки і порядок виконання можуть бути визначені в самому судовому рішенні. Так само на відповідних суб'єктів владних повноважень можуть бути покладені обов'язки щодо забезпечення виконання рішення [14], що застосовується судами на практиці.

Тож адміністративні суди у межах, визначених чинним законодавством України, здійснюють судовий контроль за виконанням судових рішень в адміністративних справах, зокрема щодо виборчих спорів. Відповідачами у таких справах, як свідчить судова практика, частіше є суб'єкти, які за порядком ухвалення рішень є колегіальними органами. Заходи, які впроваджуються судами щодо своєчасного виконання судових рішень, не завжди є результативними, оскільки відповідні колегіальні органи демонструють неповагу до них. Вважаємо, що причиною цього є прогалини у законодавстві щодо відповідальності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації.

Також однією з перешкод здійснення судового контролю є чинний Закон «Про місцеві вибори», який містить низку неточностей та суперечностей, не вирішує попередні проблеми щодо проведення виборчого процесу та формування місцевих рад. На це звертало увагу чимало експертів у цій сфері. Про це зазначає громадянська мережа «ОПОРА» у своєму звіті [15]. В Україні виборче законодавство є однією з найнестабільніших галузей законодавства. Майже кожні вибори у нас проводяться за новим виборчим законом. Прийняття Виборчого кодексу, на необхідності ухвалення якого неодноразово наголошувалось європейськими інституціями, досить довго відкладається.

Так, ухвалення Виборчого кодексу, згідно із Планом законодавчого забезпечення реформ, затвердженого постановою Верховної Ради України від 04.06.2015 р. № 509-VIII [16], заплановано на кінець 2017 року, але воно знову відтерміновано.

Отже, негативом для забезпечення належного проведення вибрів є колізії виборчого закону.

Це породжує неоднозначність судової практики, оскільки суди не в змозі відразу реагувати на такі виклики. Для вирішення складних питань у виборчих спорах національні суди звертаються до практики відповідних міжнародних судових установ. Тому такі колізії судами розв'язуються поступово.

До того ж недосконалістю чинного виборчого законодавства є те, що воно не встановлює належних кваліфікаційних вимог для кандидатів у члени виборчих комісій. Часто членами комісій ставали особи, які через необізнаність із законодавством, неспроможні були забезпечити свою роботу на задовільному рівні, що ставало причиною низки порушень.

Також збільшення правопорушень в ході вибрів пояснюється відсутністю невідворотності покарання за їх вчинення. Жодний вид юридичної відповідальності до виборчих комісій на практиці не застосовується. Запровадження реальних видів відповідальності до таких колегіальних суб'єктів має стати обов'язковим.

Досліджуючи відповідні питання судового контролю за місцевими виборами, можемо виокремити основні проблеми, які ставали перешкодами проведення вибрів на належному рівні та впливали на об'єктивність їх результатів. Зокрема такими проблемами є: обмеження адміністративних судів у своїй компетенції під час розгляду та вирішення справ, пов'язаних з виборчими процесами; відсутність своєчасного реагування виборчих комісій на судові рішення, які набрали законної сили, їх невиконання; постійні зміни виборчого законодавства, його прийняття безпосередньо напередодні місцевих вибрів, неточність та суперечливість нововведень; низький рівень кваліфікації членів виборчих комісій, необізнаність їх із законодавством; невизначеність та прогалини в законі щодо відповідальності виборчих комісій як колегіальних органів; неоднозначність судової практики.

### Література

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. URL: <http://www.ligazakon.ua>.
2. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. URL: Режим доступу : <http://www.ligazakon.ua>.
3. Стещенко Т. В. Актуальні проблеми вдосконалення законодавства України про місцеві вибори в інтересах жителів територіальних громад. Проблеми законності: акад. зб. наук. пр. Х., 2011. Вип. 113. С. 34–39.
4. Аналітичний огляд стану здійснення адміністративного судочинства у 2015 році / Вищий адміністративний суд України. Київ, 2016. 52 с. URL: [http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/anlit\\_ogljad\\_adminsudochinstva\\_2015/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/anlit_ogljad_adminsudochinstva_2015/).
5. Смокович М. Категорії виборчих спорів: динаміка їх виникнення. Юридична Україна. 2014. № 9. С. 14–23.

6. Про місцеві вибори: Закон України від 14 липня 2015 р. № 595-VIII / Верховна Рада України. URL: <http://www.ligazakon.ua>.

7. Місцеві вибори в Україні 2015 // Вікіпедія: вільна енциклопедія. URL: Режим доступу: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Виборча\\_комісія](https://uk.wikipedia.org/wiki/Виборча_комісія).

8. Кодекс належної практики у виборчих справах. Керівні принципи та Пояснювальна доповідь, ухвалені Венеціанською Комісією на 52 пленарній сесії (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року). URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/>.

9. Ворона П.В., Гошовська В.А., Лопушинський І.П. Місцева влада в країнах пострадянського простору: монографія / за заг. ред. П.В. Ворони. Полтава: ПП Шевченко, 2016. 528 с.

10. Смокович М. І. Правове регулювання розгляду виборчих спорів: теоретичний і практичний аспекти: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2014. 576 с.

11. Смокович М. Судовий контроль за виборами народних депутатів України. Юридична Україна. 2012. № 7. С. 29–33.

12. Постанова Херсонського окружного адміністративного суду від 10 жовтня 2015 року № 821/3293/15-а Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52150417>.

13. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 01 лист. 2013 року № 15 «Про практику застосування адміністративними судами положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду спорів щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом». URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0015760-13>.

14. Постанова Харківського окружного адміністративного суду від 14 жовтня 2015 року № 821/10592/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52262800#>.

15. Звіт. Попередні висновки ОПОРИ щодо виборчого процесу на місцевих виборах 25 жовтня 2015 р. URL: <http://oporadp.org/zvt.-poperedn-visnovki-opori-shhodo-viborchogo-procesu-na-mscevih-viborah-25-zhovtnya-2015.html>.

16. План законодавчого забезпечення реформ: Постанова Верховної Ради України від 04 черв. 2015 року № 509-VIII. URL: <http://www.ligazakon.ua>.

#### Анотація

**Цвіркун Ю. І. До питання здійснення судового контролю за діяльністю виборчих комісій під час місцевих виборів.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню проблемних питань організації та проведення місцевих виборів та судового контролю за ними, визначено шляхи їх розв'язання, здійснено аналіз законодавства та судової практики з відповідного питання.

**Ключові слова:** місцеві вибори, виборча комісія, судовий контроль, органи місцевого самоврядування, колегіальні органи.

#### Аннотация

**Цвиркун Ю. И. К вопросу осуществления судебного контроля за деятельностью избирательных комиссий во время местных выборов.** – Статья.

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов организации и проведения местных выборов и их судебного контроля, определены пути их решения, осуществлен анализ законодательства и судебной практики по соответствующему вопросу.

**Ключевые слова:** местные выборы, избирательная комиссия, судебный контроль, органы местного самоуправления, коллегиальные органы.

#### Summary

**Tsvirkun Yu. I. On the issue of judicial control over the activities of election commissions during local elections.** – Article.

The article is devoted to the study of problematic issues of organization and conduct of local elections and judicial control over them. The ways of solution of the issues have been determined, while the analysis of the relevant legislation and judicial practice has been carried out.

**Key words:** local elections, election commission, judicial control, municipalities, collegiate bodies.

УДК 342.9

**В. В. Юровська**кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри трудового права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**ДИСПОЗИТИВНИЙ МЕТОД АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ЯК ОРІЄНТИР ПОДАЛЬШИХ РЕФОРМАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ**

У сучасних умовах розвитку вітчизняного права диспозитивність (від пізньолат. *dispositivus* – той що розпоряджається, від *dispono* – розташовую, владную) одержала загальноправове значення. Вона знаходить вираження як у матеріальному, так і в процесуальному праві, на рівні управомочуючих норм приватного й публічного права, забезпечуючи їх взаємну інтеграцію за допомогою способів диспозитивного методу правового регулювання. Ще на початку ХХ ст. вчені підкреслювали особливе значення диспозитивності для правового регулювання, її багатогранність та унікальність її правового впливу [1]. Більше того, основні питання про сутність, юридичну природу й значення диспозитивності були осмислені ще правовою доктриною дореволюційного періоду [2]. Уже в перших наукових працях, присвячених вивченню диспозитивності, виникла тенденція виділяти два види диспозитивності – матеріальну і формальну. При цьому зміст поняття матеріальної диспозитивності не обмежувався галузями матеріального права, а її розуміння поширювалось також на галузі процесуального права [3, с. 18].

У вітчизняному законодавстві легальна дефініція диспозитивності відсутня, а в правовій доктрині немає її загальноприйнятого трактування. Такий стан можна пояснити тим, що диспозитивність – явище багатоаспектне, яке пронизує багато галузей та інститутів приватного і, як це не дивно, публічного права. Саме тому представники галузевих юридичних наук, виходячи зі специфіки правової сфери, яку вони досліджують, визначають як саме поняття диспозитивності, так і форми її прояву дещо по-різному. У юридичній літературі диспозитивність розуміють і як характерну рису (а саме як різновид методу правового регулювання), і як інститут права, і як принцип права.

Як проблема наукового пізнання диспозитивність спочатку розроблялась у працях представників кримінального й цивільного процесу, проте саме загальна теорія права з опором на наукові досягнення «галузевиків» заклала фундамент сучасного розуміння диспозитивного методу правового регулювання. У теорії права категорія «диспозитивність» розглядається як особлива модель побудови правової матерії. Так, С.С. Алексєєв вважає, що вона є однією з таких моделей (дозволе-

ної чи диспозитивної побудови правового матеріалу, що реалізується в схемі «суб'єктивне право + юридичні гарантії»), яка базується на приватному праві. Її зміст полягає в наданні особі можливості самій, своєю волею визначати власну поведінку, що відкриває простір для діянь особи за особистим баченням, своєю волею та у власних інтересах [4, с. 589]. На переконання С.С. Алексєєва, сутність диспозитивного регулювання виражається в тому, що правомірні дії самих учасників суспільних відносин є відносно самостійним, індивідуальним, «автономним» джерелом «юридичної енергії» [5, с. 295].

О.Ю. Глухова взагалі вважає, що вченими-правознавцями були закладені основи для виникнення концепції інституту диспозитивності, заснованого на зв'язку приватноправової природи диспозитивності з публічною сферою її вираження [2].

У свою чергу М.І. Козюбра стверджує, що вказаний метод права передбачає впорядкування поведінки суб'єктів правових відносин шляхом встановлення трьох типів юридичних правил: а) правил, що встановлюють межі дозволеної поведінки суб'єктів; б) субсидіарних правил, тобто таких, які застосовуються лише в разі, якщо суб'єкти самостійно не встановили для впорядкування відносин між собою інші правила (не спромоглися, не забажали або забули їх встановити); в) правил, що закріплюють принципи правового регулювання певної сфери суспільних відносин.

Диспозитивний метод, на думку вченого, передбачає вільну саморегуляцію суб'єктами їх поведінки на основі принципів права, встановлює тільки межі та процедури такої саморегуляції. Він характерний насамперед для приватного права, оскільки передбачає самостійність суб'єктів у виборі ними варіанта поведінки. У цьому разі право поважає автономію суб'єктів, виходить із того, що їм краще відома специфіка відповідних відносин, визнає можливість децентралізованого координаційного правового регулювання (зокрема, завдяки укладенню правочинів) [6, с. 100].

На думку П.В. Хряпінського, який досліджує потенціал заохочувальних норм кримінального права, диспозитивність можна розглядати як загальноправовий, універсальний метод правового регулювання, що виражається в нормативно пе-

редбаченій можливості вибору особою того чи іншого варіанта поведінки за власною волею та на свій розсуд [7, с. 150].

А.Р. Валієва, яка вивчає подвійну юридичну природу та закономірності взаємодії приватно-правового й публічно-правового начал диспозитивності в судовому юрисдикційному процесі, зазначає, що диспозитивність у матеріальному та процесуальному праві має єдину юридичну природу. Диспозитивність має свою нормативну основу, якою є норми права, що закріплюють свободу суб'єктів права на власний розсуд розпоряджатись належними їм матеріальними й процесуальними правами на рівні як приватного, так і публічного права. На відміну від норм права, що закріплюють імперативні права приватних і публічних суб'єктів, їх реалізація обмежується саморегулюванням. Юридична природа процесуальної диспозитивності характеризується міжгалузевими зв'язками з диспозитивністю в матеріальному праві. Процесуальна диспозитивність пов'язана з матеріальною диспозитивністю, щодо якої вона виконує охоронну функцію, зумовлену порушенням норм матеріального права. На думку А.Р. Валієвої, відмінність проявів матеріальної й процесуальної диспозитивності полягає в характері та змісті правочинів, адресованих суб'єктам права. Проте їх сутність єдина – свобода волі адресатів уповноважених норм права в правомірному розпорядженні на власний розсуд належними їм матеріальними та процесуальними правами. Як підкреслює науковець, єдність юридичної природи матеріально-правової та процесуальної диспозитивності може слугувати підставою широкого розуміння диспозитивності як принципу права [3, с. 35–36].

У словнику термінів з адміністративного права (з посиланням на роботи С.Г. Стеценка) диспозитивний метод ототожнюється із цивільно-правовим та розкривається як метод, що характеризується тим, що об'єкт управління має свободу вибору поведінки в конкретній ситуації [8, с. 119]. Вбачається, що такий варіант інтерпретації диспозитивного методу є дещо суперечливим, оскільки замість першочергового акценту на рівності суб'єктів адміністративного права, яка досягається за допомогою диспозитивних начал, авторами акцентується увага на підлеглості, яка лише обмежується (а не заперечується) певною свободою в поведінці. Інакше кажучи, використання категорії «об'єкт управління» в контексті диспозитивного методу адміністративного права, на наше переконання, нівелює правильне розуміння його суті та віддзеркалює догматичний погляд на призначення адміністративного права й регулюючий вплив його норм.

Найбільш змістовний погляд на зміст і призначення диспозитивного методу адміністративного

права надав В.Б. Авер'янов, який не тільки визнавав можливість застосування диспозитивних начал в адміністративному праві (на чому вже неодноразово наголошувалось), а й акцентував увагу на необхідності використання всього потенціалу його елементів. Зокрема, В.Б. Авер'янов нерідко вказував на сучасну трансформацію методу адміністративного права. Учений-адміністративіст наголошував на тому, що традиційний для адміністративного права імперативний метод регулювання істотно доповнюється елементами диспозитивного методу. Зокрема, дедалі більшого значення набуває використання загальних дозволів, що може розцінюватись як ключовий напрям трансформації методу цієї галузі права, яка відбувається в сучасних умовах її розвитку й реформування. На цілком слушну думку вченого, яскравим прикладом використання в адміністративно-правовому регулюванні загальних дозволів є надання громадянам величезного масиву прав, які постають із конституційних прав громадян [9, с. 78]. В.Б. Авер'янов, розкриваючи глибоке значення для нової доктрини адміністративного права питання переосмислення методу адміністративного права та його трансформації, підкреслював, що таке переосмислення – це чи не найскладніше завдання, адже при цьому міцно утримуються позиції радянської наукової школи та непохитною вважається оцінка метода адміністративного права як однозначно імперативного. Про доцільність використання хоча б деяких елементів іншого основного – диспозитивного – методу правового регулювання говорять, так би мовити, «соромливо-стримано», наче перепрошуючи за таку сміливість. Однак чи справді настільки неможливим в адміністративному праві є поєднання ознак двох згаданих методів [10, с. 61]?

Перспективним у контексті адміністративно-правового регулювання, що поєднує як імперативні, так і диспозитивні елементи правового впливу, В.Б. Авер'янов вважав подальший розвиток інституту адміністративного договору [9, с. 77]. Безапеляційно погоджуючись із ученим і наведеними його думками, вважаємо за доцільне висловити власне бачення з приводу розуміння адміністративного договору та перспектив його остаточного впровадження в систему форм адміністративно-правового впливу. При цьому варто зауважити, що авторське бачення цієї проблематики засноване на розробленому представниками науки адміністративного права теоретичному фундаменті, тому її розгляд необхідно почати з аналізу відповідних доктринальних джерел.

Адміністративний договір як предмет наукового дослідження прогнозовано притягує увагу вчених-юристів, які справедливо зазначають, що на рівні матеріального адміністративного законодавства цей інститут залишається неврегульованим.

На думку Р.О. Куйбіди та В.І. Шишкіна, до ознак адміністративного договору можна віднести адміністративну правосуб'єктність суб'єкта владних повноважень під час укладення адміністративного договору, юридичну нерівність сторін, що виражається у виняткових повноваженнях «управленої» сторони договору, публічно-правовий характер договірних зобов'язань, імперативно визначені умови договору за способом конструювання, мету договору – задоволення публічних інтересів [11, с. 398]. На переконання В.Б. Авер'янова, під адміністративним договором необхідно розуміти угоду, укладену суб'єктами адміністративного права на підставі адміністративно-правових норм у загальнодержавних та інших публічних інтересах, правовий режим якої визначається змістом владних повноважень, носієм яких є обов'язково одна зі сторін [9, с. 280]. З огляду на наведене визначення ознаки адміністративного договору є такими:

1) виникнення у сфері публічної влади у зв'язку та з приводу реалізації органом виконавчої влади або органом місцевого врядування своїх владних повноважень;

2) підставою виникнення є правозастосовний акт, прийнятий згаданими органами;

3) організуючий характер;

4) метою є задоволення публічних інтересів, досягнення публічного блага, тобто домінування суспільних цілей [9, с. 279].

Загалом аналогічне розуміння цього інституту адміністративного права демонструють І.П. Голосніченко, М.Ф. Стахурський та Н.І. Золотарьова [12, с. 16]. При цьому вчені підкреслюють, що договірні форми мають активно використовуватись у відносинах між органами державної виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, наприклад, під час передачі управління об'єктом від органу місцевого самоврядування міста районній державній адміністрації [12, с. 17].

В.К. Колпаков вважає, що адміністративний договір є визначеною актами адміністративного права угодою сторін, одна з яких є носієм державно-владних повноважень стосовно інших [13, с. 220]. Приблизно таке ж розуміння сутності адміністративного договору пропонують Ю.П. Битяк та О.В. Константиї, які стверджують, що адміністративним договором є правовий акт управління, що укладається на підставі правових норм двома (або більше) суб'єктами адміністративного права, один із яких обов'язково є органом виконавчої влади, може містити в собі загальнообов'язкові правила поведінки (нормативний характер) або встановлювати (змінювати, припиняти) конкретні правовідносини між його учасниками (індивідуальний характер) [14, с. 106].

У свою чергу К.К. Афанасьєв розглядає адміністративний договір як добровільну угоду двох чи

більше суб'єктів адміністративного права, один із яких наділений власними або делегованими повноваженнями у сфері державного управління з приводу вирішення питань виконавчого та розпорядчого характеру, яка укладена у формі правового акта, що встановлює (припиняє, змінює) їх взаємні права, обов'язки й відповідальність [15, с. 51]. До головних ознак адміністративного договору науковець відносить такі:

1) участь як обов'язкової сторони органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування;

2) практична реалізація цими органами повноважень, наданих їм для здійснення державно-управлінської діяльності;

3) здійснення цієї діяльності у сфері державного управління;

4) правова урегульованість і захищеність устанавлюваних договором відносин мають здійснюватися за нормами різних галузей права, проте на базі норм адміністративного права, оскільки для учасників договору саме вони матимуть обов'язковий характер [16, с. 107–108.].

У свою чергу В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник вважають, що про адміністративний договір необхідно вести мову в таких випадках: коли він спрямований на реалізацію норм адміністративного права та, відповідно виникнення (зміну, припинення) адміністративно-правових відносин; коли покладені ним зобов'язання або розпорядження, які реалізуються в його межах, мають адміністративно-правовий характер. На думку вчених, це дає підстави стверджувати, що адміністративним вважається договір, який спрямовується на реалізацію адміністративно-правової норми, містить зобов'язання видати адміністративний акт або вчинити іншу адміністративну дію, має своєю основою закріплені нормами адміністративного права обов'язки чи права приватної особи [17, с. 293].

Окрім цих тез, В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник висловлюють позицію з приводу наявних у вітчизняній науці поглядів на суть та ознаки адміністративного договору: «Суб'єктний склад учасників договірних відносин не є тією ознакою, за допомогою якої можна <...> однозначно визначитися з правовою природою договору. <...> Як критерій розмежування названих договорів не може використовуватись і така ознака, як «наявність відносин влади й підпорядкування між учасниками договору», оскільки велика кількість адміністративно-правових відносин не є владними за своїм характером, а тому адміністративний договір не обов'язково буде характеризуватись владними рисами» [17, с. 292–293]. Однак учені водночас вважають, що не є визначальним для встановлення юридичної природи також те, що через договір виконується публічне завдання (задовольняється публічний інтерес). У цьому контексті

В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник наголошують на тому, що суб'єкт публічної адміністрації може досягати публічних цілей також шляхом укладення приватноправового договору [17, с. 293].

Останню думку ми не поділяємо, оскільки вважаємо, що суттю адміністративного договору є саме його спрямованість на реалізацію повноважень публічної адміністрації в особливій формі, про що говорять також самі В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник: «Адміністративний договір є інструментом діяльності публічної адміністрації, а запровадження адміністративно-договірної форми діяльності публічної адміністрації стало наслідком зміни формату відносин між публічною владою та приватними особами» [17, с. 289]. Із цього постає, що навіть якщо припустити, що приватноправовий договір також може бути опосередкованою формою (або окремим етапом) досягнення публічного інтересу (що в окремих випадках правозастосовної практики є цілком імовірним, зокрема, придбання певного майна, яке в подальшому буде використовуватись із метою реалізації конкретних повноважень державного органу тощо), то однозначно адміністративний договір спрямований виключно на задоволення публічного інтересу, а реалізація за його допомогою приватного інтересу може здійснюватись лише за рахунок формули «публічний інтерес дорівнює сукупності приватних інтересів».

Окрім того, приватноправовий договір не можна вважати класичною формою діяльності публічної адміністрації, оскільки безпосередньо за рахунок саме такого договору (господарського чи цивільного) не реалізується конкретне повноваження суб'єкта щодо адміністрування тих або інших правовідносин. На наше переконання, приватноправова угода може бути використана органом публічної адміністрації лише для забезпечення реалізації повноважень такого суб'єкта, інакше кажучи, цей договір є певною стадією, що передуює безпосередньому виконанню вказаного комплексу повноважень.

Надзвичайно змістовно розкривається проблематика адміністративного договору на сторінках підручника «Загальне адміністративне право» за загальною редакцією І.С. Гриценка. Зокрема, у межах відповідної глави підручника змістовно досліджуються окремі аспекти адміністративного договору в теорії й практиці зарубіжних країн, його поняття, ознаки та значення, погляд судової практики на це питання, юридичні передумови укладення адміністративного договору, підстави укладення адміністративного договору, юридичні наслідки його протиправності тощо [18]. Зокрема, автори підручника зазначають, що досвід деяких європейських держав підтверджує, що в Європі відсутнє уніфіковане розуміння адміністративного договору. В одних країнах договори за учас-

ттю адміністративних органів визнаються сферою приватного права (Литва), натомість в інших сфера їх застосування досить обмежена (Латвія), децю ширша (Естонія, Німеччина) або дуже широка (Франція). Питання адміністративних договорів зазвичай регулюють адміністративно-процедурні кодекси, спеціальні закони стосовно окремих видів контрактів, а за відсутності регулювання застосовують положення цивільного договірного права. Певні види договорів можуть бути прямо визначені законом як адміністративні, а в інших випадках їх природу з'ясує суд [18, с. 277].

Стосовно практики судів, і навіть найвищої інстанції – Верховного Суду України, щодо інтерпретації поняття адміністративного договору автори підручника цілком слушно вказують на її неоднозначність. Найбільшу проблему, на думку вчених-адміністративістів, становлять вимоги з приводу договорів стосовно розпорядження державними органами або органами місцевого самоврядування державним чи комунальним майном, зокрема й землею. Щоправда, можна помітити спрямованість практики Верховного Суду України до позиції, що такі договори не є адміністративними, оскільки державні органи, органи місцевого самоврядування реалізують за їх допомогою не владні управлінські функції, а винятково повноваження власника [18, с. 285].

На думку І.С. Гриценка, Р.С. Мельника, А.А. Пухтецької та інших науковців, ознаками адміністративного договору є необхідні (ті, що визначені Кодексом адміністративного судочинства України) та додаткові (ті, що стосуються всіх адміністративних договорів або частини з них). До необхідних учені відносять такі: 1) обов'язковою стороною в ньому є суб'єкт владних повноважень (іншою стороною чи іншими сторонами можуть бути як суб'єкти владних повноважень, так і інші учасники правовідносин); 2) його змістом (предметом) є права й обов'язки сторін, пов'язані з реалізацією принаймні однією з них владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень. У свою чергу до додаткових ознак адміністративного договору належать такі:

– суб'єкт владних повноважень, укладаючи відповідний договір, діє для задоволення не особистих потреб як фізичної чи юридичної особи, а публічних інтересів (потреб);

– суб'єкт владних повноважень, як правило, під час укладення такого договору зв'язаний вимогами (процедурами, обмеженнями тощо), визначеними законодавством як у частині вибору контрагента, так і в частині встановлення суттєвих умов договору;

– суб'єкт владних повноважень укладає договір на реалізацію своєї адміністративної правосуб'єктності, а не цивільної (для адміністративної правосуб'єктності статус фізичної чи юридичної

особи для суб'єкта владних повноважень не має значення);

– суб'єкт владних повноважень зазвичай укладає договір на підставі рішення, прийнятого на виконання владного управлінського повноваження;

– договір може встановлювати умови, які не властиві цивільним договорам і спрямовані на оптимальне забезпечення публічного інтересу [18, с. 285–286].

Загалом поділяючи таке розуміння перманентних ознак адміністративного договору, вважаємо за доцільне уточнити, що не завжди такий договір укладається виключно між суб'єктами публічної адміністрації або з обов'язковою участю хоча б одного з них. У цьому контексті зазначимо, що наразі чинне законодавство України не передбачає жодних умов, за наявності яких приватна особа не могла б на виконання адміністративного договору із суб'єктом публічної адміністрації укласти подібний договір з іншою приватною особою щодо передання такій особі частини повноважень. У зв'язку із цим вважаємо за доцільне з посиланням на праці В.М. Бевзенка та Р.С. Мельника підкреслити, що суб'єктна ознака не може бути визначальною в контексті встановлення правової природи адміністративного договору, хоча вона має неодмінно враховуватись під час аналізу відповідних договорів на предмет їх належності до адміністративних.

Отже, з упевненістю можна стверджувати, що з динамічним розвитком інституту адміністративного договору як джерела адміністративного права та форми публічного адміністрування в подальшому суттєво буде зростати й видозмінюватись участь приватних осіб в адмініструванні значної кількості правовідносин, а отже, відбуватиметься також поступове розширення меж впливу диспозитивного методу адміністративного права на суспільні відносини, що формують його предмет. У цьому контексті варто запропонувати на законодавчому рівні (зокрема, в окремому спеціальному законі) закріпити інститут адміністративного договору з його легальною дефініцією, принципами реалізації його норм та умов, процедурами його укладення, зміни й розірвання тощо. Водночас, на нашу думку, надзвичайно важливе значення в аспекті перспектив подальшого впровадження цього інституту в практику публічного адміністрування є узгодження законодавства з нормами ч. 2 ст. 19 Конституції України про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [19]. Вбачається, що відсутність законодавчо визначеної процедури укладення такого договору дає підстави для неоднозначного тлумачення суті цього інституту, зумовлює невизначеність судової

практики із цього питання та ставить під сумнів окремі випадки укладення адміністративних договорів суб'єктами публічної адміністрації з позиції їх відповідності положенням ст. 19 Основного Закону України.

Вищенаведені роздуми про суть і призначення адміністративного договору підкреслюють його особливу природу та підтверджують його здатність ефективно врегульовувати адміністративні правовідносини за допомогою також диспозитивних норм, даючи змогу його сторонам самостійно визначати способи й форми реалізації своїх прав та обов'язків (повноважень). Беззаперечним є той факт, що подальша трансформація методу адміністративного права, про яку ведуться активні дискусії на шпальтах адміністративно-правової літератури, буде здійснюватися, так би мовити, з обов'язковим вивченням регулюючих можливостей адміністративного договору, потенціал якого залежить переважно від рівня його законодавчої визначеності. На наше переконання, саме договірна форма реалізації окремих повноважень публічної адміністрації є безперебільшення інноваційним кроком, а правова рівність сторін, як вимога таких договорів, забезпечить та оптимізує залучення приватних осіб до участі в управлінні окремими державними й муніципальними процесами.

Отже, диспозитивний метод адміністративного права є тим орієнтиром подальших реформаційних процесів у сфері публічної адміністрації, що має достатній ресурс для істотної модернізації публічно-правової сфери. Звісно, шлях поступового розширення меж застосування диспозитивних норм в адміністративному праві є досить складним, обтяженим не тільки часовими межами, а й ментальним сприйняттям публічної адміністрації як управлінської машини, а норм адміністративного права – як виключно імперативних регуляторів.

Проте стрімкий розвиток окремих інститутів громадянського суспільства та поступова трансформація вітчизняного адміністративного законодавства підтверджують тенденцію до лібералізації правового регулювання адміністративних правовідносин, розвитку договірних засад у сфері адміністративного права та послідовного досягнення збалансованого використання (одночасного, змішаного тощо) як імперативних, так і диспозитивних начал в адміністративно-правовому регулюванні, що у свою чергу яскраво свідчить не лише про невпинний процес переосмислення ролі та призначення адміністративного права, а й про те, що вітчизняна адміністративно-правова наука розвивається в дусі передових сучасних європейських досліджень, при цьому не втрачаючи своєї національної приналежності та самостійності.

**Література**

1. Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса: в 2 т. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. 691 с.
2. Глухова О.Ю. Институт диспозитивности в праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». Тамбов, 2009. 219 с. URL: <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/364915.html>.
3. Валиева А.Р. Диспозитивность в судебном юридическом процессе Российского государства: частноправовые и публично-правовые начала: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». Казань, 2017. 177 с.
4. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статус, 1999. 712 с.
5. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. М.: Юридическая литература, 1981. Т. 1. 361 с.
6. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
7. Хряпінський П.В. Метод диспозитивності заохочувальних кримінально-правових приписів. Вісник Кримінологічної асоціації. 2015. № 1. С. 149–162.
8. Адміністративне право України: словник термінів / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. К.: Ін Юре, 2014. 520 с.
9. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / за ред. В.Б. Авер'янова та ін. К.: Юридична думка, 2004. Т. 1: Загальна частина. 584 с.
10. Авер'янов Вадим Борисович. Вибрані наукові праці / упор. О.Ф. Андрійко, В.П. Нагребельний, Л.Є. Кисіль та ін.; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка, О.Ф. Андрійко. К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011. 448 с.
11. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навч. посібник / за заг. ред. Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна. К.: Старий світ, 2006. 576 с.
12. Адміністративне право України: основні поняття: навч. посібник / за заг. ред. І.П. Голосніченка. К.: ГАН, 2005. 232 с.
13. Колпаков В.К. Адміністративне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2000. 752 с.
14. Битяк Ю.П., Константи́н О.В. Правова природа адміністративних договорів. Вісник Академії правових наук України. 2001. № 3. С. 101–109.
15. Афанасьев К.К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Луганськ, 2002. 191 с.
16. Афанасьев К.К. Адміністративні договори: реалії та перспективи: монографія. Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. 320 с.
17. Загальне адміністративне право: навч. посібник / Р.С. Мельник, В.М. Бевзенко; за заг. ред. Р.С. Мельника. К.: Ваіте, 2014. 376 с.
18. Загальне адміністративне право: підручник / І.С. Гриценко, Р.С. Мельник, А.А. Пухтецька та ін.; за заг. ред. І.С. Гриценка. К.: Юрінком Інтер, 2014. 568 с.
19. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

**Анотація**

**Юровська В. В. Диспозитивний метод адміністративного права як орієнтир подальших реформаційних процесів у сфері публічної адміністрації.** – Стаття.

У статті автором здійснено характеристику диспозитивного методу адміністративного права. Зокрема, цей метод є орієнтиром подальших реформаційних процесів у сфері публічної адміністрації, що має достатній ресурс для істотної модернізації публічно-правової сфери. Автором наголошено на тому, що стрімкий розвиток окремих інститутів громадянського суспільства, поступова трансформація вітчизняного адміністративного законодавства підтверджують тенденцію до лібералізації правового регулювання адміністративних правовідносин, розвитку договірних засад у сфері адміністративного права та послідовного досягнення збалансованого використання (одночасного, змішаного тощо) як імперативних, так і диспозитивних начал в адміністративно-правовому регулюванні, що у свою чергу свідчить про невпинний процес переосмислення ролі й призначення адміністративного права та про те, що вітчизняна адміністративно-правова наука розвивається в дусі передових сучасних європейських досліджень.

*Ключові слова:* адміністративне право, метод адміністративного права, диспозитивність, диспозитивний метод, імперативний метод.

**Аннотация**

**Юровская В. В. Диспозитивный метод административного права как ориентир дальнейших процессов реформирования в сфере публичной администрации.** – Статья.

В статье автором осуществлена характеристика диспозитивного метода административного права. В частности, этот метод является ориентиром дальнейших процессов реформирования в сфере публичной администрации, имеет достаточный ресурс для существенной модернизации публично-правовой сферы. Автором отмечено, что стремительное развитие отдельных институтов гражданского общества, постепенная трансформация отечественного административного законодательства подтверждают тенденцию к либерализации правового регулирования административных правоотношений, развития договорных начал в сфере административного права и последовательного достижения сбалансированного использования (одновременного, смешанного и так далее) как императивных, так и диспозитивных начал в административно-правовом регулировании, что в свою очередь свидетельствует о непрерывном процессе переосмысления роли и назначения административного права и о том, что отечественная административно-правовая наука развивается в духе передовых современных европейских исследований.

*Ключевые слова:* административное право, метод административного права, диспозитивность, диспозитивный метод, императивный метод.

**Summary**

**Yurovska V. V. Dispositive method of administrative law as a benchmark for further reform processes in the field of public administration.** – Article.

In the article the author describes the dispositive method of administrative law. In particular, this method is a benchmark for further reform processes in the field

of public administration, which has sufficient resources to substantially modernize the public-law sphere. The author emphasizes that the rapid development of individual civil society institutions, the gradual transformation of domestic administrative legislation confirm the tendency towards the liberalization of the legal regulation of administrative legal relations, the development of contractual principles in the field of administrative law and the consistent achievement of balanced use (simultaneous,

mixed, etc.) as imperative and dispositive principles in administrative-legal regulation, which in turn indicates a tireless process rethinking the role and appointment of administrative law and the fact that domestic law and legal science develops in the spirit of advanced modern European research.

*Key words:* administrative law, administrative law method, discretion, dispositive method, imperative method.

## ЗМІСТ

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

|  |    |
|--|----|
| <b>О. В. Барановський</b><br>Історико-правовий аналіз становлення та розвитку системи управління<br>та організаційно-штатного забезпечення діяльності міліції незалежної України ..... | 3  |
| <b>А. І. Бондаренко</b><br>Європейський суд з прав людини в механізмі правозахисної функції держави.....   | 11 |
| <b>Т. V. Vodorian</b><br>Meaning and Sources of Power in Mediation .....   | 15 |
| <b>Ю. В. Івченко</b><br>Національна свідомість і патріотизм як чинники відродження Української держави .....   | 18 |
| <b>Ю. О. Липовець</b><br>Толерантність у діяльності поліції України .....  | 22 |
| <b>І. С. Лісна</b><br>Вплив суспільного устрою на право Київської Русі .....   | 26 |
| <b>Н. А. Мазаракі</b><br>Зміст принципу конфіденційності медіації.....   | 30 |
| <b>А. В. Матвійчук</b><br>Проблеми розуміння обов'язків держави як правової категорії .....  | 34 |
| <b>І. Г. Ошкадеров</b><br>Організаційно-правовий механізм забезпечення прав<br>людини та громадянина в умовах правової модернізації .....  | 38 |
| <b>В. Ю. Пряміцин, Р. Р. Погорілий</b><br>Реалізація права на вищу освіту .....  | 42 |

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

|   |    |
|---|----|
| <b>А. Гринь</b><br>Принцип пропорційності та основні стандарти проведення негласних слідчих дій<br>у світлі конституційних гарантій прав людини ..... | 46 |
| <b>В. Ф. Нестерович</b><br>Проблеми та перспективи прийняття Виборчого кодексу України .....  | 51 |
| <b>І. С. Пирога</b><br>Виборчий бар'єр і представництво виборців.....   | 56 |

## ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

|  |    |
|--|----|
| <b>М. В. Абрамов</b><br>До питання співвідношення спадкування за правом представлення<br>та усунення від права на спадкування.....           | 61 |
| <b>Н. П. Артем'єва</b><br>Становлення правової допомоги в цивільному процесі<br>за доби незалежності України.....                            | 65 |
| <b>І. М. Бойків</b><br>Особливості доказування у справах про встановлення факту<br>перебування подружжя у фактичних шлюбних відносинах ..... | 70 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>О. П. Гуйван</b>  |     |
| Превентивний правовий захист інформаційних ресурсів:<br>особливості регулювання .....  | 74  |
| <b>І. В. Зайцева-Калаур</b>  |     |
| До питання про недійсність авторського договору .....  | 79  |
| <b>П. С. Захаров</b>   |     |
| Сутність доказування у цивільному судочинстві у справах про відшкодування шкоди,<br>заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди ..... | 83  |
| <b>І. А. Коваленко</b>   |     |
| Правова охорона корисних моделей у деяких країнах Європи:<br>компаративістський аспект.....  | 88  |
| <b>М. В. Криса</b>   |     |
| Поняття та предмет договору підряду на геологічне вивчення надр<br>за державним замовленням.....   | 91  |
| <b>Є. Є. Лєзін</b>   |     |
| Порядок судового забезпечення доказів у цивільному процесі в Україні .....   | 95  |
| <b>І. С. Лукасевич-Крутник</b>   |     |
| Поняття та особливості допоміжних транспортних договорів.....  | 102 |
| <b>Н. Б. Москалюк</b>  |     |
| Гносеологічні аспекти націоналізації в системі<br>набуття прав державної власності .....   | 106 |
| <b>О. М. Соколов</b>   |     |
| Юрисдикційний захист майнових прав внутрішньо переміщених осіб.....  | 112 |
| <b>І. М. Цвігун</b>  |     |
| Правова природа та зміст договору іпотеки земельної ділянки .....  | 116 |
| <b>Н. Л. Цопіна</b>  |     |
| Договір довічного утримання (догляду): питання правової характеристики .....   | 122 |

## ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

|  |     |
|--|-----|
| <b>С. М. Бортник</b>   |     |
| Проблеми правового регулювання робочого часу поліцейських .....  | 127 |
| <b>Л. Ю. Величко</b>   |     |
| Проблема поширення сфери дії трудового права<br>на правове регулювання праці військовослужбовців.....                    | 132 |
| <b>О. Є. Костюченко</b>  |     |
| Соціальний вимір трудового права .....   | 135 |
| <b>І. В. Сервецький, О. Л. Назаренко</b>   |     |
| Соціально-психологічна реабілітація співробітників (працівників)<br>оперативних підрозділів Служби безпеки України ..... | 139 |

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

|  |     |
|--|-----|
| <b>Р. Г. Браславський</b>  |     |
| Нормотворчі матеріальні принципи податкового права .....   | 143 |
| <b>В. В. Дука</b>  |     |
| Право на звернення осіб, які не є громадянами України,<br>при перетинанні державного кордону ..... | 147 |

**Д. Г. Кригіна**

Транспортний податок: проблемні аспекти запровадження..... 151

**В. О. Морозова**Особливості адміністративно-правового регулювання діяльності  
Державної виконавчої служби України: проблеми удосконалення..... 155**В. Е. Нечаєв**Юридична природа класифікацій публічних послуг, що надаються  
підрозділами Національної поліції України ..... 160**Ю. І. Цвіркун**До питання здійснення судового контролю за діяльністю  
виборчих комісій під час місцевих виборів ..... 164**В. В. Юровська**Диспозитивний метод адміністративного права як орієнтир подальших  
реформаційних процесів у сфері публічної адміністрації ..... 170

*Науково-практичне юридичне видання*

# ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

*Науково-практичний журнал*

**Випуск 6(21)**

**Том 1**

*Виходить шість разів на рік*

*Українською, російською та англійською мовами*

Коректор – Я. Вишнякова  
Комп'ютерна верстка – С. Калабухова

Підписано до друку 28.12.2017 р. Формат 60x84/8. Обл.-вид. арк. 20,46, ум.-друк. арк. 20,92.  
Папір офсетний. Цифровий друк. Наклад 100 примірників. Замовлення № 2812-17.

**Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»**

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4392 від 20.08.2012 р.)

Україна, м. Херсон, 73034, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105. Тел. (0552) 39-95-80

E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)