ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

LAW HERALD

4'2016

Виходить чотири рази на рік

Засновник:
Національний університет
«Одеська юридична академія»

Журнал зареєстровано в Комітеті у справах преси та інформації Одеської обласної державної адміністрації 12 листопада 1993 р. Свідоцтво: серія ОД № 189. Перереєстровано Міністерством у справах преси та інформації України 28 липня 1996 р. Свідоцтво: серія КВ № 2065 та Міністерством юстиції України 25 травня 2010 р. Свідоцтво: серія КВ № 16683-5255ПР. Перереєстровано Державною реєстраційною службою України 14 листопада 2011 р. Свідоцтво: серія КВ № 19241-9041 рп.

Внесено до переліку наукових фахових видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук відповідно до Наказу МОН України від 21.12.2015 р. № 1328 (додаток № 8).

Індекс міжнародного центру реєстрації періодичних видань (Париж, Франція): ISSN 1561–4999 (18 березня 1999 р.)

Передплатний індекс: 40318

Головний редактор

С. В. Ківалов

Редакційна колегія:

Ю. П. Аленін

М. В. Афанасьєва

(заст. голов. редактора)

Л. Р. Біла-Тіунова

Д. Я. Гараджаєв

В. М. Дрьомін

В. В. Дудченко

І. В. Ілієв

В. Я. Крижановський

Ю. М. Оборотов

Б. А. Пережняк

(заст. голов. редактора – відповідальний секретар)

О. П. Подцерковний

П. Р. Рабінович

В. О. Туляков

Є. О. Харитонов

Відповідальний за випуск

О. П. Головко

Нормативно-правові акти, розміщені у журналі, є неофіційною інформацією.

Передрук матеріалів, надрукованих у журналі, можливий лише з посиланням на журнал

Рекомендовано вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 16.12.2016 р.,протокол № 5

Редакційно-видавничий відділ НДЧ Національного університету «Одеська юридична академія»
вул. Піонерська, 2, каб. 1007, м. Одеса, Україна, 65009
Телефон редакції: +38 066 821 82 28
Телефон заст. головного редактора-відповідального секретаря: +38 067 480 23 53
Електронна пошта: yv@yurvisnyk.in.ua
Електронна адреса: **www.yurvisnyk.in.ua**

Наукове видання
ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК 4'2016
Укр., рос., англ. мовами

Формат 70х108/16. Друк цифровий.
Ум. друк. арк. 26,04. Тираж 100 прим.

Науково-практичний журнал «Юридичний вісник» включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Друкарня ВД «Гельветика»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4392 від 20.08.2012 р.)
м. Одеса, вул. Сегедська, 18, офіс 431
Тел. +38 (0552) 39-95-80

Одеса • ВД «Гельветика» • 2016

© НУ «Одеська юридична академія», 2016

До авторів і читачів

Редакція запрошує до співробітництва вчених, практичних працівників, студентів, читачів, що цікавляться проблематикою журналу. Матеріали для опублікування подаються (і публікуються) українською, російською і англійською мовами і повинні відповідати чинним стандартам для друкованих праць і вимогам ВАК України (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії України. – 2009. – № 5. – С. 26-30). Наукова стаття має містити постановку проблеми, оцінку стану літератури, завдання поданого матеріалу по обраній проблемі, висновки і перспективи подальших досліджень. Ліворуч від найменування статті вказується УДК. Обсяг статей, як правило, до 10 аркушів (кегль – 14, через 1,5 інтервалу), інші матеріали – до 6 аркушів – у 2 примірниках. Посилання по тексту оформлюються порядковим номером у квадратних дужках. Наприкінці тексту перед літературою вказуються ключові слова (до 5) мовою статті, резюме українською, російською та англійською мовами (всього до 15 рядків). Перелік джерел (література) розташовується після резюме і має містити вихідні дані джерел і сторінку, на яку зроблено посилання.

ДО МАТЕРІАЛІВ ДОДАЮТЬСЯ:

1. ФАЙЛ У ФОРМАТІ MS WORD З НАБОРОМ ТЕКСТУ, який висилається на адресу: yv@yurvisnyk.in.ua

2. СТАТТЯ У РУКОПИСУ – 2 прим.

3. РЕЦЕНЗІЯ-РЕКОМЕНДАЦІЯ особи, що має вчений ступінь за фахом, що відповідає предмету статті, чи відділу, кафедри науково-дослідного, вищого навчального закладу або органу, організації (у формі виписки з протоколу).

4. ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА:

Прізвище, ім'я, по батькові автора
Науковий ступінь, звання, почесне звання
Місце роботи і посада
Поштова адреса, телефони, факс, e-mail
Номер квитанції передплати на журнал (чи дата і місце передплати)
Найменування статті
Автори, на праці яких є посилання в рукопису
Дата відсилання рукопису

5. ЗАЯВКА НА ВИСИЛКУ АВТОРСЬКИХ ПРИМІРНИКІВ (післяплатою – не менше 5).

Резюме і рецензія не подаються за матеріалами для рубрик: «Проблемна ситуація», «Версія», «Публіцистика», «Наукове життя», «Прошу слова!», «Зворотний зв'язок», «Критика і бібліографія», «Ювілеї», «Персоналії».

При визначенні черговості публікації матеріалів перевагу мають передплатники журналу

Подані матеріали не рецензуються і не повертаються автору. Матеріали, подані з порушенням вимог стандартів, без зазначених додатків, не приймаються до редагування, публікації і не повертаються автору. Тому після подання матеріалу до публікації доцільно запросити редакцію особисто чи по телефону про дотримання вимог редакції. Редакція зберігає право на редагування матеріалів, їхнє скорочення й уточнення найменування.

Опубліковані матеріали виражають позицію автора, що може не збігатися з думкою редакції. За вірогідність фактів, статистичних даних і інших матеріалів відповідальність несе автор або особа, що надала матеріал.

Редакція веде листування тільки на сторінках журналу в рубриках «Проблемна ситуація», «Прошу слова!», «Зворотний зв'язок».

Журнал приймає замовлення на рекламу

ЗМІСТ

С. Ківалов
Актуальні питання фундаментальних та прикладних наукових досліджень вчених Національного університету «Одеська юридична академія».....5

МІСЬКА ПРАВОВА СИСТЕМА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ, ІНТЕГРАТИВНІ ТА НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ

Ю. Оборотов
Міське право як імунна система.....8

О. Мельничук
Культурний статус міста Львова у формуванні його правової системи....17

К. Горобец
Право и правовая система в призме системного подхода.....25

ПРАВОВА АДАПТАЦІЯ ДО УМОВ ВНУТРІШНЬОГО РИНКУ ЄС В АСПЕКТІ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ ЄС – УКРАЇНА

Є. Харитонов
Категорії «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» в контексті адаптації до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу..... 32

К. Некіт
Правоможності й обов'язки довірчого власника за цивільним законодавством України та модельними правилами європейського приватного права (DCFR).....41

Ю. Суха
Зміст принципу договірної свободи згідно з модельними правилами європейського приватного права (DCFR): орієнтири для вдосконалення національного цивільного законодавства.....48

ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

О. Харитонова, Г. Ульянова
Неправомірне використання об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет.....55

Н. Бааджи, А. Кирилюк
Порядок використання вільних публічних ліцензій у режимі онлайн....65

Д. Позова
Умови онлайн-ліцензування використання об'єктів права інтелектуальної власності.....74

Г. Грігорянц
Правовий статус провайдера за законодавством зарубіжних країн...82

ЦИВІЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО У СВІТЛІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Н. Голубєва
Розгляд судами справ, пов'язаних із об'єктами самочинного будівництва..... 91

І. Андронов
Законна сила судового рішення в цивільному процесі України.....100

Н. Волкова
Процесуальні особливості розгляду справ щодо оспорювання батьківства в цивільному судочинстві (окремі аспекти).....105

Р. Гонгало
Вплив практики Європейського суду з прав людини на процес реформування цивільного процесуального законодавства України..... 111

Т. Стоянова
Процесуальні особливості зупинення провадження у справі в апеляційній інстанції..... 120

І. Іліопол
Історико-правовий аспект виникнення й розвитку інституту апеляції в цивільному процесі.....124

ТЕОРІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ЗАКОНОТВОРЧОСТІ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ

Н. Мирошниченко, Л. Абакіна-Пілявська
Лікарська наркоманія XXI століття...129

Д. Балобанова
Загальні тенденції розвитку сучасного кримінального права (на прикладі деяких зарубіжних країн)..136

Ю. Коломиец
Современное понимание идеологии.....143

М. Дмитрук
Кримінальний проступок у теорії кримінальної законотворчості.....148

Д. Михайленко
Норма про незаконне збагачення як елемент основного рубежу протидії корупції в Україні.....153

Є. Вечерова
Нормативність кримінального права та функції кримінального права.....171

КОМПЛЕКСНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

І. Гловюк
Деякі питання участі адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні: питання правової визначеності та ефективності правореалізації.....180

Ю. Аленін, О. Торбас
Особливості визначення юридичної підстави огляду транспортного засобу за Кримінальним процесуальним кодексом України.....191

В. Волошина
Право на свободу та особисту недоторканність як засіб забезпечення ефективності досудового розслідування..... 198

А. Мурзановська
Окремі питання конституювання системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності.....205

А. Сердюк
Організація взаємодії органів досудового розслідування як невід'ємна складова частина ефективного досудового розслідування.....216

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

І. Завальнюк
Підстави зміни форми судового розгляду справи в адміністративному судочинстві.....224

С. Ківалов,
президент Національного університету
«Одеська юридична академія»,
доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України,
головний редактор журналу «Юридичний вісник»

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ТА ПРИКЛАДНИХ НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ВЧЕНИХ НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Важливим напрямом наукової діяльності фахівців Національного університету «Одеська юридична академія» є проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень, що виконуються за рахунок коштів Державного бюджету України на конкурсній основі, який щороку організовується Міністерством освіти і науки України. Сам факт перемоги в зазначеному конкурсі свідчить про високий науковий потенціал та актуальність таких наукових досліджень.

З огляду на те, що в результаті досліджень отримуються вагомі наукові досягнення, які мають важливе значення для розвитку юридичної науки, законодавства й практики його застосування та вирізняються науковою новизною, вирішено присвятити окремий випуск «Юридичного вісника» розкриттю найбільш актуальних питань фундаментальних і прикладних напрацювань.

Упродовж 2016 року фахівцями Національного університету «Одеська юридична академія» розроблялося 7 фундаментальних та 2 прикладні наукові проекти.

Так, у 2016 році завершується фундаментальне наукове дослідження за темою «Міська правова система: загальнотеоретичні, інтегративні та нормативні засади» під науковим керівництвом професора, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, завідувача кафедри загальнотеоретичної юриспруденції Національного університету «Одеська юридична академія» Оборотова Юрія Миколайовича. На основі отриманих результатів представлено проект Закону України «Про правовий статус міст в Україні», у якому сформовано нові підходи до правового регулювання статусу міст в Україні шляхом визначення їх загального, спеціального та виняткового статусу. У пропонованому випуску опубліковано результати розвідок, присвячених міському праву як імунній системі, системному підходу до права та культурному статусу міста Львова.

У 2016 році продовжилось виконання фундаментальної науково-дослідної роботи за темою «Теорія кримінальної законотворчості: концептуальні основи» під керівництвом професора, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, судді Європейського Суду з прав людини ad hoc, заслуженого діяча науки і техніки України, проректора з міжнародних зв'язків Національного університету «Одеська юридична академія» Тулякова В'ячеслава Олексійовича. Цей випуск «Юридичного вісника» розміщує науковий аналіз загальних тенденцій розвитку сучасного кримінального права на прикладах зарубіжних країн, сучасного розуміння ідеології, кримінального проступку в теорії кримінальної законотворчості, нормативності кримінального права та його функцій тощо.

Також у 2016 році продовжилось виконання фундаментальної науково-до-

© С. Ківалов, 2016

слідної роботи за темою «Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні» під науковим керівництвом професора, доктора юридичних наук, адвоката, члена науково-консультативної ради при Верховному Суді України, завідувача кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія» Голубєвої Неллі Юріївни. У результаті проведених досліджень отримано нове розуміння питання електронних документів як доказів у цивільному процесі, виявлено різні підходи до визначення правового статусу прокурора в цивільному процесі, сформульовано новий підхід до розуміння законності судового рішення тощо. Пропонований випуск містить науково-практичні матеріали, які стосуються розгляду судами справ про перебудову або знесення об'єктів самочинного будівництва, законної сили судового рішення в цивільному процесі, процесуальних особливостей розгляду справ щодо оспорювання батьківства, впливу практики Європейського Суду з прав людини на процес реформування цивільного процесуального законодавства України, процесуальних особливостей зупинення провадження в справі в апеляційній інстанції, виникнення та розвитку інституту апеляції в цивільному процесі.

Також цього року продовжено виконання фундаментальної науково-дослідної роботи за темою «Захист прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет: теоретичні та практичні аспекти» під науковим керівництвом професора, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, завідувача кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія» Харитонової Олени Іванівни. На підставі проведеного дослідження обґрунтовано необхідність удосконалення й законодавчого визначення статусу інтернет-ЗМІ, у сфері діяльності яких плагіат є одним із найбільш поширених правопорушень, а також визначено доцільність розрізнення власне піратства, «м'якого піратства» та «квазіпіратства». У цьому випуску збірника опубліковано результати розвідок, присвячених порядку використання вільних публічних ліцензій у режимі онлайн, умовам онлайн-ліцензування використання об'єктів права інтелектуальної власності та правовому статусу провайдера за законодавством зарубіжних країн.

У 2016 році закінчується виконання прикладного наукового дослідження за темою «Правова адаптація до умов внутрішнього ринку ЄС в аспекті імплементації Угоди про асоціацію ЄС – Україна» під науковим керівництвом професора, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, завідувача кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» Харитонова Євгена Олеговича. У межах цього дослідження розроблено пропозиції щодо вдосконалення інститутів цивільного права, необхідних для адаптації цивільного законодавства та Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, а також знайдено відповіді на питання про те, якою є правова основа регулювання ринку Європейського Союзу, що мається на увазі під правовою адаптацією, чи існує цивілізаційна сумісність України та Європейського Союзу, чи придатні вітчизняні концепції цивільного права й законодавство для адаптації до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу, якими є принципи зазначеної адаптації. Пропонований випуск містить науково-практичні розвідки стосовно категорій «приватне право», «цивільне право» й «цивільне законодавство» в контексті адаптації до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу, правоможностей та обов'язків довірчого власника за цивільним законодавством України і Модельними правилами європейського приватного права, а також змісту

принципу договірної свободи згідно з останніми.

Крім того, у 2016 році закінчується виконання прикладного наукового дослідження за темою «Комплексне дослідження забезпечення ефективності досудового провадження», керівником якого є професор, доктор юридичних наук, член-кореспондент Національної академії правових наук України, завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія» Тіщенко Валерій Володимирович. За результатами проведеного дослідження встановлено, що ефективність механізму реалізації заходів забезпечення кримінального провадження для дотримання балансу публічних і приватних інтересів у кримінальному провадженні не може оцінюватись лише щодо діяльності владних суб'єктів; з'ясовано, що в основу терміна «невербальна інформація» покладено дані про зв'язок між зовнішніми й внутрішніми ознаками людини; доведено, що отримана слідчим на основі вивчення кримінальної сторони спілкування учасників кримінального провадження інформація є складником криміналістичної інформації. У цьому випуску збірника опубліковано наукові статті, присвячені правовій визначеності та ефективності правореалізації за участю адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні, особливостям визначення юридичної підстави огляду транспортного засобу, праву на свободу й особисту недоторканність як засобу забезпечення ефективності досудового розслідування, конструюванню системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності, а також організації взаємодії органів досудового розслідування.

Тематична спрямованість «Юридичного вісника» дає змогу об'єднати творчу діяльність правників навколо дослідження найактуальніших проблем. Належний рівень науково-дослідницької роботи Національного університету «Одеська юридична академія» забезпечується через діяльність науково-дослідної частини, яка безпосередньо підпорядкована проректору з наукової роботи. При цьому як розвиток Одеської школи права в 2016 році було створено унікальний підрозділ Національного університету «Одеська юридична академія» – Науково-експертний центр, покликаний проводити наукові експертизи, розробляти проекти нормативних актів, готувати на основі наукового аналізу пропозиції до наявних проектів нормативних актів на замовлення органів державної влади й місцевого самоврядування, підприємств, організацій та громадян, а також надавати правову допомогу в організації малого й середнього бізнесу, юридичний супровід господарської діяльності. Центр як унікальний підрозділ Національного університету «Одеська юридична академія» відкритий до співпраці на договірній основі з усіма зацікавленими фізичними та юридичними особами для вирішення юридичних проблем підвищеного рівня складності.

Переконаний, що саме завдяки плідній співпраці висококваліфікованих учених і практичних фахівців у галузі права видання стане джерелом актуальної наукової інформації та засобом обміну практичним досвідом серед правознавців, а також сприятиме успішному вирішенню завдань, що стоять перед сучасною правничою наукою й практикою.

МІСЬКА ПРАВОВА СИСТЕМА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ, ІНТЕГРАТИВНІ ТА НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ

УДК 340.1

Ю. Оборотов,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри загальнотеоретичної юриспруденції
Національного університету «Одеська юридична академія»

МІСЬКЕ ПРАВО ЯК ІМУННА СИСТЕМА

Право виступає як цивілізаційна константа, оскільки існує в найбільш різноманітних цивілізаціях і культурах. Багато в чому це визначається тим, що право відповідає потребам розвитку людини від ситуації соціального хаосу до соціального порядку, створюючи умови для узгодження інтересів індивіда в межах соціальної цілісності, що саме пов'язано з високим рівнем надійності права як найважливішого складника сучасної соціальної системи. При цьому використовуються такі концептуальні ідеї людського існування, як збереження традиції, еквівалентність, інституціональна визначеність, владна забезпеченість права. Усе розмаїття правового життя культур і цивілізацій пронизане цими концептуальними ідеями, які в процесі соціального розвитку затверджуються та відтворюються як принципи права в правовому менталітеті, правовому мисленні, правових нормативах і цінностях.

Характерно те, що право, незважаючи на зміни в правовому розвитку від доби премодерну (традиційного суспільства) через добу модерну (Нового часу) до доби постмодерну, зберігає свої концептуальні особливості. Такими, зокрема, є принцип еквівалентності відплати (терези як символ правосуддя), розмежування правового й морального мислення в усі епохи людського буття, принцип інституціональної визначеності, вираженої в існуванні суду, який зберігає свою стійкість і значимість, пройшовши крізь століття й покоління. Концептуальні підстави права отримують своє втілення в особливостях мови права та специфіці правового мислення. При цьому мова права та правове мислення не лише є визначальними факторами розвитку професійної правової культури як центру правової культури суспільства, а й безпосередньо пов'язані з правовим менталітетом, правовими традиціями та правовими інститутами – цими засобами правової трансляції цивілізаційних підстав людської ідентичності й соціальної цілісності. Можна стверджувати, що правовий спадок суспільства, який включає різноманіття правових явищ, отримує своєрідність не стільки через використовувані джерела права, як це прийнято вважати, скільки у сформованій системі правового транслювання, що включає мову права, правове мислення, правовий менталітет, правові традиції й правові інститути.

Конфліктне призначення права та його здатність забезпечувати цілісність людським спільнотам у різних цивілізаціях і культурах приводять до розгляду імунної властивості права.

Постановка питання про право як імунну систему суспільної організації пов'язана з ім'ям Н. Лумана, який, зокрема, зазначав: «Надійність, за-

© Ю. Оборотов, 2016

безпечена правом, ґрунтується саме на тому, що комуціювання очікувань продовжує функціонувати також у разі суперечності, нехай навіть зі зрушенням щодо нормального способу комунікації, з іншими параметрами приєднання» [1, с. 489–492]. Тому головне призначення права полягає не в тому, щоб відбувалось якомога більше законних дій і якомога менше незаконних або реалізовувався громадський порядок усупереч вільному розвитку людської волі. Учений писав, що «право має виконувати функцію імунної системи та призначене для цього».

Історія розвитку права дає яскраві приклади виконання ним свого імунного призначення. Так, у «Шестикнижжі» Костянтина Арменопула у статті «Про вид у будинок сусіда» говориться: «Деякі із цікавих і заздрісних людей забороняють іншим будувати будинки, звідки можна дивитись у будинок сусідів. Однак цього і закони не забороняють, і за старими будинками не видно, щоб древні цьому противились: усі будинки стоять один проти іншого і жоден із древніх на це не досадував. Тому й ми не вважаємо за шкоду, щоб від одного будинку видно було в інший, а хто вважає це за шкоду, той нехай затулить будинок свій, щоб усередину не було видно, решітками або загородить чим хоче, але іншому нехай не заважає будуватись, бо несправедливо, щоб хто-небудь затуляв свій будинок із причини шкоди іншого» [2].

З тексту наведеної правової норми постає її імунне призначення для міських поселень, що виражається в таких положеннях: а) не допустити виникнення конфліктів під час будівництва будинку шляхом збереження існуючого порядку у сфері будівництва; 2) нормативно-правовою підставою забезпечення стійкості під час вирішення питання про будівництво будинку є закони та звичаї предків; 3) здійснення права на домоволодіння й на будівництво будинку не може обмежувати права інших осіб, тобто встановлюється недопущення зловживання правом.

Зв'язок надійності права з його імунною властивістю яскраво простежується в сучасному праві. Зауважимо, що сучасне право характеризується його приналежністю до XXI століття та пов'язане з нестійкістю догми права – головного надбання колишніх часів. Догма права стає плинною, що не лише позначається на буденній і компетентній правосвідомості людей, а й підриває підстави професійної правосвідомості. Юристи втрачають стійку законодавчу базу для прийняття правових рішень та дедалі більше спираються на імунні властивості права, покладаючись на власну правову культуру й правовий досвід, запозичуючи матеріал для рішень у доктринальній сфері і сформованій юридичній практиці.

Для розвитку сучасного права актуальне питання про те, як зберегти надійність права в умовах різкого загострення протиріч у змісті самого права, а саме суперечності права на несхожість (індивідуальність) і права на однаковість (соціальність). Справді, виявляється, що право доби модерну спрямовувалось на утвердження соціальної однаковості, нівелювало індивідуальність. Однак право доби постмодерну прагне стверджувати індивідуальність, наполягаючи на неподібності як визначальному складнику соціального простору.

Сучасне індивідуалізоване суспільство задає високий рівень конфліктності буття, зумовлюючи посилення значення права як засобу вирішення конфліктів (конфліктне призначення права). При цьому установка права на персонального користувача приводить до того, що закон перестає сприйматись як сакральне начало, оскільки нормативне регулювання дедалі частіше підміняється доцільністю й координацією. Деперсоналізація права доби модерну замінюється пошуками правової особистості доби постмодерну.

Колишнє використання імунної властивості права перестає спонукати суб'єктів зважати на своє оточення, обмежувати власні бажання. Річ у тім,

що в умовах модерну ці вимоги права сприймались як традиційні, звичайні та фактично не порушувались. Не випадково проблема зловживання правом у минулі часи була екзотичною, не зачіпала різні сфери правової реальності. Постмодерн приніс повсюдне поширення ігнорування індивідом іншого й тієї цілісності, до якої він належить. Із цього постає наростаюча кількість ситуацій зловживання правом та водночас нормативних спроб їх регламентації в найбільш різноманітних сферах правового регулювання (від галузі цивільного до кримінального права). У наш час комплекс правоутворюючих факторів набуває дедалі новіших обрисів, що визначається не лише існуванням такого потужного чинника еволюції права, як глобалізація, а й людською суб'єктивністю, де на рівні ментальності відбуваються динамічні процеси, що визначають сучасний ландшафт буття права та особливості його імунної властивості.

Можна констатувати, що класичне право було звернене до нормативної суб'єктивності, характеризувалось стабільністю, самозвітністю, орієнтацією на непорушні принципи. У сучасному праві всі ці характеристики поставлені під сумнів, оскільки дають про себе знати невизначеність і приблизність у здійсненні права, детериторізація суб'єкта як відображення глобалізації, атемпоралізація суб'єкта як фрагментація людського існування.

Розчинення особистості в різноманітних і незв'язаних шарах масової культури розхитує традиційні соціальні інститути, а фрагментарність та різноманітність існуючих цінностей підривають сформовану нормативність, у тому числі правопорядок, призводять до втрати стійкої приналежності людини до певного способу життя, позначаються на його ставленні до права. На тлі захопленості власним іміджем і своїм життям відбувається скорочення набору загальнозначущих норм і цінностей [3, с. 80], не лише поширене незнання загальних начал культури, виражених у праві, а й стираються грані між нормою та патологією. Помітною стає відмова людини від тієї суб'єктності, яка представлена в концентрованому вигляді в праві європейської цивілізації. Фактично руйнується звична суб'єктивність як активне й відповідальне начало буття в нормативно організованому суспільстві, а інституціональні структури вже не можуть погоджувати діаметрально розбіжні цілі та інтереси. Усе це призводить до підриву імунної властивості права, його можливості бути сферою узгодження інтересів і системою подолання конфліктів. Можна констатувати, що сучасне життя створює великі труднощі на шляху правової соціалізації людини, її становлення як правової особистості, оскільки складається ситуація несприйнятливості права та відмови від руху до правової суб'єктності.

Сучасна людина перебуває ніби в двох вимірах, що визначають її роздвоєння: з одного боку, вона живе в кордонах цивілізації, спрямованої до центрації, а з іншого – у культурі, налаштованій на децентрацію. Однак ситуація, що деіндивідуалізація права не може бути перешкодою для його використання як сфери персоналізації, навряд чи в сучасному суспільстві можлива поза правом. Тому традиційно визнаний пріоритет об'єктивного права над суб'єктивним втрачає сенс. Суб'єктивне право виводиться в центр правової реальності, відображаючи плюралістичну картину буття. Не випадково навіть уявлення про право (праворозуміння) починає виходити не з регулятивних його характеристик, а з координації дій суб'єктів і сфер їх соціального буття.

Як справедливо зазначено в юридичній літературі, ми сьогодні тільки наближаємось до того, що стало майже аксіомою в дореволюційній юриспруденції, а саме до розуміння того, що суб'єкт права, правова особистість є зовсім не правовою посередністю як певна типова фігура, а індивідуальністю, правовою особистістю.

З проблемою змін в імунній системі права та постановленням суб'єктивно-

го права в центр правової реальності пов'язані твердження про необхідність визнання особливої форми буття права – актуального права, що має свої специфічні джерела, сформованого особливими шляхами та особливими суб'єктами. Це актуальне право розглядається як сукупність норм, створюваних громадянським суспільством і державою у сфері законодавчого регулювання під час реалізації права та виконання функцій конкретизації, адаптації й корекції законів, оновлення правової системи [4].

У сучасних умовах особливо важливе утвердження ідеї багатогранності суб'єкта права як правової особистості, яка містить у собі різноманітність правових зв'язків. Зауважимо, що уявлення про суб'єкта як певне начало всього правового, вихідну точку відліку всіх правових явищ і центр системи правових координат дає змогу подолати ту неспроможність механізму дії права, яка дедалі більшою мірою помітна у зв'язку з високим рівнем індивідуалізації суспільства. Фактично індивідуалізоване суспільство – це виклик праву, яке має реагувати на цей виклик не лише виведенням суб'єкта в центр правової системи, а й відповідною персоналізацією всіх компонентів правового буття, що відображається в його імунній властивості. У представленому ракурсі перспективним є розгортання досліджень у межах правової антропології, де здійснюється кореляція «образу права» й «образу людини» стосовно сучасного стану правової реальності [5, с. 232–233]. Кардинальні зміни «образу людини» доби постмодерну повинні відповідними новими положеннями підкріплювати «образ права», який традиційно виходить не лише зі здібності людини бути суб'єктом права, а й із визнання права за іншими бути такими ж. На нашу думку, персоналізація права за доби постмодерну не тільки принципово змінює становище суб'єкта права в правовій системі, а й формує розгорнуту палітру фарб, за допомогою яких може бути виписана індивідуалізація правового життя сучасного суспільства.

Незважаючи на загальнотеоретичний статус, будь-яка дефініція права розглядається насамперед у призмі її практичного використання. Зауважимо, що неминуче існування різноманіття визначень права пов'язане з його багатоликістю, незвідністю до норм, відносин, ідей. Більше того, різноманітність визначень права зумовлена також його існуванням в інституціональному, загальносоціальному й філософському вимірах [6], коли досить складно перекинути місток від права як нормативної системи до права як еталону свободи, справедливості, порядку. Однак особливості розвитку людини, суспільства й держави постійно диктують цю необхідність розвитку дефініції права, тому неминуча поява нових його характеристик і визначень.

Сьогодні ще більше, ніж у минулі роки, утвердилось уявлення про те, що недоцільна постановка питання про вихід до єдиного визначення поняття права. Зауважимо, що навіть у радянській юриспруденції, коли визначення права мало бути єдино правильним та нав'язувалось ученим і практикам, насправді існували й використовувались різні його дефініції.

Стрімкість змін у житті сучасного суспільства, дедалі більша його індивідуалізація та глобалізація відображаються в кардинальних змінах правової реальності, що позначається на всьому використовуваному правовому інструментарії та професійній підготовці юристів. При цьому помітні не лише зростаюча антропологізація та аксіологізація права, а й дедалі більша його духовна спрямованість, що дисонує з усталеним протягом століть раціоналізмом і відокремленням правових нормативів від релігійних канонів. У призмі нової актуальності набувають питання аксіоматичних начал (постулатів) права.

У сучасному філософському словнику постулат (лат. postulatum – вимоги) визначається як стан, який служить

підставою для здійснення змістовних міркувань і висновків. При цьому йдеться про те, що навряд чи допустиме ототожнення постулату з аксіомою, оскільки постулат передбачає меншу строгість і лінійність висновків, відсутність жорсткого слідування правилам логічної функції, що саме дає змогу розрізняти сфери застосування аксіом (природно-наукове знання) і постулатів (соціогуманітарне знання). Показово, що наявність у системі знання постулатів характеризує її як досить розвинену з позиції рефлексії над своєю логічною структурою та еволюцією [7, с. 787].

Помітно, що сучасна юриспруденція як система знань виробила свої аксіоматичні начала, які можуть бути представлені як постулати права. Вважаємо, що постулати права не варто ототожнювати з принципами права, які як основоположні ідеї пронизують усю правову сферу.

Високий рівень формалізації правової сфери привів до того, що визначальним постулатом стає праворозуміння, а побудова правової теорії (юриспруденції) часто здійснюється за допомогою аксіоматичного методу як роботи з формалізованою системою (системою права або правовою системою) [8, с. 107–114].

Серед найважливіших постулатів права, які забезпечують аксіоматичний характер правової сфери, виділяється постулат правового дуалізму, виражений у поділі права на природне й позитивне, об'єктивне та суб'єктивне, приватне й публічне, матеріальне та процесуальне.

Отримав визнання постулат, часто іменований правовим плюралізмом, що виступає як наявність у правовому житті різноманітних джерел права. У системі соціального регулювання використання терміна «джерела права» дає можливість, по-перше, відмежувати сферу права від інших сфер соціального життя, по-друге, забезпечити різноманітність використовуваних у правовому житті суспільства джерел права, а по-третє, виділити зв'язки, що існують між джерелами права, та вийти до системи джерел права.

У розвитку сучасних правових систем превалювання одного із джерел права у вигляді придушення інших джерел права (правовий монізм) не допускається. Характерна у зв'язку із цим практика радянської правової системи показала неспроможність такого походу. Сьогодні законодавче (статутне) право з його основним джерелом – нормативно-правовим актом – не лише переживає серйозну кризу, а й дедалі більшою мірою включає у своє середовище використання прецедентного права, нормативних договорів, правових звичаїв, юридичної доктрини тощо. Особливо яскраво прояви постулату правового плюралізму виражені в затвердженні системи джерел права та їх ієрархії.

Інший значущий постулат пов'язаний із цілісністю правової системи та постає як постулат правової цілісності. Він фіксує два важливі моменти правового буття: по-перше, у соціумі за допомогою права досягається з'єднання в ціле певних спільностей людей, для яких правові нормативи й рішення виступають об'єднуючим фактором; у сучасному світі неможливо уявити існування суспільства як ціле поза правом і без права; по-друге, не можуть розглядатись як право навіть такі значущі його складники, як правова норма, правовідносини, акти реалізації права тощо. Відомо, що навіть до догми права, за всього її значення для механізму дії права, не може бути зведене право. Постулат правової цілісності спрямований на визнання багатогранності правового буття та незвідність права до одного з його складників.

Постулат правової забезпеченості пов'язаний, по-перше, з легалізацією й легітимацією права, по-друге, з утвердженням суворо визначеної послідовності дій (процедурою, процесом), а по-третє, із застосуванням державного та іншого передбаченого примусу.

Зрештою, аксіоматичне значення для права має приналежність до пев-

ної правової сім'ї, що виражається за допомогою постулату правової приналежності. Питання про правову приналежність має принципове значення не лише з позиції історії розвитку певної правової системи, а й для ефективного вирішення проблем правової політики, особливо в умовах процесів глобалізації міжнародного права та інтеграції національних правових систем. Вирішальне значення під час визначення приналежності правової системи до певної правової сім'ї мають ті чинники, які дають підставу констатувати таку приналежність. Систему цих складників іменують правовим стилем, до його змісту включають п'ять факторів: історичне походження й розвиток правової системи, панівну доктрину права та її специфіку, специфічні правові інститути, джерела права та їх інтерпретацію, особливості правової ідеології. Кожна національна правова система має свій стиль, однак у ньому є щось спільне, що дає змогу свідчити про правову приналежність цієї правової системи до будь-якої правової сім'ї.

Таким чином, аксіоматичні начала права складають постулати праворозуміння, правового дуалізму, правового плюралізму, правової цілісності, правової забезпеченості й правової приналежності.

Розглядаючи процес розвитку права в різних культурах і цивілізаціях, можна виділити такі явища:

1) парадигми донаукового праворозуміння (міфологічне, теологічне), які існували в період, коли юриспруденція ще перебувала в стадії становлення та не існувала як самостійна галузь гуманітарного знання;

2) парадигми наукового праворозуміння, коли відбувся поділ сфер релігійного й світського та коли розвиток світської сфери став визначатись раціональністю, зав'язаною на можливостях людського розуму. Інакше парадигми цього періоду (нормативна, соціологічна, психологічна тощо) можуть бути названі парадигмами юридичного раціоналізму;

3) парадигми постнаукового праворозуміння, існування яких припадає на добу постмодерну, коли відбувається криза раціональності та з'єднуються знання й віра, закономірності та випадковості, істина й цінність. Парадигми цього періоду (антропологічна, комунікативна, інтегративна, ціннісно-нормативна тощо) можуть бути названі парадигмами праворозуміння постмодерну.

Загалом на основі представлених підходів до правової реальності, а також з урахуванням принципових змін у праві й державі доби постмодерну можна запропонувати визначення поняття права, яке відображає одну з можливих парадигм праворозуміння – ціннісно-нормативну, що виражає імунну властивість права та його спрямованість на ефективність і надійність функціонування. Право – це історично сформована, морально обґрунтована й релігійно вивірена, легалізована ціннісно-нормативна система, розрахована на загальне визнання (легітимацію) і відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот, у якій використовуються процедури, формалізовані рішення та державний примус для попередження й вирішення конфліктів, збереження соціальної цілісності.

Специфіка пропонованого праворозуміння виражається насамперед в уявленні про право як ціннісно-нормативну систему, що підкреслює не лише нормативний, а й ціннісний сенс усього механізму дії права. Із цих позицій право є вираженням надійності та спрямовується на закріплення, ранжування, перерозподіл та охорону існуючих цінностей, а також на інформування про цінності, які таким чином стають цінностями права. Водночас у самому праві складаються різноманітні специфічні цінності (правові цінності), які несуть у собі цивілізаційні й культурні відкладення, пов'язані з розумінням свободи, справедливості, порядку, збереження себе, близьких і всієї соціальної цілісності.

У ціннісно-нормативному праворозумінні виражається імунна властивість

права та його трансляція через століття й покоління за допомогою правового менталітету, правових традицій, правових інститутів, що дає можливість простежити історичну зумовленість права, його моральну обґрунтованість і відповідність традиційним релігійним підставам.

Важливо підкреслити, що ціннісно-нормативна система права розрахована на її визнання народом, тобто легітимацію, яка забезпечує цій системі надійність, дієвість та ефективність. Безперечно, легітимність – це лише важлива передумова того, щоб правовий механізм функціонував, оскільки навряд чи можна вирішити завдання правового впливу, не використовуючи такі правові інструменти, як стійкі процедури, формалізовані рішення та засоби державного примусу.

Зрештою, центральними ідеями ціннісно-нормативного праворозуміння виступають, по-перше, конфліктне призначення права, а по-друге, необхідність збереження існуючої соціальної цілісності. Імунна характеристика права та її вираження в професії юриста пов'язується з можливостями попередження виникнення конфліктних ситуацій, а за виникнення конфліктів – оптимального їх вирішення. Так само надійність права як відображення його імунної властивості з моменту його становлення й донині пов'язується із забезпеченням цілісності людського існування від роду та племені в стародавньому суспільстві до сім'ї й держави в сучасному житті.

Використання в сучасному праві ціннісно-нормативного типу легітимації дає змогу долати розрив, що посилюється, між соціальною ситуацією та правовою нормою. Саме імунна характеристика права пов'язана із ціннісною легітимацією правової системи. При цьому необхідно підкреслити, що право завжди виступає як ціннісно-нормативна система. Інша справа – з'ясування відповіді на питання про те, у яких обсягах і за якими напрямами цей ціннісний складник використовується для вирішення конкретних завдань забезпечення механізму дії права.

Імунна властивість права зумовлює його особливості як особливої нормативної сфери належного, єдність цієї нормативності із цінностями права та правовими цінностями. У зв'язку із цим використання поняття «легітимність» у ставленні до права як підпорядкування йому всіх можливих зацікавлених осіб є також вираженням імунної характеристики права – надійності соціального буття.

Варто сказати, що імунна властивість права підривається інфляцією права, яка, зокрема, виражається в невідповідності кількості правових нормативів соціальним потребам людини й суспільства.

В Україні особливо зрима ця інфляція у сфері законотворчості, де кількість законодавчих актів починає переходити всі розумні межі. Прагнення до дедалі більшої кількості законів не приводить до підвищення їх ефективності, а навпаки, робить їх в очах населення більш приниженими, такими, що втрачають ореол відомої висоти й надзначущості. Інфляція права проявляється у вигляді невідповідності положень і нормативів чинного законодавства нормам Конституції України, у винесенні державно-владних рішень, розбіжних із вимогами верховенства права й верховенства закону, у нездійсненні винесених судових рішень тощо. Загалом інфляція в правовій сфері може свідчити про нездатність існуючої державної влади відповідати принципам і вимогам правової держави. Інфляція права призводить до підміни механізму дії права іншими формами й засобами соціального та асоціального регулювання, а отже, призводить до підриву імунних можливостей права.

Імунний характер права помітно позначається на використанні різноманітних правових засобів. Зокрема, стосовно використовуваних правових санкцій вони можуть бути розділені на «автоматичні» та «неавтоматичні», при цьому перші застосовуються без виник-

нення спеціальних юридичних фактів. Найбільш широке поширення «автоматичні санкції» отримали в міжнародному праві. Зауважимо, що як особливий вид правових санкцій «автоматичні санкції» зумовлені юридичними фактами у вигляді протиправної або заслуженої поведінки адресата, негайного їх здійснення та незмінного правового статусу адресата [9, с. 18–19].

На нашу думку, правове життя має не лише координуватись за допомогою науково обґрунтованої, стратегічно та тактично вивіреної правової політики, а й спиратись на використання імунних властивостей права та різних засобів апологізації права.

Апологізація права за доби постмодерну повинна здійснюватись з урахуванням кризи тих фундаментальних характеристик права, якими воно володіло в епоху модерну (об'єктивізму, раціональності, фундаменталізму, стабільності й одномірності). Тому так важливо виявити ті позитивні риси, які склали основу існування права епохи постмодерну. Можна погодитись із думкою І.Л. Честнова про те, що такими мають стати, по-перше, визнання для права мінливого змісту, тобто опора не так на статику, як на динаміку права за збереження його нормативності; по-друге, з'єднання в праві об'єктивності, що виражає його нормативність, та активності суб'єкта; по-третє, поєднання в праві протилежних елементів (належного й сущого, матеріального та ідеального, загального й особливого тощо), що забезпечить діалоговий характер права [10, с. 29].

У наш час право неминуче модифікується в ціннісно-нормативну систему з ієрархізованою системою цінностей у правовій сфері з уявленнями про можливість розбіжностей між такими визначальними цінностями, як свобода, справедливість і порядок, та у зв'язку із цим із ситуативною перевагою кожної із цих цінностей правового буття, що відображає імунну функцію сучасного права та досягнення ним дієвості, ефективності й надійності.

Ключові слова: міське право, імунні властивості права, ціннісно-нормативне праворозуміння.

У статті на прикладі формування й функціонування міського права показано виконання правом своїх імунних функцій, які виражаються також у його спрямованості на зменшення кількості неправомірних дій за рахунок формування системи правових засобів. Для сучасного міського права стає дедалі характернішим центрування цих правових засобів довкола суб'єкта права, який починає відігравати принципову роль у правовому житті.

В статье на примере формирования и функционирования городского права показано выполнение правом своих иммунных функций, которые выражаются также в его нацеленности на уменьшение количества неправомерных действий за счет формирования системы правовых средств. Для современного городского права становится все более характерным центрирование этих правовых средств вокруг субъекта права, который начинает играть принципиальную роль в правовой жизни.

The article on the example of the formation and functioning of city law shows the fulfillment of the right of its immune functions, which are expressed, among other things, in its focus on reducing the number of illegal actions due to the formation of a legal system. For modern city law, it becomes increasingly characteristic to center these legal means around the subject of law, which begins to play a principled role in the legal life.

Література

1. Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории / Н. Луман ; пер. с нем. И.Д. Газиева ; под ред. Н.А. Головина. – СПб. : Наука, 2007. – 643 с.

2. Арменопул Константин. Ручная книга законов, или Шестикнижие, или о законах

судебных, обрядах вольности и возвращения имущества : в 2 ч. / Константин Арменопул. – СПб. : Сенатская тип., 1854. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.rsl.ru/ru/record/01002941167.

3. Шугуров М.В. Правовая субъектность и инверсии современной культуры / М.В. Шугуров // Общественные науки и современность. – 2005. – № 1. – С. 79–85.

4. Муравский В.А. Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом : [монография] / В.А. Муравский. – Екатеринбург : Изд-во Гуманитарного ун-та, 2004. – 444 с.

5. Философия права / под ред. О.Г. Данильяна. – М. : Эксмо, 2006. – 416 с.

6. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.

7. Новейший философский словарь / науч. ред. А.А. Грицанов. – 3-е изд., испр. – Минск : Книжный Дом, 2003. – 1280 с.

8. Оборотов Ю.Н. Правопонимание как аксиоматическое начало (постулат) права / Ю.Н. Оборотов // Право Украины. – 2001. – № 1. – С. 107–114.

9. Васильев П.В. Автоматические санкции в российском праве (теория, практика, техника) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / П.В. Васильев ; Нижегородская академия МВД России. – Нижний Новгород, 2014. – 35 с.

10. Честнов И.Л. Теоретико-методологические основания взаимоотношения общества и права / И.Л. Честнов // Право и общество: от конфликта к консенсусу / под общ. ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб., 2004. – С. 25–33.

УДК 340.116:(316.334.55/56+911.357)

О. Мельничук,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри загальнотеоретичної юриспруденції
Національного університету «Одеська юридична академія»

КУЛЬТУРНИЙ СТАТУС МІСТА ЛЬВОВА У ФОРМУВАННІ ЙОГО ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Львів є українським містом, культурний, мистецький і соціально-політичний образ якого є одним із найбільш популярних не лише в Україні, а й за її межами. Не випадково в засобах масової інформації Львів часто характеризують як «брендове місто», тобто як специфічну марку, товар, який має значний економічний потенціал. При цьому характерна й та обставина, що міське право Львова в його історичній ретроспективі є чи не найбільш дослідженим. Безумовно, цьому сприяють також тривала історія розвитку міського права Львова на основі Магдебурзького права та особливості цієї специфічної правової цілісності. Важливий і той аспект міського права у Львові, що самі львів'яни будь-яким чином пропагують інакшість свого міста, його несхожість із жодним іншим обласним центром України.

У контексті проблем формування правових систем сучасних українських міст Львів є одним із найбільш прогресивних осередків розвитку міського права. Це, як видається, пов'язано насамперед із тим, що міське право сучасного Львова багато в чому формується під впливом культурного фактора. Якщо рушійною силою, джерелом міського права Києва є його столичний статус, то для Львова такою рушійною силою стає необхідність збереження культурної спадщини й образної неповторності міста. При цьому можна помітити, що порівняно з правовою системою Києва мета, яка виступає ключовим фактором формування міського права Львова, а саме збереження унікальної культурної спадщини, виявилась набагато потужнішим чинником забезпечення цілісності міського правового простору.

Як уже зазначалось, мета правової системи полягає в забезпеченні цілісності й нерозривності правового простору, його сконцентрованості довкола ціннісно-нормативної системи, що забезпечує передбачуваність правових наслідків тих чи інших вчинків. При цьому помітно, що столичний статус Києва є менш ефективним консолідуючим фактором, ніж культурний статус Львова.

До речі, варто наголосити на тому, що цю думку підтримують самі львів'яни. Так, Т.Я. Пастух, досліджуючи психологічні та ціннісні аспекти іміджу Львова, встановила, що городяни охоче підтримують загальну історико-культурну спрямованість формування образу Львова. Історична спрямованість міста визначалась за допомогою твердження, що «Львів – місто, яке підтримує традиції». Твердження в середньому було оцінене в 6,31 бала. Це свідчить про те, що Львів є досить консервативним містом, яке підтримує традиції, що склались у ньому історично. З огляду на таку оцінку імідж Львова має бути зорієнтований на підтримку історичних традицій, оскільки місто має для цього всі необхідні ресурси [1, с. 140].

У 1972 р. ЮНЕСКО прийняла Конвенцію про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини. У ній під визначенням поняття «культурна спадщина» мається на увазі таке: «пам'ятки: твори архітектури, монументальної скульптури й живопису, елементи або

© О. Мельничук, 2016

структури археологічного характеру, написи, печери і групи елементів, які мають видатну універсальну цінність із точки зору історії, мистецтва чи науки; ансамблі: групи ізольованих чи об'єднаних побудов, архітектура, єдність або зв'язок із пейзажем яких являє видатну універсальну цінність із точки зору історії, мистецтва чи науки; визначні місця: твори людини або спільні творіння людини й природи, а також зони, у тому числі археологічні визначні місця з точки зору історії, естетики, етнології чи антропології» [2].

Львівський історик В.П. Бадяк зазначає, що історія Львова може бути описана крізь призму розвитку механізмів та інструментів захисту його культурного середовища, що було пов'язано з тією обставиною, що в діалектичній і строкато-суперечливій практиці формувався полінаціональний образ Львова, у якому переплелись різні історико-культурні уподобання, властиві як східним, так і західним традиціям [3]. У грудні 1998 р. в Кіото відбулась знакова подія в новітній історії Львова: Комітет всесвітньої спадщини ЮНЕСКО вніс у свій Список всесвітньої спадщини (реєстраційний № 865) історичний архітектурно-містобудівний комплекс центральної частини міста разом із горою Високий замок та ансамблем собору Святого Юра загальною площею близько 120 га. Це другий об'єкт України в Списку всесвітньої спадщини (після внесення до нього в 1990 р. Святої Софії та ансамблю будівель Києво-Печерської лаври). У червні 2011 р. до цієї когорти долучено архітектурний ансамбль Чернівецького університету – колишню резиденцію митрополитів Буковини й Далмації, збудовану в 1864–1882 рр. Завдяки приналежності до ЮНЕСКО Львів потрапив до організації міст світової спадщини Центральної та Східної Європи, Ліги історичних міст, Організації міст світової спадщини євразійського регіону.

У спеціалізованій літературі підкреслюється, що в розвитку Львова ця подія посідає особливе місце, оскільки вона зумовила становлення нормативних засад охорони культурної спадщини не лише на рівні національного законодавства, а й у призмі формування нормативів міського права. Хоча при цьому фахівці [4, с. 35] визнають, що поштовхом до цього став Указ Президента України «Про збереження історичної забудови у центральній частині міста Львова» [5]. На сьогодні саме цей фактор є визначальним у становленні міського права Львова та розвитку його правової системи.

Статус міста як культурної столиці держави, а також необхідність дотримання вимог, пов'язаних зі збереженням цілісності об'єктів всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, накладають помітний відбиток на формування системи нормативних і програмних актів, що ухвалюються Львівською міською радою. Цей вплив виявляється навіть на рівні цілком стандартних актів, таких як Правила дотримання тиші у громадських місцях на території м. Львова. Пункт 4.1.3.3 цього акта передбачає, зокрема, заборону використання піротехнічних засобів на території історичної забудови, внесеної до Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО [6]. Схоже положення закріплене в преамбулі та п. 2.1 Положення про акустичний режим у м. Львові [7].

Однак збереження культурної спадщини в міському праві Львова виходить також за межі тих кордонів, які встановлені ЮНЕСКО. Це зумовлено загальним культурним образом Львова та прагненням городян і міської влади до його збереження.

Так, у цьому контексті можна згадати декілька актів. Це, наприклад, Положення про територію музею-заповідника «Личаківський цвинтар», метою якого є збереження пам'ятних поховань і формування спеціального правового режиму відповідної міської території [8]. Формування специфічної просторової ідентифікації є типовим прийомом у міському праві Львова, що, на наше переконання, пов'язано саме з прагненням зберегти культурну

спадщину міста, підкреслити особливий статус місць пам'яті та взаємодії з ними на рівні повсякденного життя. Такий прийом дає змогу правовій системі Львова, з одного боку, розвиватись у напрямі формування просторових правових режимів, а з іншого – не втрачати загальний контекст міської історії та культури.

Інтерес також викликає Програма збереження історичних цінностей Львівської національної наукової бібліотеки України імені Василя Стефаника [9]. Вона була розроблена Львівською національною науковою бібліотекою України імені Василя Стефаника згідно з рекомендаціями Генеральної конвенції ЮНЕСКО та спрямована на збереження в Україні унікальних бібліотечних та архівних фондів XI – XX століть, які є національним надбанням українського народу. Метою програми стало об'єднання зусиль Національної академії наук України, органів місцевого самоврядування, місцевих органів виконавчої влади та громадських організацій для забезпечення належних умов зберігання фондів бібліотеки, зокрема й унікальних і рідкісних збірок, які, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку наукових об'єктів, що становлять національне надбання, та внесення змін до Положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 р. № 174» [10], визнані національним надбанням українського народу та не можуть бути відновлені в разі їх втрати.

Культурний статус Львова є постійною підставою для ухвалення тих чи інших нормативних та індивідуальних правових рішень. Наприклад, 21 серпня 2008 р. Львівською міською радою було ухвалено Положення про порядок в'їзду автомобільного транспорту на територію центральної частини м. Львова, внесеної до Списку світової спадщини ЮНЕСКО [11]. Положення визначало територію в межах вулиць Валової, пр. Свободи по лінії житлової забудови, Вірменської, Театральної, Л. Українки, Підвальної та запроваджувало механізм урегулювання порядку проїзду автомобільного транспорту на цій території. 9 грудня 2005 р. цей порядок було скасовано через корупціогенний складник (ним передбачалась видача платних перепусток для мешканців міста та представників юридичних осіб).

З метою збереження культурної спадщини у Львові також було розроблено й ухвалено Концепцію розміщення зовнішньої реклами у м. Львові [12] та Правила розміщення зовнішньої реклами у м. Львові [13]. Перший акт є здебільшого програмним і містить незначну кількість нормативних положень. Головні пріоритети Концепції розміщення зовнішньої реклами у м. Львові зумовлені метою здійснити перехід на якісно новий рівень забезпечення мешканців та гостей міста рекламно-інформаційною продукцією на основі врахування особливого статусу міста як надбання світової спадщини ЮНЕСКО, формування рекламної інфраструктури в архітектурному середовищі міста з урахуванням конкретних містобудівних умов візуального простору, історичних і ландшафтних його аспектів. Цей документ встановлює систему правових принципів, відповідно до яких має здійснюватись розміщення реклами у Львові, а саме: законності, точності, достовірності, безпечності, історичності, толерантності стосовно сформованого урбаністичного середовища, пріоритетності сприйняття існуючої історичної забудови.

На нашу думку, такий підхід до формування культурно-історичного простору Львова є досить репрезентативним із позиції інституціоналізації правової системи цього міста. Фактично в міському праві Львова закріплено принципи конкретного інституту міського права – інституту розміщення реклами. Цей інститут виходить за межі національного законодавчого регулювання, оскільки його джерелом і призначенням виступають інтереси й потреби конкретного міста. При цьому

показово, що Концепція розміщення зовнішньої реклами у м. Львові, на відміну від багатьох інших програмних актів, які характерні для сучасного міського права, передбачає створення інституційного механізму реалізації відповідних положень та принципів. Так, у документі зафіксовано, що оформлення дозвільної документації та координацію робіт із проектування й розміщення зовнішньої реклами, реалізацію єдиної політики, комплексного художнього, світлового й рекламного оформлення міста здійснює робочий орган, який утворюється міською радою для регулювання діяльності з розміщення зовнішньої реклами та здійснює свою діяльність на основі положення про нього й чинного законодавства.

Правила розміщення зовнішньої реклами у м. Львові продовжують і розвивають положення й ідеї цієї концепції. Крім визначення повноважень дозвільного органу, створеного при Львівській міській раді для видачі дозволів та контролю за належним виконанням вимог правил, у них наводиться досить розгорнуте та детальне рекламно-містобудівне зонування Львова. Відповідно до нього місто має чотири зони: центральну, зону історичного ареалу, зону транспортних вузлів і зону сучасної забудови. На перші дві зони поширюються додаткові обмеження щодо використання рекламних засобів. Так, у Правилах розміщення зовнішньої реклами у м. Львові зазначається: «У разі розміщення рекламного засобу в межах території історичної забудови, внесеної до Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, та в зоні історичного ареалу управління архітектури департаменту містобудування додатково передає копію запиту в управління охорони історичного середовища. Управління архітектури департаменту містобудування (з урахуванням відповіді управління охорони історичного середовища) упродовж 20 робочих днів від дня отримання запиту надає розповсюджувачу через управління «Дозвільний офіс» відповідне архітектурно-планувальне завдання або вмотивовану відмову щодо можливості розміщення рекламного засобу на заявленому місці» [13].

У цьому ж контексті варто розглядати також приписи Положення про порядок розміщення у м. Львові технічних елементів (пристроїв) ззовні будинків і споруд, зокрема норму, відповідно до якої забороняється розміщення та встановлення технічних елементів (пристроїв) на видимих із боку вулиць і площ фасадах, стінах будинків та споруд, що перебувають на території історичної забудови, включеної до Списку світової спадщини ЮНЕСКО, а також на видимих із боку вулиць (площ) фасадах, стінах будинків і споруд – пам'ятках архітектури [14].

Культурна спадщина Львова накладає відбиток також на нормотворчу діяльність, що пов'язана з розширенням його представництва в системі міст, які є носіями культури певного народу. Якщо для Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО більше значення має унікальна архітектура, то для Львова також значну роль відіграє прагнення закріпитись як культурної столиці не лише України, а й усієї Східної Європи. Саме в цьому ключі докладаються зусилля до закріплення за Львовом статусу «міста літератури ЮНЕСКО» [15].

З культурним образом Львова пов'язані не лише нормативний, а й інституційний і комунікативний складники правової системи міста. Наприклад, про це можна говорити в контексті проведення в ньому за рахунок коштів міського бюджету конкурсів та інших культурних заходів, спрямованих на культурну промоцію міста, удосконалення його урбанізованого середовища тощо. Так, у 2010 р. було проведено міжнародний відкритий конкурс архітектурних, дизайнерських і ландшафтних проектів для впорядкування місць, пов'язаних із єврейською історією в м. Львові. Метою цього заходу було звернення уваги на багатоетнічне минуле Львова та збереження його багатокультурної спадщини, а основне завдання – забезпечити пошук найкращих рішень з облаштування територій,

охоплених конкурсом, з метою покращення умов життя для мешканців і гостей міста. Одне із завдань конкурсу також полягало в тому, щоб звернути увагу на усвідомлення багатоетнічного минулого Львова за допомогою нового відкриття та показу єврейської спадщини міста. Конкурс має допомогти в підтримуванні такого усвідомлення через меморіалізацію та візуалізацію в міському просторі майже цілком втраченої єврейської спадщини [16].

Інституційне забезпечення збереження культурної спадщини у Львові здійснюється через функціонування Ради з питань управління історичним містом, до кола повноважень якої входять усі питання, пов'язані зі збереженням історичної забудови в центрі Львова, реалізація міських цільових програм, спрямованих на розвиток Львова як культурного центру країни, тощо [17].

Однак, незважаючи на значні правові й організаторські зусилля, Львову не завжди вдається дотримуватись високої планки, встановленої стандартами ЮНЕСКО. Про це, зокрема, пишуть культурологи [18] та журналісти [19]. Так, Ю.В. Опалько визначає такі основні проблеми розвитку культури на прикладі Львова: недостатнє бюджетне фінансування; нераціональний розподіл наявного бюджетного фінансування; брак системності й координації в діяльності органів державної влади зі збереження культурно-історичної спадщини; недостатній контроль за виконанням чинних законів, правових актів та прийнятих рушень; необхідність удосконалення нормативно-правової бази; відсутність стимулів для залучення приватних коштів; неповне використання потенціалу співробітництва органів державної влади з недержавними організаціями; недостатню активність органів на рівні міждержавних відносин щодо реституції (повернення) культурних цінностей; низький рівень обізнаності з українськими пам'ятками у світі [20].

Як бачимо, розвиток правової системи Львова не просто визначається його культурним статусом і належністю до Організації міст світової спадщини, а зосереджений довкола цього специфічного соціального та правового становища міста. Тому можна очікувати, що подальше становлення міського права у Львові орієнтуватиметься саме на парадигму збереження, охорони й промоції культурних пам'яток. У цьому сенсі правова система Львова заздалегідь призначена бути максимально консервативною в розвитку урбанізованого простору.

Однак це не означає, що все міське право Львова націлене винятково на культурний складник його функціонування. Як свідчить нормотворча діяльність Львівської міської ради, значна увага приділяється інноваційному та економічному розвитку міського середовища. Наприклад, у Концепції розвитку індустріального парку м. Львова зазначається, що, будучи колишньою столицею Галичини та найбільш населеним містом Західної України (близько 850 тисяч мешканців), Львів відомий як ворота з України до інших країн Європи. Місто розташоване на відстані 160 км від географічного центру Європи. Через Львів проходять міжнародні транспортні коридори, адже Міжнародний аеропорт «Львів» імені Данила Галицького сполучає місто з більш ніж 13 країнами Європи. Львів – центр залізничного сполучення регіону, серед основних напрямків – Федеративна Республіка Німеччина, Республіка Польща, Австрія, Словацька Республіка, Угорщина, Чеська Республіка, Російська Федерація, Латвійська Республіка, Румунія [21]. Усі ці обставини, на думку розробників Концепції розвитку індустріального парку м. Львова, є важливими передумовами для того, щоб Львів оформлювався також як економічний центр західного регіону країни.

Для цього на основі концепції було розроблено й ухвалено проект створення індустріального парку «Рясне-2», метою створення якого є залучення інвестицій в економіку міста, забезпечення сприятливих умов для функціонування

та розвитку промислових підприємств, поліпшення інвестиційного іміджу міста, забезпечення економічного розвитку й підвищення конкурентоспроможності території, створення нових робочих місць, збільшення надходжень до міського бюджету м. Львова та Державного бюджету України, розвитку сучасної виробничої й ринкової інфраструктури [22].

Цікава також та обставина, що в програмних правових актах, які ухвалюються в межах міського права Львова, приділяється увага проблематиці прав людини. Так, наприклад, у Програмі урбаністичного розвитку м. Львова на 2015–2016 роки вказано, що сталий урбаністичний розвиток міських територій передбачає розгляд будь-якого питання міського розвитку в площині прав людини; так, місто має забезпечувати рівні права й можливості використання простору для всіх його мешканців незалежно від їх віку, стану здоров'я, заможності та способу пересування містом [23].

Акцент на правах городян, як це не дивно, непоширений у сучасному міському праві. Виняток становлять буквально декілька міст (зокрема, Статут територіальної громади Ужгорода). Вважаємо, що це досить перспективний напрям розвитку ідеології прав людини. Львів у цьому сенсі може стати піонером, оскільки урбанізація прав людини може базуватись на ідеї доступу до культурної спадщини людства та формуванні відповідних нормативних та організаційних інститутів.

Отже, правова система міста Львова демонструє свою спрямованість на збереження культурної спадщини, при цьому вона є досить багатогранною для того, щоб можна було констатувати її повноцінність у нормативному й інституційному сенсі. Розвинена та активна нормотворча діяльність Львівської міської ради в поєднанні зі специфічними якостями правової ментальності самих львів'ян і їх прагненням творити несхожість є запорукою інституціоналізації особливого правового простору міста Львова зі своєю правовою стилістикою в правозастосовній діяльності, правовій практиці та комунікаціях.

Консервативність і традиціоналізм як визначальні тенденції розвитку міського права сучасного Львова повинні отримати більш яскраве вираження не лише в програмних та регулятивних правових актах, а й у правозастосовній діяльності органів міської влади, а також у формуванні специфічної міської правової культури, яка вже сьогодні демонструє риси схильності до помірності, поєднаної з прагненням до сталого розвитку та збереженням існуючого стану. Міська правова система Львова формується здебільшого самими львів'янами та їх ставленням до свого міста, прагненням до його ціннісно-нормативної визначеності. На цьому тлі розвиток міської правової системи Львова є важливим і необхідним чинником збереження за ним статусу культурної столиці держави.

Ключові слова: міська правова система, міське право, правова система міста Львова, міське право Львова, правовий статус міста Львова.

Статтю присвячено вивченню культурного чинника у формуванні міської правової системи міста Львова. У статті доводиться, що місто Львів формує свою правову систему довкола ідеї збереження культурної спадщини та закріплення статусу культурної столиці України. На це спрямовані нормативні, програмні та правозастосовні акти, що ухвалюються й діють у межах правової системи міста Львова. Розкрито специфічні інститути, які характеризують цю правову систему, зокрема ті, що стосуються архітектури, та ті, що спрямовані на імплементацію стандартів ЮНЕСКО у сфері збереження культурної спадщини.

Статья посвящена изучению культурного фактора в формировании городской правовой системы города Львова. В статье доказывается, что город Львов формирует свою

правовую систему на основе идеи сохранения культурного наследия и закрепления за собой статуса культурной столицы Украины. На это нацелены нормативные, программные и правоприменительные акты, которые принимаются и действуют в рамках правовой системы города Львова. Раскрывается содержание специфических институтов, которые характеризуют данную правовую систему, а именно те, которые касаются архитектуры, и те, которые направлены на имплементацию стандартов ЮНЕСКО в сфере сохранения культурного наследия.

The article is devoted to the study of the cultural factor in the formation of the city legal system of the city of Lviv. The article proves that the city of Lviv forms its legal system on the basis of the idea of preserving the cultural heritage and securing the status of the cultural capital of Ukraine. Normative, program and law enforcement acts are aimed at this, which are adopted and operate within the legal system of the city of Lviv. The content of specific institutions that characterize this legal system, namely, those relating to architecture, and those aimed at implementing UNESCO standards in the field of cultural heritage preservation, is disclosed.

Література

1. Пастух Т.Я. Львів очима його мешканців: досвід застосування авторської методології оцінки іміджу міста / Т.Я. Пастух // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Соціологічні дослідження сучасного суспільства: методологія, теорія, методи». – 2012. – № 993. – С. 136–140.

2. Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия // Сайт Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://whc.unesco.org/archive/convention-ru.pdf.

3. Бадяк В.П. Становлення засад пам'яткоохоронної роботи у Львові / В.П. Бадяк // Праці Центру пам'яткознавства. – 2010. – Вип. 18. – С. 21–35.

4. Бадяк В.П. Історичний центр Львова у Списку всесвітньої спадщини: здобутки та проблеми / В.П. Бадяк // Праці Центру пам'яткознавства. – 2012. – Вип. 21. – С. 32–48.

5. Про збереження історичної забудови у центральній частині міста Львова : Указ Президента України від 2 липня 1997 р. № 603/97 // Урядовий кур'єр. – 1997. – 8 липня. – С. 2.

6. Про затвердження Правил дотримання тиші у громадських місцях на території м. Львова : Ухвала Львівської міської ради від 28 січня 2010 р. № 3166 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/990B63865C8C9AC2C22576C4004849B8?OpenDocument.

7. Про затвердження Положення про акустичний режим у м. Львові : Ухвала Львівської міської ради від 25 січня 2001 р. № 932 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/003CCE70FF413DCCC22570B3004C7ACB?OpenDocument.

8. Про затвердження положення про історико-культурний заповідник «Личаківський цвинтар» : Ухвала Львівської міської ради від 5 листопада 1990 р. № 2550 (у редакції від 19 березня 2009 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/1B00FB9369E091EFC225758A00508268?OpenDocument.

9. Про погодження Програми збереження історичних цінностей Львівської національної наукової бібліотеки України імені В. Стефаника : Ухвала Львівської міської ради від 3 листопада 2011 р. № 862 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/3F2E77270ABDC47FC2257942004C60DD?OpenDocument.

10. Про затвердження переліку наукових об'єктів, що становлять національне надбання, та внесення змін до Положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 р. № 174 : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 грудня 2001 р. № 1709 (у редакції від 22 жовтня 2008 р.) // Офіційний вісник України. – 2001. – № 51. – Ст. 2305.

11. Про затвердження Положення про порядок в'їзду автомобільного транспорту на територію центральної частини м. Львова, внесеної до Списку Світової

спадщини ЮНЕСКО : Рішення Львівської міської ради від 21 серпня 2001 р. № 396 (втратило чинність) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/01528E435A87360642256AAF0052F365?OpenDocument.

12. Про затвердження Концепції розміщення зовнішньої реклами у м. Львові : Рішення Львівської міської ради від 20 липня 2007 р. № 485 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/871DABE27A726D45C225732F0024C68C?OpenDocument.

13. Про затвердження Правил розміщення зовнішньої реклами у м. Львові : Рішення Львівської міської ради від 21 травня 2010 р. № 569 (у редакції від 17 травня 2013 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/8DEB31C95B658391C22577380022A279?OpenDocument.

14. Про впорядкування розміщення технічних елементів (пристроїв) на фасадах будинків на території м. Львова : Рішення Львівської міської ради від 1 лютого 2002 р. № 028 (у редакції від 9 вересня 2011 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/ED42714AEFE47EA042256B660050691D?OpenDocument.

15. Про утворення робочої групи з питань формування заявки щодо набуття Львовом статусу «Місто літератури ЮНЕСКО» : Розпорядження Львівської міської ради від 27 грудня 2013 р. № 557 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/43BC796501CBD235C2257C51004E752B?OpenDocument.

16. Про міжнародний відкритий конкурс архітектурних, дизайнерських та ландшафтних проектів для впорядкування місць, пов'язаних з єврейською історією у м. Львові : Рішення Львівської міської ради від 6 серпня 2010 р. № 1076 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/B934EA4D3A5E0488C225778300238F02?OpenDocument.

17. Про утворення Ради з питань управління історичним містом : Розпорядження Львівського міського голови від 12 квітня 2007 р. № 117 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/Pool/Info/doclmr_1.NSF/(SearchForWeb)/4B959AFBF1410750C22572BC004AADC8?OpenDocument.

18. Пількевич В.О. Культурні та природні пам'ятки України в Списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО / В.О. Пількевич // Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. Серія «Історія». – 2012. – Т. 171. – Вип. 159. – С. 120–123.

19. Терещук Г.В. Понад 10 років Львів у списку ЮНЕСКО, а ставлення до історичної спадщини варварське / Г.В. Терещук // Радіо Свобода [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.radiosvoboda.org/content/article/1730355.html.

20. Опалько Ю.В. Збереження культурної спадщини в сучасній Україні: проблеми та перспективи / Ю.В. Опалько // Стратегічні пріоритети. – 2007. – № 1(2). – С. 84–86.

21. Про затвердження Концепції розвитку індустріального парку м. Львова : Ухвала Львівської міської ради від 20 вересня 2012 р. № 1734 (втратила чинність) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/51DFA20A22D914B6C2257A8E002DB767?OpenDocument.

22. Про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки для створення індустріального парку у м. Львові на вул. Т. Шевченка, промислова зона «Рясне-2», ділянка 1-1 та про організацію і проведення конкурсу з вибору керуючої компанії індустріального парку : Ухвала Львівської міської ради від 18 липня 2013 р. № 2567 (у редакції від 6 лютого 2014 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/a19074bb3a9b23eac2256ac40046fcb4/92d6c7d693036147c2257bbe00250bab?OpenDocument.

23. Про затвердження Програми урбаністичного розвитку м. Львова на 2015–2016 роки : Ухвала Львівської міської ради від 23 квітня 2015 р. № 4528 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www8.city-adm.lviv.ua/inteam/uhvaly.nsf/(SearchForWeb)/8B085831EA5A4CBBC2257E370050247D?OpenDocument

УДК 340.1

К. Горобец,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры общетеоретической юриспруденции,
докторант
Национального университета «Одесская юридическая академия»

ПРАВО И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА В ПРИЗМЕ СИСТЕМНОГО ПОДХОДА

В современной юриспруденции стремительное развитие юридической компаративистики во многом определило возрастание интереса к теории правовой системы. Научные исследования последних лет наглядно демонстрируют, что вопросы структурно-функциональной и телеологической характеристики правовой системы постепенно становятся сферой монопольного интереса сравнительного правоведения. Между тем общетеоретическая юриспруденция как фундаментальная правовая наука не в меньшей степени заинтересована в поиске тех глубинных теоретических структур, которые лежат в основе процессов институционализации правовых систем.

Одним из вопросов, касающихся теории правовых систем, решение которого лежит именно в плоскости общетеоретической юриспруденции, а не сравнительного правоведения, является вопрос о соотношении права и правовой системы. Действительно, для современных общетеоретических юридических исследований понятия «право» и «правовая система», очевидно, предстают в качестве основополагающих универсальных констант, точек опоры, исходя из которых выстраивается вся система знаний о правовой жизни общества; есть смысл рассматривать их как некие первичные морфемы научного юридического языка. В то же время, не вдаваясь в дискуссии относительно различных типов правопонимания и научно-исследовательских программ, которые предлагают различные трактовки содержания права и его целевой направленности, следует констатировать наличие существенных разногласий в вопросе о соотношении права и правовой системы.

Целью статьи является определение основных нюансов соотношения понятий права и правовой системы с точки зрения системного подхода.

В целом вопросы соотношения права и правовой системы относятся к разряду классических проблем общетеоретической юриспруденции. Пожалуй, наиболее значимыми в этой связи являются работы Г. Харта и Дж. Раза, которые во многом задают тон в восприятии тонкостей соотношения права и правовой системы. Также можно говорить об исследованиях Ю.Н. Оборотова, М.Н. Марченко, Н.И. Матузова и многих других авторов. Предлагаемый в статье ракурс рассмотрения проблемы соотношения права и правовой системы, впрочем, несколько отличается от тех подходов, которые традиционно используются в юридической науке.

Анализ современных воззрений на вопросы соотношения права и правовой системы позволяет утверждать о наличии, по крайней мере, трех основных подходов:

1) понятия «правовая система» и «право» тождественны по объему и могут использоваться как синонимы. Например, такая постановка вопроса часто используется в сфере сравнительного правоведения, когда можно одинаково использовать понятия «право Украины» и «украинская правовая система», «право Франции» и «французская правовая система». Также та-

© К. Горобец, 2016

кой подход встречается в англоязычной юридической литературе, когда речь идет о праве не как о понятии или идее, а как об институциональной системе норм, ценностей и принципов конкретного общества;

2) понятие «правовая система» шире, чем понятие «право». Такая точка зрения пока является доминирующей, что связано прежде всего с популярностью нормативистской трактовки права на уровне научной и учебной литературы. Типичны утверждения, в соответствии с которыми «право является ядром правовой системы». Действительно, если сводить право лишь к системе нормативов, то такой подход оправдан. При этом показательны высказывания о том, что правовая система выступает более широким понятием потому, что включает в себя также некие неюридические элементы правовой действительности. Традиционно к таким неюридическим элементам относят правовую культуру, систему правовых коммуникаций, правовые ценности и так далее. Между тем рассмотрение правовой системы как более широкого по отношению к праву понятия возможно лишь с позиций нормативного правопонимания;

3) понятие «право» трактуется как более широкое, чем понятие «правовая система». С точки зрения этого подхода различие между правом и правовой системой трактуется не в содержательном, а в структурном смысле. Право предстает как некая универсальная структура, идея, обладающая актуальным и релевантным определенной эпохе содержанием, в то время как правовая система предстает как отдельный частный случай реализации этой структуры в конкретном обществе. Другая возможная интерпретация этого подхода связана с принципиальной возможностью существования права также за пределами правовой системы, когда правовая система мыслится в большей степени как некий этап в развитии права.

Именно последний подход следует рассмотреть более детально с точки зрения используемой в нем методологии.

В целом рассмотрение вопросов правовой системы связано с необходимостью осмысления права в его институциональном измерении. Как верно отмечает Дж. Раз, когда речь заходит о правовой системе, то в первую очередь ставится вопрос об идентификации правил: например, почему тот или иной закон относится к французской правовой системе, но не относится к польской и так далее [1, с. 1–2]. В этом он логически следует ключевому аргументу Г. Харта, для которого, как известно, момент возникновения правовой системы связан с формированием системы вторичных правил, тогда как первичные правила могут существовать как право и вне правовой системы (именно в таком русле он рассматривал международное право или древнее право) [2].

В юридической литературе не раз высказывалась мысль, что понятие «правовая система» направлено за пределы структуры права. При этом утверждается, что правовая система является одной из подсистем общества наряду с экономической, политической, религиозной и другими системами, а также обеспечивает целостность и обособленность права в его цивилизационной и культурной специфике [3, с. 187]. Можно согласиться с тем, что правовая система выступает одной из составляющих социальной системы, выполняя, как утверждает Н. Луман, важнейшую иммунную функцию [4, с. 489–492]. При этом необходимо определиться с тем, в каком смысле трактуется понятие структуры права, которое часто используется при построении теории правовой системы.

Следует заметить, что вопросы системного видения права, связанные с постановкой вопросов о его структуре, разнообразных системных параметрах и так далее, довольно сложно разрешить без применения методологического аппарата общей теории систем. В нашей статье среди всего разнообразия общих теорий систем будет исполь-

зоваться параметрическая общая теория систем, разработка которой связана прежде всего с именами А.И. Уёмова и А.Ю. Цофнаса.

С позиций общей теории систем построение любой системы начинается с системного представления объекта. Само системное представление обладает свойством комплементарности, либо дополнительности, и связано с двойственностью любой системы. Эта двойственность выражается в том, что всегда существуют два пути построения системы, а следовательно, и две основные дефиниции системы – реляционная (любой объект является системой, если в этом объекте реализуются какие-то свойства, находящиеся в заранее заданном отношении) и атрибутивная (любой объект является системой, если в этом объекте реализуются некие отношения в соответствии с заранее заданным свойством) [5, с. 42]. В зависимости от того, какой подход (атрибутивный или реляционный) будет избран, будет меняться вся логика рассмотрения системных характеристик объекта.

Однако само по себе системное представление объекта связано с тремя основными категориями теории систем, такими как концепт, структура и субстрат. Концепт – это смысл (свойство или отношение, в зависимости от направленности системного представления), в котором исследователя интересует объект как система. Структура – это системообразующее свойство либо отношение. Субстрат – это та вещь, на которой реализуется структура [6, с. 54–55].

Применительно к соотношению права и правовой системы особым значением обладают последние две категории. Это связано в первую очередь с тем, что концепт как смысл, в котором объект предстает как система, является проблемой, в большей степени тяготеющей к сфере философии права и общетеоретической юриспруденции. Действительно, концептуальное рассмотрение права как системы непосредственно выводит к проблеме правопонимания (при этом, к слову, также возможно применение общей теории систем, особенно при рассмотрении феномена плюрализма правопонимания). В то же время для сравнительного правоведения в большей степени актуальны вопросы, связанные не с концептуальным определением права, а с его структурными и субстратными особенностями.

Структура – самый важный дескриптор системы, именно на неё направлено главное внимание исследователя. Не является исключением и сравнительное правоведение, в частности теория правовой системы, где большинство вопросов так или иначе связаны со структурно-функциональным анализом. Однако системный подход тем и отличается от структурного подхода, структурализма вообще, что при системном подходе структуры рассматриваются не отдельно от вещей, а именно вместе с вещами, то есть интерпретированными.

В то же время анализ публикаций, так или иначе посвященных вопросам методологии сравнительного правоведения, дает основания утверждать, что она в целом является структуралистской по своей общей направленности. Фактически любое сравнение правовых систем как на макроуровне, так и на микроуровне представляет собой поиск универсальных структур, лежащих в основании сравнения. Это предполагает и сам общенаучный метод сравнения [7, с. 214]. Структуралистский подход позволяет рассматривать правовые системы именно с точки зрения абстрактности их структуры, которая реализуется применительно к каждому отдельному актуальному праву.

Для множества современных социологических теорий и философских течений категория структуры определяет весь ход теоретизирования и осмысления реальности. Кроме классического структурализма, представленного в работах Э. Дюркгейма, М. Вебера, П. Сорокина, Т. Парсонса и других ученых, структуры оказались в центре внимания постструктуралистских концепций в философии Ж. Дерриды, Ж. Делёза,

У. Эко, а также социологических учений Э. Гидденса и П. Бурдье.

Прежде всего следует подчеркнуть, что понятие структуры в классическом структурализме рассматривается как результат конструирования аналитических элементов, лишенных конкретно-исторического смысла, безотносительных к определенному историческому периоду или эмпирическим обстоятельствам.

Именно такое видение структуры привело к возникновению постструктурализма в социологии, основная проблематика которого вращается вокруг ключевого утверждения о том, что в структурализме структуры словно живут своей жизнью, а человек рассматривается всего лишь как фигура на шахматной доске, пассивная, бесформенная материя, структуры которой предоставляют готовые формулы поведения [8, с. 99]. Действительно, сравнение правовых систем сегодня во многом именно структуралистское: при рассмотрении вопросов о функционировании, структуре, признаках той или иной правовой системы субъект правовой жизни словно остается «за кадром».

Во многом такая ситуация связана с тем, что структуру права традиционно отождествляют с его нормативной составляющей. Между тем представляется, что в структуру права в равной степени входят как нормы, так и ценности, которые актуализируются субъектами права в правовых ситуациях. Нормативная, ценностная и субъектная составляющие структуры права, погруженные в некое ситуативное пространство, порождают возможность, перспективу возникновения и развития правовой системы со всей совокупностью институтов, отношений и практик. В структурном смысле право первично по отношению к правовой системе, логически предшествует ему, а потому выходит за рамки правовой системы. В связи с этим можно утверждать, что право может существовать и за пределами правовой системы, как структура может существовать за пределами системы.

Методология сравнительно-правовых исследований, используя преимущественно структуралистский подход, стремится выявить закономерности, лежащие в основании развития правовых систем [9, с. 14]. Любая закономерность формируется как суждение, обладающее своим смысловым центром. Иными словами, выявляя закономерности, мы неизбежно центрируем наше знание.

Между тем понятие центра как некоего организующего начала является характерным для структуралистских воззрений. Как утверждал Ж. Деррида, центр – это не объективное свойство структуры, а результат внутреннего убеждения субъекта, результат навязывания смысла, который на самом деле может быть абсолютно иным. Принцип центрации, по мнению философа, пронизывает все сферы жизнедеятельности современного человека: в философии и психологии он ведет к рациоцентризму, который утверждает приоритет дискурсивно-логического сознания над иными его формами; в культурологии – к европоцентризму, который превращает европейскую социальную практику и тип мышления в критерий для анализа иных форм культуры; в истории – к футуроцентризму, который признает историческое настоящее и будущее всегда лучшим, более прогрессивным, нежели прошлое [10, с. 8–9]. Можно продолжить эту мысль и перенести её в плоскость бытия права, поскольку принцип центрации, в том числе в сравнительном правоведении и государствоведении, приводит к нормоцентризму, который возвышает нормативную составляющую права, нередко затмевая тем самым все иные его грани.

Отход от центризма в пользу постструктурализма в восприятии правовых систем связан со становлением правового плюрализма, который проявляется не только в признании множественности источников права и равенства всех правовых теорий, но и в первую очередь в констатации равенства правовых культур и правовых систем. Рассмотрение права с постструктуралистских по-

зиций позволяет говорить о нем как об общечеловеческой ценности.

Таким образом, отход от структуралистских интерпретаций права связан с констатацией множественности ипостасей права, ведь правовая система – лишь одна из них. К числу иных ипостасей можно отнести также правовую реальность, правовую жизнь, правовую культуру и так далее.

Когда же речь заходит о субстрате системы, то чаще всего его рассматривают с точки зрения непосредственного элементного состава конкретной системы. В этом смысле субстрат системы зависит от того, какой концепт и какая структура используются для его интерпретации. Именно поэтому системным представлением называется процедура (как и ее результат) превращения любого объекта в субстрат для некоторой структуры, соответствующей заранее фиксированному концепту. Эта ментальная процедура состоит в том, что исследователь «подводит» вещь под ту структуру, которая была определена ранее. Однако применительно к праву и правовой системе проблема субстрата является, пожалуй, наиболее сложной.

Вопрос о субстратных характеристиках права невозможно разрешить, изначально не поставив вопрос о том, какое структурное измерение к нему применяется. Как отмечалось ранее, здесь возможны два варианта. При атрибутивном структурировании мы должны отталкиваться от неких свойств права, выделяя на этом основании его субстрат. В то же время перечень свойств права достаточно широкий (а что важнее, далеко не исчерпывающий): нормативность, процедурность, общеобязательность, формальная определенность, системность и так далее. Иными словами, здесь снова возникает проблема центрирования: остановив свой выбор на определенном свойстве, исследователь тем самым провозглашает одно из свойств права более значимым, чем другие. Однако следует обратить внимание на то, что подобные исследования уже не раз имели место в юриспруденции. Так, исследования С.С. Алексеева, связанные со структурой права, предстают как системное представление права, основанное на свойстве системности [12]. Основываясь на свойстве нормативности, системное представление права осуществляет М.И. Байтин [13]. Нередко встречаются интерпретации права как системы процедур, особенно в свете все возрастающей значимости практики Европейского суда по правам человека для национальных правовых систем; фактически это то же особое системное представление права, основывающееся на свойстве процедурности.

При различном системном представлении права различаться будет также его субстрат. Так, это могут быть первичные и вторичные нормативные образования (правовые нормы, институты, отрасли и прочее), процедуры и принципы (именно на них ориентированы исследователи, к примеру, права Совета Европы), субъективные права, юридические обязанности и механизмы их обеспечения и так далее. Структурирование права на основании различных свойств предполагает наличие различных его субстратных характеристик.

Именно на основании атрибутивного подхода к структурированию права формируется методология юридической компаративистики, так как он позволяет выявлять те элементы права, которые позволяют в наиболее явной форме сравнивать разные субстраты, то есть разные правовые системы.

Несколько иначе складывается ситуация, когда право рассматривается как система с точки зрения реляционной структуры, то есть основанной на некоем заранее заданном отношении. Проблема здесь состоит в том, что если свойства права являются достаточно разработанными, то вопрос о возложении в основание системного представления права отношения вызывает сложности. В первую очередь следует определиться, какого рода должно быть это отношение, а далее необходимо установить, кто или что выступает

участником этого отношения. При этом открывается перспектива применения нескольких теорий.

Реляционную структуру в системном представлении права используют представители коммуникативной теории права. Показательно при этом определение государственно-организованного права, предлагаемое А.В. Поляковым: «Это основанный на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которого взаимодействуют путем реализации своих прав и обязанностей, поддерживаемых и охраняемых государством» [13, с. 284]. Отметим, что структурирование права осуществляется не столько на основании какого-либо его свойства, сколько на основании отношений, в которые вступают люди и их объединения с целью реализации своих прав и обязанностей. Несмотря на то, что в этом определении также можно вычленить некоторые свойства права (например, упорядоченность, государственную обеспеченность и так далее), их едва ли можно отнести к структурообразующим. Структуру здесь составляют именно отношения. Считаем, что именно в этом состоит главная сложность в восприятии коммуникативной теории права многими современными теоретиками, для которых привычнее рассматривать атрибутивные и нереляционные характеристики права, а отношения часто вообще воспринимаются как неюридические составляющие права, что-то вторичное по отношению, например, к нормам.

Другая возможная интерпретация реляционного структурирования права предполагает рассмотрение различных срезов, миров права, пребывающих в том или ином взаимодействии. Реляционную структуру права рассматривает также С.И. Максимов в своей концепции правовой реальности. Так, исследователь выделяет «слои» правовой реальности: мир идей (идея права), мир знаковых форм (правовые нормы и законы), мир взаимодействий между социальными субъектами (правовая жизнь) [14, с. 177]. На то, что системное представление права здесь дано именно в реляционном аспекте, указывает то, что эти миры права находятся в отношении субординации: идея права всегда выше по значимости, нежели мир знаковых форм, а социально-правовое взаимодействие не должно идти вразрез с существующими нормами.

Таким образом, реляционная интерпретация структуры права в качестве субстрата выделяет не столько позитивные, то есть объективированные элементы права (нормы, институты, отрасли, субъективные права, юридические обязанности и так далее), поддающиеся сравнению, сколько те малоуловимые нити отношений, которые связывают право воедино, одновременно позволяя ему быть разнообразным. Речь идет о том, что атрибутивный и реляционный подходы к структурированию права являются комплементарными, то есть взаимодополняемыми, что, впрочем, не исключает возможность акцентирования научного исследования либо на свойствах, либо на отношениях.

Системное представление права показывает, что рассмотрение соотношения права и правовой системы содержит в себе целый пласт сложных, методологически спорных вопросов. С другой стороны, оно позволяет доказать, что правовая система является лишь одной из возможных системных ипостасей права как в гносеологическом, так и в онтологическом измерениях. В самом широком смысле правовая система – это одна из возможных, однако не единственная форма существования права.

С системной точки зрения право существует как универсальный общественный институт, то есть как структура (атрибутивная или реляционная), а правовые системы в этом контексте следует рассматривать как частный вариант реализации этой структуры, её наполнения специфическими нормативами, становления особых отношений между теми или иными субъектами в контексте отстаивания и реализации

свойственных конкретной правовой системе правовых ценностей (таким образом, правовая система – это некая степень институционализации права, когда его универсальная структура переносится на определенный субстрат). При этом принципиальным будет вывод о том, что в правовых системах выражена уникальность права в отношении иерархии ценностей и норм, специфики правового мышления и правовой практики, в то время как структура права выражает универсальность права как общественного института.

Ключевые слова: общетеоретическая юриспруденция, сравнительное правоведение, методология сравнительного правоведения, общая теория систем, структура права, правовая система, право и правовая система.

В статье рассматриваются общетеоретические вопросы соотношения права и правовой системы с точки зрения применения общей теории систем. Показано, что в призме системного подхода право предстает как более широкое, нежели правовая система, понятие, поскольку его структура охватывает более широкий круг отношений. Рассмотрены различные варианты построения субстрата права и правовой системы.

У статті розглядаються загальнотеоретичні питання співвідношення права та правової системи з позиції застосування загальної теорії систем. Показано, що в призмі системного підходу право постає як більш широке, ніж правова система, поняття, оскільки його структура охоплює більш широке коло відносин. Розглянуто різні варіанти побудови субстрату права й правової системи.

The article deals with theoretical analysis of the correlation between law and legal system in terms of application of general systems theory. It is shown that in the prism of systematic approach law appears to be wider concept than the legal system, since its structure covers a wider range of relationships. Different variants of the substrate of law and legal system have been constructed.

Литература

1. Raz J. The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System / J. Raz. – 2nd ed. – New York : Oxford University Press, 1980. – 241 p.

2. Харт Г.Л.А. Понятие права / Г.Л.А. Харт ; под ред. Е.В. Афонасина, С.В. Моисеева. – СПб. : Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. – 302 с.

3. Общетеоретическая юриспруденция : [учеб. курс] / под ред. Ю.Н. Оборотова. – О. : Феникс, 2011. – 436 с.

4. Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории / Н. Луман ; пер. с нем. И.Д. Газиева ; под ред. Н.А. Головина. – СПб. : Наука, 2007. – 641 с.

5. Уёмов А.И. Общая теория систем для гуманитариев / А.И. Уёмов, И.Н. Сараева, А.Ю. Цофнас. – Варшава : Wydawnictvo Universitas Rediviva, 2001. – 276 с.

6. Цофнас А.Ю. Теория систем и теория познания / А.Ю. Цофнас. – О. : Астро-Принт, 1999. – 308 с.

7. Цофнас А.Ю. Гносеология / А.Ю. Цофнас – 2-е изд., испр. и доп. – О. : Наука и техника, 2011. – 248 с.

8. Соболевська М.О. Неофункціоналістські та постструктуралістські теорії у сучасній соціології / М.О. Соболевська. – К. : Дух і літера, 2010. – 164 с.

9. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: основные типы (семьи) правовых систем мира / О.Ф. Скакун. – К. : Ін Юре, 2008. – 464 с.

10. Деррида Ж. Трассирование и дифференция / Ж. Деррида // Философская и социологическая мысль. – 1995. – № 5–6. – С. 4–15.

11. Алексеев С.С. Структура советского права / С.С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1975. – 264 с.

12. Байтин М.И. Сущность права: современное нормативное правопонимание на грани двух веков / М.И. Байтин. – Саратов : СГАП, 2001. – 413 с.

13. Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход / А.В. Поляков. – 2-е изд., доп. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 845 с.

14. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – 328 с.

ПРАВОВА АДАПТАЦІЯ ДО УМОВ ВНУТРІШНЬОГО РИНКУ ЄС В АСПЕКТІ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ ЄС – УКРАЇНА

УДК 347.1/7(477):341.174(4).001.8

Є. Харитонов,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КАТЕГОРІЇ «ПРИВАТНЕ ПРАВО»,«ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО» ТА «ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО» В КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ДО УМОВ ВНУТРІШНЬОГО РИНКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Оскільки під час розгляду проблем адаптації України до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу (далі – ЄС) може йтись (і йдеться) про адаптацію як «права», так і «законодавства» (і не лише їх), необхідно з'ясувати, що саме є об'єктом «адаптування». Це зумовлює доцільність розгляду в такому контексті базових категорій «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство».

З огляду на тенденцію до ототожнення понять «приватне право» та «цивільне право», а отже, вживання їх як синонімів [1, с. 14–15; 2; 3, с. 15–19], спочатку маємо з'ясувати співвідношення між ними.

Не торкаючись при цьому проблем визначення приватного права як концепту, розглянемо його як категорію вітчизняної цивілістики, де характерними рисами приватного права зазвичай називаються такі: 1) регулює відносини між приватними особами, тобто між особами, жодна з яких не є фігурантом держави; 2) має визначальним принципом визнання пріоритету інтересів приватної особи (суверенітету індивіда); 3) забезпечує приватний інтерес (акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні й рівності товаровиробників, захисті власників від сваволі держави); 4) ґрунтуючись на засадах юридичної рівності учасників цивільних відносин, забезпечує ініціативність сторін під час встановлення цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів під час реалізації їхніх прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права та забезпечують захист останнього; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм, що спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін під час вибору правил поведінки, прямо не заборонених законодавством; 8) визначає судовий позов як основний порядок захисту інтересів суб'єктів цивільних відносин у суді.

Під таким кутом зору та з огляду на названі риси філософії приватного права [4] його можна визначити як сукупність ідей, засад, юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються визначення статусу й захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не перебувають у відносинах влади (підпорядкування стосовно одне

 © Є. Харитонов, 2016

одного), рівноправно та вільно, на підґрунті диспозитивного методу правового регулювання встановлюють для себе права й обов'язки у відносинах, що виникають із їх ініціативи [5, с. 23–24].

Джерела приватного права, що визначають його сутність і зміст, є такими: 1) природне право як основа визначення статусу приватної особи; 2) ті частини національних правових систем, які визначають юридичний статус приватної особи, засади захисту прав та інтересів останньої [6]; 3) колізійні норми, що передбачають компроміси під час визначення статусу приватної особи в різних національних правових традиціях тощо; 4) міжнародно-правові угоди, що стосуються зазначених питань.

Своєрідним еталоном для європейських систем приватного права в галузі визначення статусу приватної особи є римське приватне право. Звісно, не йдеться про те, що його норми можуть застосовуватись безпосередньо в реальному юридичному побуті, однак не можна не враховувати вплив римського права на правові системи сучасності. Завдяки такому феномену, як рецепція права, саме римському приватному праву як правовій системі, що втілила в собі вищі досягнення філософської, гуманітарної та юридичної думки античності, судилося стати основою сучасного приватного права, ставши прототипом і каталізатором взаємодії європейських правових систем, зокрема, їх адаптації.

Оскільки приватне право, як і право публічне (що доповнює й певною мірою «врівноважує» приватне право як регулятор суспільних відносин), є наднаціональною системою права, некоректно вести мову про «приватне право України», «приватне право Франції», «приватне право Німеччини», а тим більше про, наприклад, «російське приватне право» [7, с. 10, 12, 45] тощо. Натомість має йтись про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Франції», «традицію приватного права в Німеччині» та, відповідно, про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Франції», «цивільне право Німеччини» тощо. Тому логічним видається, наприклад, визначення мети «поглиблення приватноправових засад цивільно-правового регулювання» [8, с. 7–11] тощо.

Цивільне право, розглядуване під таким кутом зору, є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступаючи тут як галузь національного права (цивільне право в об'єктивному сенсі, позитивне цивільне право).

Водночас варто мати на увазі, що під час визначення поняття цивільного права виникає необхідність урахування такої обставини, як структурний поділ права на об'єктивне (сукупність чинних у державі юридичних норм, правил і принципів) та суб'єктивне (визнається за певним суб'єктом), зумовлений соціальними й спеціально-юридичними закономірностями. При цьому розрізняють суб'єктивне право в широкому та вузькому значенні. Суб'єктивне право в широкому значенні – це все те, що постає з правових норм (об'єктивного права) для його носія та характеризує його як суб'єкта права. Визнання особи й організації суб'єктом права виявляється в тому, що вони через норми об'єктивного права набувають якостей учасника відповідних правовідносин. Суб'єктивне право у вузькому сенсі розуміється як право (можливість певної поведінки) особи, передбачене правовою нормою [9, с. 93–94, 169].

Проте багато хто з правознавців веде мову про суб'єктивне право як єдине поняття, визначаючи його як зумовлену об'єктивним правом міру можливої поведінки уповноваженого суб'єкта. При цьому зміст суб'єктивного права характеризується як такий, що охоплює три правоможності: 1) правоздію – право уповноваженого суб'єкта на певні дії; 2) правовимогу – право уповноваженого суб'єкта вимагати певної поведінки від інших осіб; 3) правопретендування – право уповноваже-

ного суб'єкта звернутись до державних органів за захистом своїх порушених прав [10, с. 287–288].

У зв'язку із цим варто зазначити, що об'єктивне й суб'єктивне право тісно пов'язані, проте не тотожні категорії, які до того ж перебувають у різних площинах. Об'єктивне цивільне право лежить в одній площині з правом приватним, цивільним законодавством та іншими правовими категоріями, які стосуються абстрактного суб'єкта відносин, передбачаючи існування для останнього потенційних прав та обов'язків. Натомість суб'єктивне цивільне право належить конкретному суб'єкту – учаснику цивільних відносин, які лежать у сфері правового регулювання. Перебуваючи в діалектичній єдності, вони водночас не можуть бути однаковими за сутністю, призначенням, змістом тощо.

У такому контексті виправданим є розуміння цивільного права України як сукупності концепцій, ідей і правових норм, що визначають правовий статус приватної особи, підстави придбання й порядок реалізації такою особою цивільних прав та обов'язків, а також засади захисту її прав та інтересів.

При цьому варто зауважити, що поділ права на приватне й публічне є науковою абстракцією, яка дає змогу в найбільш загальних рисах характеризувати два головні напрями правового регулювання суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, як правило, супроводжується характеристикою також права публічного, яке визначають як сукупність правових інституцій, правил і норм, що є основою функціонування певним чином структурованої владно-організаційної системи, за допомогою якої шляхом використання імперативного методу досягається мета забезпечення публічного правопорядку та в підсумку – реалізації й захисту прав людини [11, с. 19–122].

Приватне право разом із правом публічним у сукупності утворює єдину загальну (наднаціональну) систему об'єктивного права, що є складовою частиною цивілізації (культури). Виправданим здається вважати, що поділ права на публічне та приватне є не просто класифікаційним розмежуванням. Це якісно різні (хоча, як зазначалося, певною мірою штучно абстраговані) сфери правового регулювання. З перших стадій розвитку цивілізації право розвивається в складі двох відносно самостійних сфер – публічного та приватного права. При цьому якість права в цілому визначається розвитком кожної з них. Недооцінка суспільством якоїсь із цих сфер призводить до деформації відповідної правової системи, її однобічності.

На основі такого розуміння сутності приватного й публічного права можна встановити їх значення для регулювання тих чи інших відносин, характер співвідношення публічних або приватних елементів у їхньому регулюванні. Візьмемо як приклад відносини, що складаються в галузі підприємницької діяльності, галузева приналежність яких у вітчизняному правознавстві тривалий час викликає гострі дискусії. Наприклад, під час визначення характеру відносин підприємців із державою, встановлення державних гарантій здійснення такої діяльності, оподаткування підприємців, визначення наслідків несумлінної конкуренції тощо застосовуються публічно-правові засади. При цьому враховується насамперед сукупний колективний інтерес, застосовується імперативний метод правового регулювання, діють принципи публічного права. З іншого боку, для регулювання відносин, що виникають із договорів між приватними особами, навіть у процесі здійснення ними господарської, підприємницької діяльності, повною мірою придатні норми, які ґрунтуються на приватноправових засадах.

Що стосується реальних суспільних відносин, то вони впорядковуються (регулюються) на засадах приватного або публічного права залежно від їхнього конкретного змісту.

На рівні національного права це знаходить відображення в розрізненні галузей національного права, які ви-

ступають як прояв засад приватного чи публічного права під час регулювання відповідних груп відносин. Проте хибним було б ототожнювати приватне право із цивільним, а публічне – з адміністративним. Натомість ідеться про те, що здебільшого в цивільному праві (проте не тільки) проявляються засади, правила та норми приватного права, а в праві адміністративному проявляються засади й норми публічного права.

Оскільки в цивільному праві проявляються засади як приватного, так і публічного регулювання, виникає питання про розмежування його та інших галузей національного права, що регулюють схожі відносини.

У пошуках критеріїв такого розмежування, а також виокремлення цивільного права як галузі національного права науковці традиційно звертаються насамперед до характеристики його предмета [12, с. 144–150].

Як постає зі змісту ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), предметом регулювання ЦКУ є особисті немайнові та майнові відносини. Для перших характерне те, що вони не мають безпосереднього економічного змісту. Їх предметом є ім'я, честь, гідність, ділова репутація, особисте життя, авторство на твори літератури, науки й мистецтва, свобода пересування та інші блага, не від'ємні від особистості. Деякі з особистих немайнових прав можуть належати також юридичним особам: право на честь, гідність, ділову репутацію, фірмове найменування, виробничу марку, товарний знак тощо. Майнові відносини наповнені безпосереднім економічним змістом, складаються щодо матеріальних благ.

Проте віднесення тих чи інших суспільних відносин до кола немайнових і майнових цивільних відносин не може слугувати критерієм розмежування цивільного права та інших галузей оскільки однотипні майнові відносини можуть регулюватись різними галузями права (ст. ст. 1 та 9 ЦКУ). Крім того, вадою формулювання ст. 1 ЦКУ є неврахування існування так званих організаційних цивільних відносин, які можуть мати ознаки немайнових чи майнових відносин, не будучи такими за своєю суттю. Водночас організаційні відносини, які складаються між юридично рівними особами стосовно майнових чи немайнових благ, за своєю суттю зазвичай є відносинами цивільними.

Отже, згадувана можливість регулювання тих же відносин нормами різних галузей права ще більше загострює проблему встановлення критеріїв останньої, оскільки використання правових засобів, не властивих певній сфері права, призводить до неефективності правового регулювання [13, с. 145].

У зв'язку із цим у більшості цивілістів практично не викликає сумнівів недостатність предмета цивільно-правового регулювання як критерію виокремлення галузі цивільного права, а тому називається й аналізується ще один критерій розмежування галузей права – метод правового регулювання [14, с. 143–151], у якому знаходять відображення засади (принципи), притаманні цій галузі [15, с. 134].

Отже, розглянемо далі згаданий критерій з огляду на те, що метод цивільно-правового регулювання – це сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин, які характеризуються насамперед юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах їх вільного розсуду за винятками, встановленими цивільним законодавством.

Методу цивільно-правового регулювання в більшості випадків властива відсутність категоричних приписів учасникам цивільних відносин діяти певним чином, унаслідок чого він отримав назву диспозитивного як такий, що відображає засади диспозитивності в правовому регулюванні [16, с. 41], на відміну від методу імперативного, властивого праву публічному. Водночас іноді цивільно-правовий метод містить також елементи імперативного припису (наприклад, щодо цивільних охоронних відносин – відшкодування

шкоди тощо). Характерними рисами диспозитивного уповноважувального (правонаділяючого) елемента методу цивільно-правового регулювання є такі: а) юридична рівність сторін; б) ініціатива сторін під час встановлення правовідносин; в) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства та моральності суспільства. Характерними рисами імперативного елемента цивільно-правового методу є такі: а) юридична рівність сторін; б) виникнення правовідносин незалежно від бажання учасників цивільних відносин унаслідок безпосереднього припису закону; в) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки лише в межах, точно визначених актами цивільного законодавства. Таким чином, метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні (в охоронних і значною мірою організаційних цивільних відносинах) засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності та розумності [17, с. 121–123].

Однак визнання складної структури методу цивільно-правового регулювання дає підстави для висновку, що метод правового регулювання також не можна визнати критерієм розмежування цивільного права та інших галузей вітчизняного права, оскільки в адміністративно-правовому методі можна виявити риси диспозитивності (як у цивільно-правовому методі – риси імперативності), наприклад, у положеннях про укладення адміністративного договору тощо [18, с. 101].

Отже, постає необхідність пошуку додаткових критеріїв виокремлення цивільного права як галузі національного права.

На нашу думку, такими критеріями мають слугувати функції цивільного права, тобто головні напрями впливу норм права на цивільні відносини з метою впорядкування останніх. Вони визначаються не лише специфікою предмета та методу цивільного права, а й завданнями (цілями), які стоять перед ним.

Під час характеристики функцій цивільного права доцільно розрізняти ті з них, які є спільними для права взагалі (загальноправові на рівні цивільного права), та ті, що є специфічними саме для цієї галузі (специфічні цивілістичні функції).

Загальноправовими функціями, що проявляються на цивілістичному рівні, є такі: 1) інформаційно-орієнтаційна функція, що виконує завдання ознайомлення суб'єктів цивільних відносин із концепцією прав людини (приватної особи), засадами визначення становища приватної особи, загальними тенденціями правового регулювання в цій галузі тощо; 2) виховна (попереджувально-виховна, превентивна) функція, яка полягає у вихованні поваги до права взагалі, цивільних прав інших осіб, правопорядку тощо; 3) регулятивна функція, що полягає в позитивному регулюванні цивільних відносин, наданні прав та обов'язків учасникам цих відносин, встановленні правил поведінки суб'єктів цивільного права; 4) захисна функція, яка виконує завдання захисту цивільних прав та інтересів від порушень. Вказані функції властиві будь-якій галузі права, проте набувають специфічних властивостей за рахунок предмета (сфери цивільних відносин), методу правового регулювання та засад, на яких здійснюється досягнення мети.

Водночас цивільне право (законодавство) виконує специфічні функції, до яких належать такі:

1) уповноважувальна функція – полягає в тому, що створюється нормативна база (передумови) для саморегулювання у сфері приватного права. Це специфічна цивілістична функція, оскільки лише в цій галузі учасники відносин можуть самі визначати для себе правила поведінки, створювати фактично нормативні акти локальної дії тощо. Її концептуальною основою є

відома ще римському приватному праву сентенція «Дозволено все, що не заборонено законом»;

2) компенсаційна функція – полягає в забезпеченні можливості відновлення порушеного цивільного права та інтересу на еквівалентній основі. Ця функція також властива лише цивільному праву, оскільки в інших галузях така мета, як правило, не ставиться.

З огляду на викладене цивільне право України можна визначити як сукупність концепцій, ідей і правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін підстави придбання, порядок реалізації й захисту цивільних прав та обов'язків фізичними і юридичними особами, а також соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти цивільних відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їхніх інтересів.

Щодо поняття цивільного законодавства України насамперед варто зазначити, що ЦКУ його визначення не містить. Що ж стосується вітчизняної цивілістичної літератури, то коли проблематика, пов'язана з різними аспектами характеристики категорії «цивільне право», була предметом спеціальних досліджень [2; 19], щодо цивільного законодавства мало місце вивчення лише окремих аспектів останнього [20; 21; 22], тоді як у цілому ця категорія, як і зв'язок і взаємодія останньої з категорією «цивільне право», залишилась фактично поза увагою вітчизняних дослідників. Водночас можна вказати на наявність досить виразної тенденції розглядати цивільне законодавство як сукупність нормативних актів, які мають різну юридичну силу [23, с. 886], тобто фактично ототожнювати поняття «цивільне законодавство» та «акти цивільного законодавства».

Про існування в практиці нормотворчості й правозастосування різних підходів до розуміння терміна «законодавство» зазначав Конституційний Суд України у своєму рішенні від 9 липня 1998 р. в справі за конституційним поданням Київської міської ради профспілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України. При цьому Конституційний Суд України роз'яснив, що термін «законодавство», який міститься в ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України, варто розуміти «широко», включаючи в нього не лише закони, а й інші відомі нині нормативні акти [24, с. 272–276].

Сам по собі зазначений підхід виглядає достатньо гнучким, оскільки під поняття «нормативний акт» із певною мірою умовності підпадає будь-який випадок встановлення обов'язкових для невизначеного кола учасників суспільних відносин правил поведінки, дотримання яких забезпечується можливістю застосування державного примусу. Водночас у зв'язку із зазначеним варто звернути увагу на ту обставину, що ототожнення понять «законодавство» та «акти законодавства» властиве насамперед сфері публічного права, тісно пов'язаній із законотворчістю (нормотворчістю) державних органів. Природно, що під таким кутом зору законодавство фактично розглядається як поняття, рівнозначне сукупності нормативних актів, прийнятих державними органами.

Однак глава перша ЦКУ, що має назву «Цивільне законодавство України», поряд з актами цивільного законодавства як рівнозначні поняття згадує також договори (ст. 6 ЦКУ) і звичаї (ст. 7 ЦКУ). Це дає підстави для висновку, що коло форм цивільного законодавства не обмежується актами цивільного законодавства, а охоплює також інші види норм і загальнообов'язкових правил у цій галузі. Тобто цивільне законодавство охоплює всю сукупність норм, які регулюють цивільні відносини. Таке бачення методології правотворчості в аналізованій галузі виглядає цілком логічним, якщо взяти до уваги ту принципово важливу обставину, що форми права та його принципи зумовлюються середовищем (матеріальним та іншим), яке його оточує [25, с. 42–43].

На користь поширювального тлумачення поняття цивільного законодав-

ства свідчить також практично важливе рішення законодавця, відображене в ст. 3 ЦКУ, яка визначає загальними засадами цивільного законодавства такі положення: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свободу договору; 4) свободу підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність і розумність.

Не зупиняючись при цьому на характеристиці засад цивільного законодавства та співвідношенні їх із поняттям «принципи цивільного права», що є темами самостійних досліджень багатьох учених [26; 27; 28, с. 203–208; 29, с. 7–13], зазначимо, що з погляду проблематики, яка нас цікавить, друге зі згадуваних понять є основою функціонування цивільного (приватного) обігу взагалі, а отже, адресоване всім його учасникам, усьому суспільству, а перше – лише тим суб'єктам, які можуть бути «творцями» цивільного законодавства. Водночас «адресатами» в цьому разі є не лише органи державної влади, а й учасники цивільних відносин, уповноважені приймати рішення, обов'язкові для виконання невизначеним колом осіб (відповідні органи управління господарських товариств тощо).

Отже, як постає з положень глави 1 ЦКУ, у цьому акті термін «цивільне законодавство» слугує для позначення сукупності всіх формально закріплених норм і правил, що регулюють цивільні відносини, а не лише актів цивільного законодавства. Інша річ, що першими з них названі акти цивільного законодавства (ст. 4 ЦКУ). При цьому визначення поняття актів цивільного законодавства в згаданій нормі ЦКУ також відсутнє, натомість вона містить орієнтовний перелік таких актів.

Хоча категорії «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» мають низку спільних рис, між ними існують суттєві відмінності. По-перше, приватне право фактично є науковою абстракцією – термінопоняттям, яке слугує для позначення тієї частини феномена права, яка стосується визначення правового статусу приватної особи. Приватне право слугує методологічною основою визначення сутності й змісту цивільного права та цивільного законодавства, які створюються й функціонують на рівні національних правових систем. По-друге, якщо цивільне право являє собою сукупність концепцій, правових ідей, юридичних норм, якими визначається статус приватної особи, підстави виникнення в неї цивільних прав та обов'язків, їх реалізації й захисту, то цивільне законодавство України – це система правових форм, у яких виражаються норми, що регулюють цивільні відносини.

Існує думка, що цивільне право складає зміст цивільного законодавства, а останнє є формою вираження цивільного права. Однак таке визначення співвідношення між цивільним правом і цивільним законодавством є неточним, адже в такому разі ці поняття виглядають практично рівнозначними, хоч і перебувають у різних площинах. Проте поняття «цивільне законодавство» не охоплює повністю поняття «цивільне право», оскільки останнє включає в себе не лише правові норми, а й доктрину цивільного права, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, які набувають практичного значення під час застосування аналогії (особливо аналогії права), тлумачення судами норм цивільного законодавства тощо. Тому логічно стверджувати, що хоча цивільне право й складає зміст цивільного законодавства, проте останнє є сукупністю форм вираження лише нормативної частини цивільного права.

Підсумовуючи результати проведеного дослідження, можна зробити висновок, що приватне право як правова категорія є своєрідною «ідеальною юридичною моделлю» буття Європи, методологічною основою для визначення правового статусу особи, регулю-

вання внутрішнього ринку ЄС тощо. Натомість національні системи цивільного права та національне цивільне законодавство є об'єктами адаптації. Їх трансформації в процесі адаптації мають відбуватись відповідно до засад приватного права (зокрема, Модельних правил європейського приватного права (DCFR)) та європейського законодавства, яким регулюються відносини внутрішнього ринку. При цьому адаптація цивільного права має здебільшого ідеологічне, концептуальне значення, тоді як адаптація цивільного законодавства переслідує практичну мету уніфікації умов торговельного (цивільного) обігу.

Ключові слова: приватне право, цивільне право, цивільне законодавство, адаптація, внутрішній ринок, Європейський Союз.

У статті здійснюється характеристика базових категорій «приватне право», «цивільне право», «цивільне законодавство» як об'єктів «адаптування» під час розгляду проблем адаптації України до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу. Зазначено, що саме цивільне право та національне цивільне законодавство є об'єктами адаптації, що мають трансформуватись відповідно до засад європейського законодавства, якими саме регулюються відносини внутрішнього ринку Європейського Союзу.

В статье осуществляется характеристика базовых категорий «частное право», «гражданское право», «гражданское законодательство» как объектов «адаптации» при рассмотрении проблем адаптации Украины к условиям внутреннего рынка Европейского Союза. Указано, что именно гражданское право и национальное гражданское законодательство являются объектами адаптации, которые должны трансформироваться в соответствии с принципами европейского законодательства, которыми и регулируются отношения внутреннего рынка Европейского Союза.

The article carried the characteristic basic categories of "private law", "civil law", "civil law" as objects of "adaptation" of Ukraine when considering the problems of adaptation to the internal European Union market conditions. It is indicated that it is civil law and civil law are objects of adaptation, to be transformed in accordance with the principles of European legislation, and which govern the relations of the European Union internal market.

Література

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. – К. : Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.

2. Сивий Р. Приватне (цивільне) право в системі права України : [монографія] / Р. Сивий. – К. : КВІЦ, 2006 – 214 с.

3. Довгерт А. Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права / А. Довгерт // Право України. – 2009. – № 8. – С. 15–19.

4. Мадіссон В. Основи філософії приватного права : [навч. посібник] / В. Мадіссон. – К. : Школа, 2004. – 144 с.

5. Харитонов Є. Вступ до цивільного права України : [навч. посібник] / Є. Харитонов. – К. : Істина, 2006. – 288 с.

6. Рабінович С. Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція) / С. Рабінович. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – 136 с.

7. Основные проблемы частного права : сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / отв. ред. : В. Витрянский, Е. Суханов. – М. : Статут, 2010. – 575 с.

8. Кузнєцова Н. Поглиблення приватноправових засад цивільно-правового регулювання і завдання подальшого вдосконалення цивільного законодавства України / Н. Кузнєцова // Актуальні проблеми приватного права : матер. наук-практ. конф., присвяченої 94-й річниці з дня народження докт. юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (м. Харків, 19 лютого 2016 р.) / відп. за вип. В. Борисова. – Х. : Право, 2016. – С. 7–11.

9. Колодій А. Принципи права України : [монографія] / А. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.

10. Крестовская Н. Теория государства и права / Н. Крестовская, Л. Матвеева. – Х. : Одиссей, 2007. – 432 с.

11. Харитонова О. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії) : [монографія] / О. Харитонова. – О. : Юридична література, 2004. – 328 с.

12. Червоний Ю. Предмет гражданского права Украины / Ю. Червоний // Юридична освіта і правова держава (до 150-річчя юридичного інституту ОДУ) : збірник наукових праць. – О. : Астропринт, 1997. – С. 144–150.

13. Сібільов М. До питання про правові засоби сфери приватного права / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 3(26). – С. 135–156.

14. Азімов Ч. Про предмет і метод цивільного права / Ч. Азімов // Вісник Академії правових наук Україні. – 1999. – № 1(16). – С. 143–151.

15. Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2(25). – С. 123–134.

16. Красавчиков О. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании / О. Красавчиков // Советское государство и право. – 1970. – № 1. – С. 41–49.

17. Харитонов Є. Метод цивільно-правового регулювання / Є. Харитонов // Правове життя сучасної України : тези допов. 9-ї звітної наук. конф. проф.-виклад. і аспірант. складу / відп. ред. Ю. Оборотов. – О. : Фенікс, 2006. – С. 121–123.

18. Битяк Ю. Правова природа адміністративних договорів / Ю. Битяк, О. Константий // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 3(26). – С. 101–109.

19. Цивільне право України (традиції та новації) : [монографія] / за заг. ред. Є. Харитонова, Т. Ківалової, О. Харитонової. – О. : Фенікс, 2010. – 700 с.

20. Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики : [кол. монографія] / за ред. Я. Шевченко. – К. : Юридична думка, 2007. – 340 с.

21. Шевченко Я. Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні / Я. Шевченко, О. Малявко, А. Салатко та ін. – Х. : Консум, 1999. – 272 с.

22. Карабань В. Тлумачення актів цивільного законодавства України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. Карабань ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2007. – 199 с.

23. Труба В. Цивільне законодавство / В. Труба // Енциклопедія цивільного права України / відп. ред. Я. Шевченко. – К. : Ін Юре, 2009. – С. 886.

24. Конституційний Суд України: рішення, висновки (1997–2001) : в 2 кн. / відп. ред. П. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2001–2001. – Т. 1. – 2001. – 512 с.

25. Марченко М. Источники права : [учеб. пособие] / М. Марченко. – М. : ТК «Велби» ; Проспект, 2005. – 760 с.

26. Потапова О. Принципы гражданского права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О. Потапова. – Ульяновск, 2002. – 20 с.

27. Кузнєцова Н. Поняття та принципи цивільного права / Н. Кузнєцова // Гуменюк В. Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України : [практ. посібник] / В. Гуменюк, А. Довгерт, О. Дзера та ін. – К. : ВД «Ін Юре», 2008. – С. 5–10.

28. Беребеня Н. О природе принципов гражданского права / Н. Беребеня // Россия: тенденции и перспективы развития : сборник научных статей РАГС, ИНИОН, СЗАГС / под общ. ред. В. Егорова, А. Горшкова, В. Герасимова, М. Кашиной. – М. : Изд-во РАГС, 2006. – Вып. 5. – Ч. 1. – С. 203–208.

29. Харитонов Є. Принципи цивільного права: до постановки проблеми / Є. Харитонов // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С. Ківалова. – 2008. – Вип. 38. – С. 7–13.

УДК 347.2/.3

К. Некіт,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОМОЖНОСТІ Й ОБОВ'ЯЗКИ ДОВІРЧОГО ВЛАСНИКА ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА МОДЕЛЬНИМИ ПРАВИЛАМИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА (DCFR)

З виходом на європейський ринок українські підприємці будуть дедалі частіше стикатись із поняттям трасту, а тому вже сьогодні існує нагальна необхідність узгодження положень про довірчу власність у цивільному законодавстві України із загальноєвропейськими вимогами. Особливої уваги потребує дослідження правового статусу довірчого власника, а також визначення його правоможностей та обов'язків, оскільки вкрай важливим є забезпечення належного захисту прав осіб, які передають своє майно в довірчу власність, а цього можна досягти шляхом визначення таких обов'язків для довірчого власника, які забезпечували б належне й ефективне управління довіреним майном. У підсумку належне визначення статусу довірчого власника усуне недовіру, яка сьогодні зберігається до довірчої власності, оскільки вважається, що існують значні ризики зловживань із боку довірчого власника, а це у свою чергу сприятиме поширенню використання такого досить зручного механізму управління власністю.

Проблеми довірчої власності й трасту ставали предметом досліджень таких вітчизняних учених, як Р.А. Майданик, І.В. Венедиктова, С.О. Сліпченко, Г.Г. Харченко та інші. Однак у цій сфері залишається багато нез'ясованих питань. Для їх вирішення доцільно використовувати досвід європейських країн щодо довірчої власності й трасту, проте, на жаль, таких досліджень зовсім небагато; також замало уваги було приділено вивченню особливостей трасту за Модельними правилами європейського приватного права (Draft Common Frame of Reference, або Проектом загальної довідкової схеми, далі – DCFR) [1], що ми вважаємо суттєвим упущенням.

З огляду на зазначене метою статті є дослідження особливостей правового статусу довірчого власника за DCFR, приділення уваги його правоможностям та обов'язкам, а також їх порівняння з правоможностями й обов'язками довірчого власника за українським законодавством.

Варто почати з визначення поняття довірчої власності (трасту) в українському законодавстві та в DCFR. Як ми вже неодноразово зазначали, поняття довірчої власності українським законодавством не закріплено, ситуація не змінюється вже багато років, і в ст. 316 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) воно, як і раніше, визначається лише як «особливий вид права власності» [2, с. 822; 3, с. 144; 4, с. 121]. При цьому в оновленому Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» право довірчої власності віднесено до речових прав, похідних від права власності. Проте, схоже, така неоднозначна ситуація поки що нікого не засмучує, що, очевидно, пов'язано з незначним поширенням випадків встановлення довірчої власності в Україні. Однак у світлі поточних реформ варто усунути ці розбіжності в законодавстві задля попередження вірогідних проблем, які можуть виникнути на практиці.

© К. Некіт, 2016

У доктрині право довірчої власності визначається як належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою та з обмеженнями, встановленими договором управління майном або законом [5, с. 57].

Отже, з огляду на те, що український законодавець визначає довірчу власність як особливий вид права власності, права та обов'язки довірчого власника практично співпадають із правами й обов'язками власника майна, проте, очевидно, характеризуються також певною специфікою. Підтвердження такого припущення знаходимо в ст. 1033 ЦК України, відповідно до якої довірчим власником є особа, яка володіє, користується та розпоряджається переданим у довірчу власність майном відповідно до закону й договору управління майном. Тобто якщо зазвичай власник у своїх діях щодо належного йому майна обмежений лише законом, то в разі встановлення довірчої власності повноваження довірчого власника визначаються не лише законом, а й вказівками установника довірчої власності, які закріплюються договором.

Загалом зміст довірчої власності складається з тих же правоможностей, які має власник майна: володіння, користування та розпорядження. Однак вказані правоможності в цьому разі набувають специфіки. Так, правоможність володіння в контексті права довірчої власності зберігає своє традиційне значення: це юридично забезпечена можливість господарського панування над річчю або можливість фактичного впливу на річ [6, с. 512]. Довірчий власник виступає як законний (титульний) володілець переданого в довірчу власність майна. Правоможність користування стосовно права довірчої власності потребує уточнення: зазвичай корисний ефект від речі привласнює особа, яка правомірно нею володіє та впливає на неї, проте довірчий власник не набуває права користування майном власника, він наділяється лише можливістю використовувати його для досягнення вказаної установником мети. Тому в цьому разі правильніше вести мову не про право користування, а про використання цього майна, що є не тільки правом, а й обов'язком довірчого власника. При цьому право на привласнення корисного ефекту від майна належить установнику довірчої власності або вказаній ним особі (вигодонабувачеві) [7, с. 53–54]. Правоможність розпорядження в контексті довірчої власності також має специфіку. Зазвичай довірчий власник може розпоряджатись переданим у довірчу власність майном, тобто йому належить юридично забезпечена можливість визначати фактичну та юридичну долю цього майна, проте така можливість для нього обмежена особливими вказівками власника й розпорядженнями закону. Так, довірчий власник може відчужувати майно, передане в управління, укладати щодо нього договір застави лише за згодою установника довірчої власності (ч. 5 ст. 1033 ЦК України). Логічно буде також припустити, що довірчий власник не може знищити довірене майно, оскільки це явно суперечить інтересам власника. Тобто правоможність довірчого власника щодо розпорядження довіреним майном не включає право знищення речі (jus abutendi) [3, с. 150].

У DCFR визначення трасту закріплено в ст. X.-1:201, відповідно до якої траст – це правове відношення, у якому довірчий власник зобов'язаний управляти або розпоряджатись одним чи більше активами (трастовим фондом) відповідно до умов, що регулюють це правовідношення (умов трасту), на користь вигодонабувача або для досягнення суспільно корисних цілей. Вказане визначення також варто вважати доктринальним, оскільки DCFR, як відомо, є доктринальною розробкою, а не нормативним актом.

Для розуміння сутності трасту за DCFR варто враховувати положення ст. ст. X.-5:201 та VIII.-1:202 вказаного джерела. Так, у ст. X.-5:201 DCFR вказано: «Якщо це не обмежено умовами трасту або іншими правилами цієї Книги, довірчий власник має право вчиняти

на виконання обов'язків із трасту будь-яку дію, яка: a) має право на законній підставі бути вчинена власником фонду; або b) може бути вчинена особою на користь іншої особи на основі повноваження». Тобто довірчий власник має всі повноваження, якими володіє сам власник. У свою чергу ст. VIII.-1:202 DCFR визначає термін «право власності» як найбільш повне право, яке особа, тобто «власник», може мати щодо майна, у тому числі, наскільки це узгоджується із законами, що застосовуються, або правами, наданими власником третім особам, виняткове право користуватись, володіти, змінювати, знищувати, розпоряджатись і витребувати майно. Привертає увагу той факт, що європейські вчені під час визначення права власності не обмежуються звичною для пострадянських країн «тріадою правоможностей» власника, а називають серед правоможностей власника право користування, володіння, зміни, знищення, розпорядження та витребування майна. Як бачимо, розробниками DCFR правоможність знищення виділена з правоможності розпорядження. Однак у такому разі, на наше переконання, не дуже вдала позиція, згідно з якою довірчий власник «має право вчиняти будь-яку дію, яка на законній підставі може бути вчинена власником фонду», оскільки довірчий власник матиме можливість знищити майно, передане йому в управління.

У загальному вигляді сутність трасту за DCFR зводиться до того, що право довірчого власника – це речове право, обмежене умовами трастового договору або законом та необхідністю діяти відповідно до визначеної установником трасту мети. Тобто як і в українському праві, у правових системах багатьох європейських країн (наприклад, Німеччини, Франції, Румунії) специфіка права довірчої власності полягає в тому, що воно обмежується не лише законом, а й установником довірчої власності [2].

У DCFR встановлені також додаткові правоможності довірчого власника. Спеціальні правоможності довірчого власника закріплені в ст. ст. X.-5:203–X.-5:208 DCFR. До них належать такі: правоможність уповноважити агента (доручити виконання обов'язків із трасту третій особі); правоможність передати титул особі, яка зобов'язується бути довірчим власником (передати трастові активи в розпорядження особі, яка зобов'язується бути довірчим власником стосовно цих активів і розпоряджатись ними відповідно до вказівок первісних довірчих власників); правоможність передати фізичний контроль зберігачеві (передати трастові активи й документи, що їх стосуються, на зберігання); правоможність делегувати (доручити виконання будь-якого обов'язку з трасту або здійснення будь-якого права); правоможність обирати інвестиції (обирати спосіб інвестування); правоможність надавати трастову звітність для проведення аудиту.

Безпосередньо правам та обов'язкам довірчого власника присвячена Глава 6 Книги X DCFR, у якій спершу визначаються саме обов'язки довірчого власника, чим, вочевидь, підкреслюється наявність зобов'язального елемента в цьому речовому праві, той факт, що довірчий власник здійснює свої права щодо переданого йому майна в інтересах вигодонабувача. Загальним обов'язком довірчого власника є обов'язок управляти трастовим фондом і здійснювати будь-яку правоможність щодо розпорядження фондом як розсудливий управитель чужими справами в інтересах вигодонабувачів або для досягнення суспільно корисних цілей відповідно до норм права та умов трасту. Зокрема, довірчий власник має діяти з необхідними дбайливістю та професіоналізмом, чесно й добросовісно. При цьому в ст. X.-6:102 DCFR конкретизується, що варто розуміти під «необхідною дбайливістю та професіоналізмом»: довірчий власник зобов'язаний діяти з такими дбайливістю та професіоналізмом, яких можна очікувати від розумною мірою компетентної й дбайливої особи, яка управляє чужими справами, враховуючи при цьо-

му те, чи має довірчий власник право на винагороду; якщо ж довірчий власник діє в межах професійної діяльності, він має діяти з такими дбайливістю та професіоналізмом, які очікуються від представника відповідної професії. Також у ч. 3 ст. X.-6:101 DCFR конкретизується, які саме дії довірчого власника щодо управління й розпорядження трастовим фондом варто вважати вигідними для вигодонабувача: економічно вигідні для вигодонабувача дії щодо управління та розпорядження.

Зазначимо, що відповідно до українського законодавства основним обов'язком довірчого власника є також здійснення управління майном на користь установника довірчої власності або вказаного ним вигодонабувача (ч. 1 ст. 1029 ЦК України). Законом також визначено, що довірчий власник володіє, користується й розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Однак при цьому в українському законодавстві не міститься жодного критерію для визначення того, якими саме мають бути дії довірчого власника для того, щоб управління вважалось таким, що відповідає інтересам установника або вказаного ним вигодонабувача. Український законодавець оперує поняттям «належна турботливість», яке використовується в ст. 1043 ЦК України під час визначення відповідальності довірчого власника. Проте що саме варто розуміти під «належною турботливістю» та яку саме турботливість варто вважати «належною», законом не конкретизується, що допускає різні тлумачення, унаслідок чого доцільність використання поняття «належна турботливість» неодноразово ставала предметом дискусій [8, с. 77; 9, с. 9]. Із цього приводу нами вже висловлювались пропозиції щодо необхідності використання замість поняття «належна турботливість» словосполучення «старанність, що проявляється у власних справах», яке більшою мірою відповідає усталеному у світовій практиці «правилу розсудливої людини» [10, с. 6; 11, с. 143–144]. Вважаємо за доцільне також врахувати пропозиції розробників DCFR щодо конкретизації понять «необхідна дбайливість» і «професіоналізм», з якими має діяти довірчий власник під час реалізації повноважень щодо переданого йому майна. Учені пропонують вважати, що довірчий власник зазвичай має діяти як «розумною мірою компетентна та дбайлива особа», а коли довірчий власник діє як професіонал, він повинен діяти з такими дбайливістю та професіоналізмом, які «очікуються від представника відповідної професії».

Спеціальні обов'язки довірчого власника визначені в Підрозділі 2 Розділу 1 Глави 6 DCFR. Насамперед до спеціальних обов'язків довірчого власника віднесено обов'язок відокремлення, збереження та страхування, закріплений у ст. X.-6:103 DCFR, відповідно до якої довірчий власник зобов'язаний відокремити трастовий фонд від інших комплексів майна та забезпечити збереження трастових активів. Зокрема, довірчий власник не має права інвестувати в активи, які особливо схильні до ризику незаконного привласнення, якщо не прийнято спеціальні заходи із забезпечення їх збереження. Також тією мірою, якою це можливо та прийнятно, довірчий власник зобов'язаний страхувати трастові активи на випадок втрати й пошкодження.

Українське законодавство також закріплює необхідність відокремлення майна, що передається в довірчу власність, від іншого майна установника довірчої власності та від майна довірчого власника (ч. 3 ст. 1030 ЦК України). Проте українським законодавством не конкретизовано, на кого саме покладається обов'язок здійснити таке відокремлення майна, що може викликати певні непорозуміння між сторонами. Оскільки це майно перебуває в розпорядженні довірчого власника, він і відповідає за збереження цього майна, і управляє ним, а установник зобов'язаний не втручатись у діяльність довірчого власника, тому обов'язок відокремлювати майно й доходи, що виникають

у результаті управління, має нести саме довірчий управитель. Відповідно, за змішання майна довірчого власника та установника також має відповідати саме довірчий власник. Із цього приводу нами також уже висловлювались пропозиції про зміну умови щодо необхідності відокремлення майна, яке передається в довірчу власність, таким чином: «Довірчий управитель (власник) відокремлює майно, яке передається в управління, від свого власного майна та від іншого майна установника управління (довірчої власності)» [11, с. 108]. Розробки європейських учених, представлені в DCFR, підкреслюють доцільність такої пропозиції.

Іншим спеціальним обов'язком довірчого власника, згідно з DCFR, є обов'язок інформувати та надавати звіт. Відповідно до ст. X.-6:104 DCFR довірчий власник зобов'язаний повідомити вигодонабувача про існування трасту та наявність у вигодонабувача права на отримання вигоди. Для інформування вигодонабувача довірчий власник зобов'язаний докласти розумних зусиль, при цьому розумними вважаються такі зусилля, які співмірні тій вигоді, що може бути надана вигодонабувачеві. Також довірчий власник повинен забезпечити доступність інформації про стан та інвестування трастового фонду, трастові борги, про розпорядження активами трасту й доходами від них. Контроль за діяльністю довірчого власника здійснюється також завдяки обов'язку, передбаченому в ст. X.-6:106 DCFR, відповідно до якої довірчий власник зобов'язаний, за деякими винятками, надати вигодонабувачеві можливість перевіряти трастові документи та виготовляти їхні копії.

Українським законодавством не передбачено вимоги представлення довірчим власником звітів про свою діяльність щодо переданого йому майна та необхідності надавати пояснення й необхідну інформацію установнику довірчої власності про передане в довірчу власність майно. Як нами вже зазначалося [12], за відсутності будь-якого контролю за діяльністю довірчого власника не виключається можливість зловживання ним своїми повноваженнями. Тому вважаємо за доцільне доповнити ст. 1037 ЦК України вимогою про надання довірчим власником звіту про свою діяльність та передбачити, що довірчий власник має надавати установникові (або вигодонабувачеві) звіт про свою діяльність у строки і в порядку, що встановлені договором.

У ст. X.-6:105 DCFR закріплено обов'язок довірчого власника вести бухгалтерський облік щодо трастових фондів (трастовий облік). Аналогічний обов'язок довірчого власника передбачений у ч. 2 ст. 1030 ЦК України, відповідно до якої майно, передане в довірчу власність, відображається в довірчого власника на окремому балансі, і щодо нього ведеться окремий облік, а розрахунки, пов'язані із цим майном, здійснюються на окремому банківському рахунку.

Незважаючи на те, що відповідно до концепції трасту, закріпленої в DCFR, довірчий власник діє на власний розсуд і є вільним у визначенні того, коли й наскільки реалізація його правоможностей і розсуду найкращим чином сприяє виконанню обов'язків із трасту (ст. X.-5:101 DCFR), DCFR закріплює також певні обмеження такої свободи розсуду. Так, ст. X.-6:107 DCFR встановлений обов'язок довірчого власника інвестувати, згідно з яким довірчий власник повинен інвестувати трастовий фонд, наскільки це можливо, зокрема:

а) розпоряджатись активами, які зазвичай не приносять дохід і не зростають у ціні, та інвестувати отримані кошти;

б) отримувати пораду спеціаліста з питань інвестування фонду, якщо довірчі власники не володіють професійними знаннями, необхідними для ефективного й розсудливого інвестування фондів такого обсягу та характеру, як трастовий фонд;

в) здійснювати розподілення інвестицій;

г) своєчасно контролювати доречність збереження або зміни інвестицій.

Довірчий власник не несе обов'язок інвестувати активи, які повинні бути передані вигодонабувачеві чи використані для погашення трастового боргу або ж інвестування яких перешкоджало б довірчим власникам виконати інші обов'язки.

Крім того, свобода розсуду довірчого власника обмежується його обов'язком, закріпленим у ст. X.-6:108 DCFR, відповідно до якої довірчий власник не має права особисто або через агента купувати трастовий актив чи право трастового кредитора щодо довірчих власників.

Українським законодавством також встановлені певні обмеження свободи розсуду довірчого власника. Зокрема, згідно із ч. 1 ст. 1037 ЦК України довірчий власник може відчужувати майно, передане в довірчу власність, укладати щодо нього договір застави лише за згодою установника. Вказане законодавче положення спрямоване на забезпечення захисту інтересів установника довірчої власності за допомогою обмеження повноважень довірчого власника з розпорядження довіреним майном. Проте українським законодавством не передбачено захист установника довірчої власності від бездіяльності довірчого власника, як це має місце в європейському проекті (шляхом закріплення обов'язку розпорядження активами, які не приносять прибуток та інвестування отриманих коштів). Закріплення такого обов'язку видається досить доцільним, оскільки стимулюватиме довірчого власника ефективно управляти переданим йому майном.

Останнім обов'язком довірчого власника, закріпленим у DCFR, на якому варто зупинитись, є закріплена в ст. X.-6:109 заборона отримувати несанкціоноване збагачення або перевагу. Довірчий власник не має права використовувати трастовий фонд, інформацію або можливість, отримані у зв'язку зі здійсненням правоможностей довірчого власника, з метою збагачення, якщо таке використання не передбачене умовами трасту. Українське законодавство таку заборону не передбачає, що ми вважаємо суттєвим упущенням, яке може призвести до зловживань із боку довірчого власника.

Проведений аналіз положень DCFR підтверджує деякі запропоновані нами раніше пропозиції щодо обов'язків довірчого власника. Зокрема, як уже зазначалося, доцільне покладання законом на довірчого власника обов'язку відокремлення майна, що передається в довірчу власність, щоб запобігти непорозумінням під час вирішення питання про те, хто має відповідати за змішення майна, переданого в довірчу власність, з майном установника довірчої власності або довірчого власника. Також необхідно доповнити ст. 1037 ЦК України вимогою про надання довірчим власником звіту про свою діяльність у строки і в порядку, що встановлені договором. Вважаємо доцільним врахування визначення понять «необхідна дбайливість» та «професіоналізм», з якими має діяти довірчий власник у ході здійснення діяльності з управління довіреним йому майном, що дасть змогу більш точно визначати критерії притягнення його до відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків. Зрештою, украй важливим вважаємо закріплений у DCFR обов'язок довірчого власника інвестувати, згідно з яким довірчий власник повинен розпоряджатись активами, які не приносять прибуток, та інвестувати отримані від цього кошти. Закріплення такого обов'язку довірчого власника в українському законодавстві є доцільним із позиції попередження можливості зловживань із боку довірчого власника у вигляді бездіяльності.

Ключові слова: довірча власність, довірчий власник, траст, правоможності, обов'язки, Модельні правила європейського приватного права (DCFR), європейське приватне право.

Статтю присвячено дослідженню особливостей правового статусу довірчого власника за Модельними правилами європейського приватного права. Приділено увагу правоможностям та обов'язкам довірчого власника за Модельними правилами європейського приватного права.

Проведено порівняння правоможностей та обов'язків довірчого власника за Модельними правилами європейського приватного права та українським законодавством. На підставі порівняльного аналізу внесено пропозиції щодо вдосконалення цивільного законодавства України. Визначено зміст довірчої власності (трасту) за Модельними правилами європейського приватного права та українським законодавством.

Статья посвящена исследованию правового статуса доверительного собственника по Модельным правилам европейского частного права. Уделено внимание правомочиям и обязанностям доверительного собственника по Модельным правилам европейского частного права. Проведено сравнение правомочий и обязанностей доверительного собственника согласно Модельным правилам европейского частного права и украинскому законодательству. На основании сравнительного анализа внесены предложения относительно совершенствования гражданского законодательства Украины. Определено содержание доверительной собственности (траста) согласно Модельным правилам европейского частного права и украинскому законодательству.

This article is devoted to the investigation of a trustee's legal status according to the Draft Common Frame of Reference. The attention is paid to the powers and obligations of a trustee. The comparison of the powers and obligations of a trustee according to the Draft Common Frame of Reference and Ukrainian legislation was made. On the basis of the comparative analysis there were made some suggestions for the Ukrainian civil legislation. The content of the trust property (trust) according to the Draft Common Frame of Reference and Ukrainian legislation was defined.

Література

1. Рассказова Н.Ю. Модельные правила европейского частного права / Н.Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – 989 с.

2. Некіт К.Г. Поняття довірчої власності (трасту) у законодавстві європейських країн та Модельних правилах європейського приватного права / К.Г. Некіт // Молодий вчений. – 2015. – № 2. – С. 822–825.

3. Цивільне законодавство України : [навч. посібник] / [Є.О. Харитонов, Т.С. Ківалова, О.С. Кізлова та ін.] ; за ред. Є.О. Харитонова, К.Г. Некіт. – О. : Юридична література, 2013. – 392 с.

4. Цивільне законодавство України: концепція, категорії, визначення : [навч. посібник] / за ред. Є.О. Харитонова, К.Г. Некіт. – О. : Юридична література, 2014. – 324 с.

5. Майданик Р.А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) / Р.А. Майданик // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – С. 37–57.

6. Цивільне право України : [підручник] : в 2 т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. – Х. : ТОВ «Одиссей», 2008–2008. – Т. 1. – 2008. – 832 с.

7. Слипченко С.А. Право доверительной собственности : [монография] / С.А. Слипченко. – Х. : Консум, 2000. – 176 с.

8. Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом / Л.Ю. Михеева. – М. : Юристъ, 2006. – 447 с.

9. Турышев П.В. Ответственность доверительного управляющего / П.В. Турышев // Финансовая Россия. – 1998. – № 22. – С. 7–11.

10. Некіт К.Г. Договір довірчого управління майном: порівняльно-правовий аналіз на матеріалах України, Республіки Молдова та Російської Федерації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / К.Г. Некіт ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2011. – 20 с.

11. Некіт К.Г. Договір довірчого управління майном: порівняльно-правовий аналіз : [монографія] / К.Г. Некіт. – О. : Вид. Букаєв В.В., 2012. – 182 с.

12. Некіт К.Г. Правовий статус довірчого власника за цивільним законодавством України / К.Г. Некіт // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2014. – № 1. – С. 167–171.

УДК 347.447.63(477+4).001.36

Ю. Суха,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗМІСТ ПРИНЦИПУ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ ЗГІДНО З МОДЕЛЬНИМИ ПРАВИЛАМИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА (DCFR): ОРІЄНТИРИ ДЛЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Принципи справляють значний вплив на визначення напрямів і методів правового регулювання цивільних відносин. Такі принципи, як свобода договору або підприємницької діяльності, розумність, добросовісність та справедливість, судовий захист цивільних прав та інтересів, втілюються в чинному Цивільному кодексі України як серед загальних засад цивільного законодавства, так і в нормах, присвячених регулюванню окремих видів цивільних відносин, зокрема й відносин власності чи представництва, провадження підприємницької діяльності або відповідальності за невиконання чи неналежне виконання цивільних зобов'язань. Проте існують принципи, які є особливо важливими для врегулювання конкретних цивільних відносин. Серед таких принципів можна назвати фундаментальний принцип свободи, який безперечно реалізується в різноманітних цивільних відносинах. Проте ми закцентуємо увагу на розкритті змісту цього принципу саме в договірних відносинах.

У юридичній науці питання про роль принципів і зміст кожного з них належить до спірних. Особливо це твердження стосується принципів договірного права, що пояснюється стрімким і постійним розвитком договірних відносин, розширенням кола цих відносин, а отже, збільшенням кількості джерел їх нормативного регулювання. Розбіжності у визначенні кола та змісту принципів договірного права призводить не лише до термінологічних неточностей, а й до доктринально різних, інколи навіть протилежних підходів і концепцій.

Вивченню ролі принципів у регулюванні договірних відносин на загальноєвропейському рівні приділяли увагу К. фон Бар, Х. Біл, Е. Кліве, О. Ландо, М.В. Хезелінк та інші вчені, на національному – Т.В. Боднар, А.С. Довгерт, Н.С. Кузнєцова, Н.Ю. Голубєва та інші автори. На сучасному етапі дослідженням питань впливу принципів приватного права на регулювання різноманітних цивільних відносин в Україні займаються також Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова [1] та інші науковці.

Метою статті є вивчення одного з основоположних принципів приватного права – принципу свободи – у контексті його застосування до регулювання договірних цивільних відносин та за визначенням і змістом, запропонованим розробниками проекту Модельних правил європейського приватного права (DCFR) [2].

Традиційно в національній доктрині цивільного права принцип свободи розглядається в контексті правового регулювання договірних відносин і підприємницької діяльності. Зокрема, у ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) серед загальних засад цивільного законодавства названі як свобода договору, так і свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом

© Ю. Суха, 2016

[3]. У ст. 6 ЦК України розкрито зміст принципу свободи договору, встановлено співвідношення договору та актів цивільного законодавства. Статтями 627, 628 ЦК України доповнено й певним чином конкретизовано цей принцип. Отже, за змістом положень ЦК України в змісті принципу договірної свободи можна виокремити такі можливості (елементи):

– можливість сторін цивільних правовідносин самим визначити, укладати їм договір чи ні, з яким із контрагентів вступати в договірні правовідносини (із цього правила існують певні встановлені законом винятки; наприклад, якщо учасник товариства з обмеженою відповідальністю бажає продати належну йому частку в статутному капіталі товариства, його право на вільний вибір обмежене переважним правом купівлі, яке мають інші учасники товариства);

– сторони самі обирають вид договору, причому це може бути як договір, передбачений законодавством, так і договір, конструкція якого невідома чинному закону (до цього правила також є застереження: договір не має суперечити загальним засадам цивільного законодавства);

– сторони самостійно визначають умови (зміст) договору (з урахуванням норм про істотні умови договору щодо його конкретного виду);

– у період дії договору сторони відповідно до закону мають право як змінити (повністю чи частково) зобов'язання, що постають із нього, так і припинити дію договору повністю, якщо інше не передбачено законом або договором між сторонами [4, с. 101].

На відміну від наведеного змісту положень ЦК України, у Принципах, дефініціях та модельних правилах приватного права Європейського Союзу (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, або Draft Common Frame of References, далі – DCFR) [2] зазначається про декілька аспектів свободи як основоположного принципу приватного права, проте ці аспекти мають дещо інший вектор спрямування. Перше, що необхідно зауважити, – це те, що свобода реалізується, зокрема, через *невстановлення обов'язкових правил і непотрібних обмежень* формального або процедурного характеру для вчинення особами різноманітних правочинів. Цей аспект корелюється з диспозитивним методом правового регулювання цивільних відносин, активно обговореним і дослідженим у доктрині цивілістики. Таким чином, підкреслюється загальний підхід до автономії волі сторін, зокрема, проте не виключно, у нормах, що встановлюють правила стосовно договорів і договірних зобов'язань. Передбачається, що автономія сторін має бути дотримана, якщо немає належної причини для втручання (наприклад, у разі необхідності гарантувати для сторони право розірвати договір, якщо він був укладений без дотримання принципу дійсної свободи договору).

Інший аспект принципу свободи полягає в *розширенні можливостей для осіб вчиняти будь-які дії,* що забезпечується надійними й гнучкими способами передачі прав і майна, у гарантуванні прав на виконання зобов'язань та самостійного управління власністю. У підсумку для особи повинна бути максимально полегшена, *спрощена можливість вступити в бажані правовідносини,* які добре (проте не надмірно) урегульовані й тим самим зменшують потенційні витрати для такої особи.

Варто зазначити, проте, що принцип свободи неоднаково реалізується в різних цивільних правовідносинах. З найменшими застереженнями та обмеженнями принцип свободи природно реалізується в договірних відносинах. Що стосується недоговірних зобов'язань, то на перший план виходить саме імперативний обов'язок, а не свобода. Мета норм, які регулюють позадоговірну відповідальність за нанесення шкоди, ведення чужих справ без доручення, безпідставне збагачення, – це не стільки заохочення свободи, скільки обмеження її шляхом уведення спеціальних імперативних правил. У такому

разі існує конкуренція принципів свободи та безпеки й справедливості. Проте і в цій ситуації наявні застереження, що стосуються *встановлення обов'язкових правил лише там і тоді, коли це чітко обґрунтовано й повністю виправдано*. Наприклад, у правилах про позадоговірну відповідальність за нанесення шкоди іншій особі встановлення будь-якого зобов'язання з відшкодування ретельно обмежується випадками, коли це виправдано. Втілення цього положення потребує ретельного й детального формулювання правил про притягнення до відповідальності, що загалом і зроблено в нормах ЦК України стосовно недоговірних зобов'язань. Зауважимо лише, що поява нових сфер суспільних відносин, на які розповсюджуються норми цивільного законодавства, потребує врахування конкретних особливостей цих відносин (наприклад, під час відшкодування шкоди у сфері професійного спорту) [5], що в підсумку може привести до зміни загального підходу до регулювання цивільних відносин.

Обмеженим є принцип автономії сторін також у відносинах власності. Через те, що майнові права зачіпають інтереси третіх осіб, сторони під час вчинення правочину не можуть створити свої правила, наприклад, вони не можуть дати власне визначення такого основного поняття, як володіння. Так само вони не мають права вільно змінювати правила про придбання, передачу або втрату права власності. Водночас принцип автономії сторін як аспект свободи знаходить своє вираження в деяких правилах і щодо відносин власності. Так, зазвичай сторони під час передачі майна можуть самі визначити момент переходу права власності на підставі правочину (наприклад, загальна диспозитивна норма ч. 1 ст. 334 ЦК України). Правові наслідки виробництва речей із чужих речей або об'єднання чи змішування речей, що належать різним особам, можуть регулюватися за згодою сторін (у ЦК України із цим положенням корелюються норми ч. 3 ст. 332 тощо). Новаторський характер мають норми щодо забезпечення власності (книга IX DCFR). Зокрема, у ст. IX-2:114 DCFR встановлено, що передбачене договором або правовими нормами право особи утримувати майно власника у своєму володінні з метою забезпечити виконання створює посесорне забезпечувальне право заставного типу [2]. Якщо загалом проаналізувати зміст норм вказаної книги, досить сміливим постає рішення надати широке коло можливостей для неволодільницького захисту. Проте саме ці норми становлять значний інтерес із позиції можливої імплементації в національне цивільне законодавство, адже наведені в DCFR механізми правового регулювання часто відрізняються не лише новаторським характером, а й логічністю та чіткістю їх побудови.

Застосування фундаментальних принципів свободи, автономії сторін, безпеки, справедливості тощо на практиці, навіть такого з них, як принцип свободи, не завжди виявляється однозначною справою. Як основоположні засади правового регулювання тих чи інших конкретних цивільних відносин, принципи можуть конфліктувати між собою або навіть містити протиріччя самі в собі. Зокрема, свобода договору може бути обмежена в аспекті міркувань справедливості (наприклад, щоб запобігти певним формам дискримінації або для запобігання зловживанню домінуючим становищем). І хоча загальні норми щодо заборони дискримінації містяться в Конституції України, не дублюючись у чинному ЦК України, DCFR присвячує цьому питанню положення Глави 2 Книги 2, зокрема, надає визначення поняття дискримінації в ст. II-2:102 [2, с. 222–228].

Принципи можуть навіть суперечити самі собі залежно від позиції, з якої ситуація розглядається. Так, свобода від дискримінації обмежує свободу іншого діяти упереджено. Один з аспектів справедливості (зокрема, рівність) може конфліктувати з іншим (наприклад, захистом більш слабкої сторони

правовідносин). Тому принципи не можуть бути застосовані в чистому вигляді, і це постає як дуже важлива «настанова до дії», на чому досить часто робиться акцент у DCFR. Крім того, принципи можуть перекриватись один одним. Як буде показано далі, існує безліч прикладів правил, які можуть бути пояснені на основі більше ніж одного принципу. Зокрема, багато правил, які призначені для забезпечення свободи договору, також можуть бути пояснені з позиції договірної справедливості.

Основоположна ідея принципу свободи, як це розкривається в частині DCFR, що має назву «Принципи», полягає в можливості для сторін вступати чи не вступати в договірні відносини, у вільному виборі контрагента й умов, а також можливості в будь-який час змінити ці умови або взагалі припинити договірні відносини. У такому розумінні принцип свободи договору за DCFR та ЦК України не відрізняється за своїм змістом. Зазвичай, за нормального розвитку відносин, невідповідність між принципами свободи та справедливості не виникає, більше того, дотримання свободи в договірних відносинах логічно приводить до встановлення справедливості. Якщо, наприклад, сторони договору були повністю поінформовані та перебувають на рівних позиціях під час його укладення, зміст договору максимально можливою мірою відповідатиме їхнім інтересам. За звичайних умов також немає несумісності між договірною свободою та ефективністю. Загалом можна припустити, що домовленості, досягнуті сторонами, які повною мірою поінформовані й перебувають у рівному ринковому становищі, матимуть максимальну ефективність у тому сенсі, що принесуть користь кожній зі сторін (точне розподілення прибутку в цьому разі не є предметом економічного аналізу). Важливий виняток полягає в тому, що домовленість не повинна накладати зобов'язання на третіх осіб (тобто передбачати для них необхідність здійснення будь-яких витрат). Підставою, за якою договір може бути визнаний недійсним, навіть якщо мало місце вільне узгодження між двома рівноправними сторонами, є те, що він (частіше – виконання зобов'язання за договором) матиме серйозний шкідливий вплив на третіх осіб чи суспільство. Таким чином, договори, які є незаконними або такими, що суперечать державній політиці в цьому сенсі, є недійсними (у межах Європейського Союзу (далі – ЄС), наприклад, це договори, що порушують конкурентні умови Угоди).

Комплекс норм, які безпосередньо стосуються принципу свободи договору, також містяться серед підстав визнання правочинів недійсними, зокрема, договорів, укладених під впливом обману чи насильства. Норми, що передбачають у таких випадках конкретні цивільно-правові засоби захисту й відшкодування шкоди, мають обов'язкову силу та не можуть бути змінені або відмінені за домовленістю сторін чи в односторонньому порядку (на відміну від правових наслідків, які повинні настати у випадках помилки та аналогічних, тобто не пов'язаних з умисними протиправними діями, коли настання цих наслідків може бути виключене або обмежене). Класичні підстави недійсності за наявності помилки зазвичай досить обмежені. Наприклад, у багатьох законах (держав-членів ЄС) помилка повинна стосуватись суті відносин, основних властивостей речей (саме так викладена норма ст. 229 ЦК України, де зазначається, що істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням). Таке «класичне» уявлення було розроблено в той час, коли договірні відносини з приводу товарів, робіт чи послуг мали набагато простіший характер, ніж зараз. У сучасних умовах сторонам часто потрібно набагато більше інформації, перш ніж можна буде сказати, що вони були повністю поінформовані стосовно сутності відносин, до

яких вступають. Вирішуючи таку ситуацію, DCFR пропонує більш широкий, більш «об'ємний» підхід, коли закон має не лише встановлювати правила щодо випадків ненадання інформації про основні характеристики (за термінологією чинного ЦК України – властивості та якості) товару чи послуги, визначальні права та обов'язки сторін, а й враховувати інші важливі обставини майбутніх договірних відносин.

У DCFR «класичне» визначення помилки було доповнено *обов'язком надати іншій стороні інформацію, яка необхідна для того, щоб прийняти належним чином обґрунтоване рішення*. Звичайно, найбільш яскраво зазначене правило ілюструється на прикладі договорів за участю фізичних осіб – споживачів товарів, робіт, послуг, однак проблеми можуть виникнути також у договорах між суб'єктами підприємницької діяльності. Як правило, для сфери підприємницької діяльності звичайна практика – отримати належний запит до моменту укладення договору, проте якщо в комерційній практиці заведено, що певна інформація повинна бути надана стороною, для іншої сторони розумно припустити, що вона була надана. Якщо ж насправді вся необхідна інформація не була надана та, як наслідок, учасник укладає договір, який не уклав би чи уклав лише на принципово інших умовах, у такого учасника є всі правові підстави для застосування належних заходів захисту. Так, у ст. II-7:207 DCFR передбачено, що сторона може оскаржити договір, якщо в момент його укладення вона перебувала в залежному від іншої сторони становищі або в довірчих із нею стосунках, перебувала в скрутному фінансовому становищі чи мала невідкладні потреби, була необачною, не обізнана, не мала досвіду або навичок ведення переговорів; якщо інша сторона знала або, як можна розумно припускати, могла знати про це та про обставини справи й мету договору, використовувала становище першої сторони для отримання надмірної вигоди або вкрай несправедливої переваги. На підставі вимоги сторони, яка має право оспорити договір, суд може, якщо це прийнятно, змінити договір, привівши його у відповідність із тим, про що сторони могли б домовитись за дотримання вимог сумлінності й чесної ділової практики [2, с. 532–539].

У сучасних умовах використання стандартних форм договору (за ст. 634 ЦК України – договорів приєднання) призводить іноді до появи нових форм нерівності, які порушують баланс договірних відносин і потребують вирішення. Сторона, якій пропонується стандартна форма договору (відповідний договір приєднання) та для якої зрозумілий зміст такого договору, проте вона не задоволена запропонованими умовами, може опинитись у ситуації, коли не має можливості укласти договір з іншим контрагентом на більш вигідних умовах або іншим чином змінити умови через власне становище, тому сторона залишається перед єдиним вибором: прийняти повністю чи відмовитись від договору. Подібні проблеми найчастіше виникають, коли споживач має справу із суб'єктом підприємницької діяльності, однак також можуть виникати в контрактах між самими підприємствами, особливо коли однією зі сторін є суб'єкт малого бізнесу, якому не вистачає ринкової влади. DCFR досить чітко на це вказує, і не в контексті принципу справедливості, як це зазвичай характерно для «класичного» договірного права, а як на прояв автентичної, природної свободи договору, запроваджуючи додаткові обов'язки для досягнення рівноваги у відносинах сторін, що мають намір укласти договір.

У такому разі, окрім наведених вище норм ст. II-7:207, можуть бути застосовані також положення про несправедливі умови договору згідно зі ст. ст. II-9:401–II-9:410 [2, с. 656–696]. Положення про несправедливі умови, таким чином, побудовані на основі уявлень про збереження свободи договору, проте, як і в чинному законі ЄС, розуміються в більш широкому сенсі,

ніж у «класичному» підході. Закони деяких держав-членів ЄС застосовують ці положення для всіх типів договорів, а не лише для договорів між підприємствами та споживачами. DCFR приймає збалансований підхід, який передбачає обережне розширення вже існуючих норм. Так, нами частково досліджувалось питання про несправедливі умови договору [6, с. 63–64], які за імперативними положеннями DCFR не зобов'язують сторону, яка їх не пропонувала. Проте саме визначення несправедливих умов, які в DCFR розуміються окремо для договорів зі споживачами, договорів між суб'єктами підприємницької діяльності та сторонами, які ними не є, на нашу думку, заслуговують на окрему увагу та, можливо, на спеціальне дослідження.

Незважаючи на те, що в чинному Цивільному кодексі України принципу свободи договору надано детальне тлумачення, конкретизоване в спеціальних нормах, а в доктрині цивільного права йому приділено значну увагу в дослідженнях науковців, вважаємо, що в сучасних умовах принцип свободи як фундаментальна засада правового регулювання цивільних відносин повинен мати значно більший за обсягом зміст. Обмеження останнього лише сферами договірних відносин і підприємницької діяльності в реаліях сучасного розширення сфери приватноправового регулювання, появи нових видів і комплексів цивільних відносин виявляється невиправданим. Принцип свободи повинен мати більш глобальний зміст, який, зокрема, і пропонується упорядниками DCFR та базується на концепції, що не обмежується положеннями «класичного» договірного права. Проте важливе зауваження, яке необхідно враховувати під час застосування запропонованих орієнтирів DCFR, полягає в тому, що в контексті приватного права такі цінності, як свобода договору, безпека, справедливість тощо, варто розглядати не як самоціль, а як засіб для досягнення інших, більш важливих цілей: сприяння підвищенню добробуту, розширення прав і можливостей осіб для реалізації ними своїх законних цілей та потенціалу.

Ключові слова: принципи договірного права, проект Модельних правил європейського приватного права (DCFR), договірна свобода, принцип свободи договору, європейське приватне право.

Статтю присвячено дослідженню одного з основоположних принципів цивільного права – принципу договірної свободи. Розкривається зміст цього принципу відповідно до авторського бачення розробників Модельних правил європейського приватного права (DCFR), досліджується зміст і значення складових елементів принципу договірної свободи, встановлюється співвідношення зазначеного принципу з іншими принципами договірного права. На підставі проведеного аналізу робиться висновок про можливість застосування положень Модельних правил європейського приватного права (DCFR) як орієнтирів для вдосконалення відповідних норм цивільного законодавства України згідно з концепцією принципу договірної свободи, викладеною в аналізованому проекті.

Статья посвящена исследованию одного из основополагающих принципов гражданского права – принципа договорной свободы. Раскрывается содержание этого принципа в соответствии с авторским видением разработчиков Модельных правил европейского частного права (DCFR), исследуется содержание и значение составляющих элементов принципа договорной свободы, устанавливается соотношение указанного принципа с другими принципами договорного права. На основании проведенного анализа делается вывод о возможности применения положений Модельных правил европейского частного права (DCFR) в качестве ориентиров для совершенствования соот-

ветствующих норм гражданского законодательства Украины согласно концепции принципа договорной свободы, изложенной в рассматриваемом проекте.

The article is devoted to review of one of the fundamental underlying principles of the project Draft Common Frame of Reference (DCFR) – the principle of contractual freedom. The content of this principle is disclosed in accordance with the author's position of the DCFR's developers. The content and meaning of the components fixed to the principle of contractual freedom is stated as well as the correlation of this principle with other principles of contract law. On the basis of the performed analysis the conclusion about possibility of application of the provisions of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) as a reference to improve the relevant norms of the civil legislation of Ukraine according to the concept of the principle of contractual freedom laid down in the draft.

Література

1. Харитонов Є.О. Принципи DCFR як підґрунтя сучасного концепту приватного права ЄС / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2015. – № 4. – С. 56–62.

2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by C. von Bar and E. Clive. – Vol. I–VI. – Munich, 2009. – 4795 p. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

4. Немченко С.С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві / С.С. Немченко // Південноукраїнський правничий часопис. – 2014. – № 3. – С. 101–103.

5. Ткалич М.О. Проблемні аспекти деліктних відносин у сфері спорту / М.О. Ткалич, О.Г. Бондар // Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки». – 2011. – № 1. – С. 105–109.

6. Суха Ю.С. Концепція істотних умов договору за законодавством України та ЄС / Ю.С. Суха // Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць / за заг. ред. Ю.В. Білоусова. – Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2015. – С. 60–64.

УДК 347.1

О. Харитонова,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

Г. Ульянова,
доктор юридичних наук,
професор кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Важливою фундаментальною засадою регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності є принцип непорушності права інтелектуальної власності (авторського права), який означає, що ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності або обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом (ч. 3 ст. 418 Цивільного кодексу України). Так, випадки обмеження здійснення прав інтелектуальної власності встановлено нормами Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р., а також Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р.

Не менш важливим є принцип поєднання особистих інтересів автора з інтересами суспільства, відповідно до якого суспільство має гарантувати автору необмежене використання його твору, з метою чого надає йому особисті немайнові та виключні майнові права. Твір може бути використаний лише за згодою автора та на підставі договорів на узгоджених з автором умовах. Однак якщо за згодою автора твір став доступним для широкого загалу, то він не повинен також перешкоджати реалізації інтересів інших членів суспільства. Тому в законодавстві встановлено певні правила для вільного доступу до творчих здобутків усіх зацікавлених осіб [1, с. 665], які водночас є обмеженням прав автора. Так, Законом України «Про авторське право та суміжні права» від 9 травня 2011 р. передбачені випадки вільного використання творів без згоди автора та без виплати авторської винагороди.

Проблема поєднання інтересів автора й суспільства дедалі гостріше постає в умовах розвитку інформаційного суспільства та технічного розвитку, що зумовлює ще одну нагальну проблему – забезпечення належного використання об'єктів авторського права без порушення прав та інтересів творців.

Саме відносини у сфері інтелектуальної й творчої діяльності зазнали суттєвого впливу від розвитку інформаційних технологій і цифрового середовища. З одного боку, у результаті інтелектуальної, творчої діяльності відбувається поява нових технологій, а з іншого – з їх розвитком перед творцями та правоволодільцями постають нові

© О. Харитонова, Г. Ульянова, 2016

виклики у сфері запобігання неправомірному використанню об'єктів права інтелектуальної власності та захисту порушених прав.

У наукових дослідженнях дедалі більше уваги приділяється розгляду актуальних проблем захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет. Серед праць, присвячених проблемам захисту прав в Інтернеті, варто назвати, зокрема, роботи І.Л. Борисенка, С.О. Ємельянчика, В.О. Жарова, О.В. Кохановської, М.О. Мельничука, Я.О. Шашенкова, С.І. Шевченка, Р.Б. Шишки.

Правова охорона об'єктів авторського права загострилась зі збільшенням кількості приватних веб-сайтів як банків інформації [2, с. 355]. У зв'язку із цим актуального значення набуває досягнення балансу між новими технічним можливостями, що спрощують доступ до об'єктів права інтелектуальної власності в мережі, та правовими гарантіями належного захисту прав їх творців та інших правовласників.

Варто зауважити, що в чинному законодавстві не визначено окремо перелік порушень прав інтелектуальної власності, які допускаються в мережі Інтернет. Водночас розвиток Інтернету зумовив появу не лише нових об'єктів права інтелектуальної власності, а й нових способів їх використання.

Одним із поширених порушень прав інтелектуальної власності є плагіат, який відомий із давніх часів. Прагнення отримати переваги від творчої, інтелектуальної діяльності для псевдомитців і псевдонауковців стає поштовхом для привласнення чужих результатів та видання їх як власних. Плагіат став незмінним супутником інтелектуальної діяльності, масштаби його зростають паралельно з розвитком сфери права інтелектуальної власності.

Звертаючись до плагіату в сучасному інформаційному суспільстві, необхідно вказати на два аспекти цієї проблеми: по-перше, «сприяння» мережі Інтернет і сучасних технологій вчиненню плагіату внаслідок спрощення доступу до інформації, її копіювання, поширення тощо; по-друге, це плагіат як порушення прав у мережі Інтернет та поява його нових форм із метою приховування факту неправомірного запозичення чужих результатів творчої діяльності.

Технічний розвиток, розвиток мережі Інтернет суттєво спростили доступ до результатів інтелектуальної власності. Електронні бібліотеки, онлайн-музеї мали б стати вагомим підґрунтям для культурного збагачення суспільства. Водночас спостерігаються тенденція до зниження інтересу дітей і підлітків до книг, мистецтва, культурних цінностей, втрата навиків самостійної творчої роботи внаслідок використання готового матеріалу, розміщеного в мережі. Інтернет породив глобальну проблему сьогодення – необхідність пошуку компромісів між інтересами користувачів щодо необмеженого доступу до результатів інтелектуальної діяльності та інтересами творців щодо їх монополії на створені об'єкти, зокрема, задля забезпечення можливості отримання прибутку від інтелектуальної й творчої діяльності. Користувачі не замислюються над правомірністю та етичністю використання творів, музики з мережі Інтернет, оскільки першочергового значення набуває задоволення власних потреб унаслідок знецінення (не в матеріальному, що також має місце, а в ціннісному аспекті) чужої творчої й інтелектуальної діяльності.

Актуальність проблематики більше ніж очевидна та зумовлена тими загрозами, які наразі являє собою плагіат не лише з огляду на порушення прав авторів, а й для мистецтва, літератури, а особливо – національної науки та вищої школи. У загальному контексті вони призводять до псевдотворчості, псевдонауковості та збіднення інтелектуального потенціалу держави. Виграють від того лише плагіатори, для яких це один із засобів возвеличитись, зайняти «місце під сонцем» і потурати таким же плагіаторам. Зокрема, за видимості зростання кількісних показни-

ків у науці й вищій освіті якісний її аспект невпинно знижується, а людський складник інтелектуального потенціалу девальвується [3, с. 170].

У чому ж полягає сутність плагіату та які нові форми він набуває в цифровому середовищі?

З огляду на те, що плагіат визнається порушенням прав інтелектуальної власності, необхідно насамперед звернутись до його законодавчого визначення. Нині загальне визначення плагіату закріплене в Законі України «Про авторське право і суміжні права», визначення академічного плагіату передбачене Законом України «Про вищу освіту».

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» плагіат – це оприлюднення (опублікування) повністю або частково чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору [4].

В.А. Єрмоленко визначає плагіат як повне чи часткове присвоєння авторства, що може виражатись лише в активних діях порушника, які вказують на наявність авторства на чужий твір або його частину в плагіатора. Способи плагіату є такими: зазначення особи, яка не брала участь у створенні твору, як співавтора або визнання її єдиним автором твору; привласнення авторства на частину твору, створену іншим співавтором; привласнення авторства на переклад твору (з метою маскування може змінюватись назва твору, імена головних героїв без фактичної зміни сюжету твору та його ідейно-тематичної побудови); використання чужих художніх образів у власному творі [5, с. 123–129].

Плагіат пов'язаний не з привласненням твору, а з порушенням прав щодо цього твору, які мають насамперед немайновий характер, оскільки порушується право автора іменуватись автором твору, а в подальшому – і право автора, яке має майновий характер (зокрема, право на відтворення) [6, с. 54].

Спільним для різних підходів до визначення плагіату є акцентування уваги на таких його рисах, як неправомірне використання чужого об'єкта права інтелектуальної власності або його частини, привласнення авторства на об'єкт права інтелектуальної власності або його частину, обнародування неправомірно створеного твору.

Саме привласнення авторства на чужий твір є основною ознакою плагіату, яка вирізняє його від інших порушень прав інтелектуальної власності.

Право авторства або право на визнання людини творцем є немайновим і визнається як одне з ключових прав інтелектуальної власності.

Право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності закріплене в ст. 423 Цивільного кодексу України [7]. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автор має право вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі та його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо [8].

Право авторства може бути порушене внаслідок таких дій:

– привласнення авторства, що передбачає зазначення як автора твору особи, яка його не створювала;

– використання твору або його частини без зазначення імені автора (наприклад, розміщення в мережі Інтернет наукової статті, художнього твору без зазначення даних про їх автора);

– приписування авторства, щодо якого в науковій доктрині не вироблено єдиного підходу до визначення його в системі порушень прав інтелектуальної власності.

Сутність привласнення авторства полягає в здійсненні навмисних неправомірних дій, спрямованих на формування будь-яким способом уявлення про належність авторства на об'єкт інтелектуальної власності (або його охороноздатну частину) особі, яка не брала творчої участі в його створенні.

На практиці поряд із привласненням авторства поширеним є неправо-

мірне використання імені автора, яке полягає в приписуванні авторства на твір особі, яка не є його автором (так званий «антиплагіат»). Приписування авторства може відбуватись як із технічних причин (у зв'язку з помилкою видавництва), так і навмисно (з метою завдати шкоди честі автора, збільшити попит на результати творчої діяльності шляхом зазначення авторства відомого творця тощо). Приписування авторства дедалі частіше використовується також у мережі Інтернет із метою формування негативної інформації навколо певної особи (як правило, публічної особи), авторство якій приписується. Якщо авторство приписується фізичній особі, яка не є творцем, порушується її немайнове право – право на ім'я, що не належить до прав інтелектуальної власності. Спільним для приписування авторства та привласнення авторства є те, що під іменем особи видається певна інформація, автором якої така особа не була. Водночас під час плагіату привласнення авторства відбувається усвідомлено особою, яке це робить, тоді як під час приписування авторства особа переважно не знає й не має відповідної мети.

Досліджуючи проблемні питання порушення авторських прав у мережі Інтернет унаслідок плагіату, варто зазначити, що мережа виступає в декількох іпостасях.

По-перше, вона є середовищем поширення плагіату, оскільки чимало творів, створених унаслідок привласнення авторства, поширюються саме в мережі. При цьому мова має йти не просто про плагіат в авторському праві, хоча традиційно плагіат визнається саме порушенням авторських прав. Водночас привласнення результатів інтелектуальної власності відбувається не лише у сфері авторського права. Копіювання зовнішнього вигляду виробів, дизайну, основних елементів виробів відбувається дедалі частіше. У наукових, інформаційних публікаціях дедалі частіше зазначається про промисловий плагіат. Про плагіат ідеться у сфері моди, у меблевій індустрії, машинобудуванні тощо. Привласнення авторства на об'єкти промислової власності полягає в представленні об'єкта промислової власності як свого особою, яка не є його автором, винахідником. Такі дії фактично є плагіатом. На нашу думку, запозичення в праві промислової власності можна розділити на дві категорії: а) підробку оригінальної продукції правовласника (у цьому разі порушники створюють абсолютно тотожну продукцію з використанням торгової марки, знака правовласника); її мета – видати контрафактну продукцію за оригінальну, при цьому якість підробки може бути абсолютно різною: від явних ознак підробки до високоякісної фальсифікації, коли підроблену продукцію від оригінальної може відрізнити тільки фахівець); б) копіювання порушником об'єкта промислової власності, його істотних ознак і подання їх як власної продукції. Вважаємо, що саме такі дії можуть бути визнані промисловим плагіатом.

По-друге, мережа є інформаційним ресурсом, який дає змогу виявити плагіат та запобігти поширенню незаконно створених об'єктів права інтелектуальної власності. Особливої актуальності це питання набуває в науковій сфері. Активну участь у боротьбі з науковим плагіатом в умовах сьогодення беруть такі суб'єкти: науковці, чиї твори були неправомірно використані, які звертаються до редакцій журналів і видавництв та повідомляють про факт плагіату; вищі навчальні заклади, які розробляють положення про протидію плагіату, запроваджують використання спеціальних програм виявлення плагіату в роботах студентів тощо; пересічні громадяни, які виявляють факти плагіату та повідомляють про них, розміщуючи відповідну інформацію переважно в мережі Інтернет.

Крім того, в Інтернеті розміщені у відкритому доступі спеціальні програми, які дають змогу виявити плагіат у наукових роботах. Комп'ютерні програми мають свої переваги й недоліки.

Складність може полягати в тому, що програма буде виділяти всі випадки збігу, однак не всі вони є плагіатом. Тому з усіх випадків збігу текстів необхідно виділяти саме ті, які дійсно становлять плагіат. Однак перевагами таких програм є швидке виявлення й доведення випадків неправомірного запозичення чужого матеріалу та привласнення авторства.

Важливе значення для виявлення плагіату має розміщення на офіційних сайтах наукових журналів, науковими бібліотеками повних версій наукових статей, а також відкритий доступ до дисертаційних досліджень, що дає змогу не лише ефективно використовувати наукові досягнення під час написання наукових праць, а й виявляти випадки неправомірного запозичення чужого матеріалу.

По-третє, чимало об'єктів права інтелектуальної власності, які створюються з метою забезпечення функціонування мережі Інтернет, стають об'єктом посягання та привласнення авторства на них.

Поширеним порушенням прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет є плагіат контенту сайтів.

З юридичної позиції у веб-сайті можна виділити елементи, що є різними об'єктами правової охорони, у зв'язку із чим їх регламентація та захист можуть бути різними. Насамперед виділяють комп'ютерну програму, яка дає змогу розміщувати на сайті інформацію, користуватись сайтом, загалом забезпечує його функціонування. Також виділяють дизайн сайту, тобто авторську композицію графіки, шрифтів, структуру розміщення даних тощо [9]. З огляду на те, що веб-сайт являє собою добір певної текстової та графічної інформації, аудіо- й відеоінформації, він може бути визнаний як база даних. Крім того, на веб-сайті можуть розміщуватись різні об'єкти права інтелектуальної власності, які підлягають правовій охороні відповідно до чинного законодавства. Таким чином, веб-сайт у цілому або окремі його складники виступають об'єктами права інтелектуальної власності та підлягають правовій охороні. Оскільки веб-сайт не передбачений серед об'єктів інтелектуальної власності, у наукових дослідженнях пропонується охороняти його окремі складники як різні об'єкти права інтелектуальної власності, зокрема, комп'ютерну програму та оригінальний підбір матеріалу – як об'єкти авторського права, а дизайн, оформлення сторінок – як промисловий зразок тощо.

Плагіат контенту сайту – використання на сайті чужого тексту, фотографій, відеофайлів тощо (контенту), опублікованого без згоди їх автора чи власника або без повного активного гіперпосилання на джерело, встановленого на кожній веб-сторінці, на якій використовується чужий контент.

До поняття контенту сайту входить декілька складників: текстовий, графічний, мультимедійний і рекламний контент, які тісно переплетені між собою. З розвитком інтернет-технологій текстовий контент набуває різного значення [10].

Оскільки під час плагіату запозичується як повністю об'єкт права інтелектуальної власності, так і його частина, важливе значення має визначення охороноздатності привласненої частини для кваліфікації дій як плагіату.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про авторське право і суміжні права» частина твору, яка може використовуватись самостійно, у тому числі й оригінальна назва твору, розглядається як твір. Умовами правової охорони частини твору, з огляду на положення цього закону, є творчий характер і вираження в об'єктивній формі (як основні умови охороноздатності будь-якого твору), можливість самостійного використання, для назви твору також оригінальність.

Варто зауважити, що в законі не визначено, чи є необхідним для встановлення факту плагіату дослівне оприлюднення (опублікування) твору під іменем іншого автора, чи незначні

перефразування не впливають на кваліфікацію дій плагіатора. Це питання, на яке немає відповіді в законодавстві, проте від вирішення якого залежить можливість встановлення в діях недобросовісного користувача плагіату. Визнання плагіатом лише дослівного обнародування (опублікування) об'єкта авторського права, на нашу думку, дасть широкі можливості для обходу вимог законодавства. Адже несуттєве внесення змін до запозиченого тексту, перефразування декількох речень дадуть змогу недобросовісним користувачам уникнути відповідальності за порушення авторських прав і не стануть на заваді вчиненню нових правопорушень у зазначеній сфері.

Крім того, ще один аспект має важливе значення під час визначення правомірності використання частини твору – перевищення меж вільного використання творів. Згідно зі ст. 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» допускається використання твору без згоди автора, проте із зазначенням його імені у випадках і межах, допустимих законом. З одного боку, таке використання об'єктивно необхідне з метою забезпечення інтересів широкого кола споживачів результатів творчої діяльності, а з іншого – відсутність чітких критеріїв такого використання, їх оціночний характер створюють можливості для зловживань, що в підсумку призводить до порушення прав автора.

Так, одним із найбільш витребуваних способів вільного використання творів є використання цитат. Цитата – це короткий уривок з опублікованих творів в обсязі, виправданому поставленою метою. У самому визначенні цитати закладено декілька оціночних категорій. По-перше, короткий уривок (якою кількістю слів, речень може оцінюватись розмір цитати; щодо чого варто визначати величину уривка: щодо роботи, у якій він використовується, або щодо роботи, з якої цитата береться). По-друге, обсяг, виправданий поставленою метою (в автора, який використовує цитату, уявлення про мету цитати може бути одне, а в автора, чия праця використовується з метою цитування, – інше). У будь-якому разі під час цитування необхідне зазначення автора твору, що цитуєтеся. Однак як бути, якщо автор цитати вказав назву статті, джерело опублікування, сторінки, проте не вказав автора твору, який цитується? Чи буде таке цитування вважатись плагіатом? Інший випадок, якщо автор вказав суб'єкта, якому належить праця, що цитується, проте всупереч загальноприйнятим правилам не виділив початок і кінець цитати лапками та не зробив посилання на джерело, у якому опублікована цитована праця. З одного боку, автор праці, що цитується, вказаний, а з іншого – чітко не вказано ні початок, ні кінець запозиченого матеріалу, а також немає джерела, у якому можна перевірити правдивість інформації про зміст запозиченого фрагмента та його автора.

Для визнання дій щодо неправомірного використання твору як плагіату достатнім може бути привласнення авторства на частину чужого твору. Водночас збіг окремих фрагментів у творах, які належать різним авторам, не завжди може бути визнано плагіатом.

Під час оцінки частини твору, щодо якої виникає спір про привласнення авторства, варто виходити з таких моментів:

– це встановлення належності або неналежності частини твору до категорії об'єктів, що не підлягають правовій охороні як об'єкти авторського права (нормативні акти, офіційна інформація тощо);

– якщо спірний фрагмент не включено до переліку об'єктів, які не підлягають охороні, встановлюється його відповідність критеріям охороноздатності частини твору, передбаченим законом. Необхідно під час визначення частини твору, неправомірно використаної під час плагіату, виходити з двох критеріїв: обсягу запозиченого твору та сутнісного змісту запозиченого фрагмента. Ці два критерії повинні розглядатись одночасно, оскільки кожному

об'єкту авторського права притаманні свої особливості, структура, зміст.

Плагіатом контенту сайту можна вважати будь-яке дослівне відтворення тексту іншого автора обсягом понад 15 слів або 100 знаків, що не оформлене чи оформлене неналежним чином (не зазначений автор, вказані інший автор, інший сайт) за допомогою активного гіперпосилання; будь-яке відтворення відеофайлів іншого автора тривалістю більше 15 секунд, не оформлене або оформлене неналежним чином (не зазначений автор, вказані інший автор, інший сайт) за допомогою активного гіперпосилання. Дрібний плагіат контенту сайту – це парафраза (грец. paraphrasis), тобто виклад чужого тексту сайту із заміною слів і висловів без зміни смислового змісту запозиченого тексту [11].

Для перевірки контенту сайту на унікальність (плагіат) існують спеціальні сервіси (наприклад, www.copyscape.com, www.antiplagiat.ru) [12].

Стрімкого поширення також набуває привласнення рекламних матеріалів у мережі Інтернет.

Зазначаючи про рекламу як об'єкт права інтелектуальної власності, варто наголосити на тому, що вона може складатись із різних результатів творчої діяльності. Як правило, реклама є поєднанням різних об'єктів авторського права (музичних, художніх, літературних). Крім того, важливою складовою частиною реклами є засоби індивідуалізації учасників цивільного обігу, які також підлягають правовій охороні як об'єкти права інтелектуальної власності.

Реклама як складний твір являє собою поєднання різнорідних результатів творчої, інтелектуальної діяльності (зокрема, об'єктів авторського права – музики, пісні, віршів; об'єктів суміжних прав – виконання; об'єктів права промислової власності – торговельних марок, географічних зазначень), які пов'язані між собою та утворюють єдиний об'єкт права інтелектуальної власності.

Заборона на незаконне запозичення рекламних матеріалів передбачена в декількох нормативно-правових актах. Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про рекламу» заборонено копіювання та імітування тексту, зображення, музичних чи звукових ефектів, що застосовуються в рекламі інших товарів, якщо інше не передбачено законами України у сфері інтелектуальної власності.

На жаль, незважаючи на існуючі можливості правомірного використання результатів творчої діяльності в різних видах реклами, на практиці трапляються непоодинокі випадки неправомірного запозичення окремих фрагментів реклами.

У мережі Інтернет можна знайти чимало інформації про «реклами-близнюки», на які вказують як фахівці в цій галузі або правовласники, так і уважні споживачі, які виявляють однакову рекламу. При цьому досить часто йдеться про плагіат у рекламі. У зв'язку із цим постає питання про те, чи дійсно дії із запозичення рекламних матеріалів можуть бути кваліфіковані як плагіат.

Цікаві ідеї, концепції рекламного повідомлення під час їх реалізації можуть принести досить великі прибутки. Як правило, будь-яка рекламна кампанія передбачає проведення попереднього узгодження рекламних матеріалів із рекламодавцем. При цьому виникає певна загроза щодо можливих недобросовісних дій із боку замовника реклами, а саме ознайомлення з матеріалами, розірвання договору про надання рекламних послуг, а потім використання без відповідних дозволів рекламних матеріалів у власних інтересах. Тому задля забезпечення прав та інтересів виробників рекламної продукції під час укладення договорів про надання рекламних послуг необхідно обов'язково визначати, що будь-які концепції, ідеї й матеріали, які стали відомі замовнику реклами, є комерційною таємницею, що належить виробнику реклами. Режим комерційної таємниці має зберігатись за рекламними матеріалами до

підписання акта прийому-передачі виконаних робіт.

Щодо плагіату в мережі Інтернет розрізняють рекламний і диверсійний плагіат. Рекламний плагіат виражається в тому, що рекламні плагіатори (з метою залучення покупців та/або відвідувачів) як заголовки та/або ключові слова навмисне використовують популярні імена та/або назви, які не мають нічого спільного із сайтом плагіатора. Диверсійний плагіат також є навмисним плагіатом. Він переслідує ті ж цілі, що й рекламний, проте також може використовувати як заголовки та ключові слова імена людей і назви тих сайтів, які є антиподами сайту-плагіатора, а тому здатні представити відомих людей і популярні сайти в абсолютно неправильному світлі. Деякі плагіатори використовують спеціальні прийоми, що не дають змогу (після виявлення обману) піти із сайту-плагіатора. Диверсійні сайти, у тому числі порнографічні, можуть навіть завдати шкоди комп'ютеру людини, яку вони заманили на свій сайт обманним шляхом [13].

Вважаємо, що використання лише відомих прізвищ чи імен не завжди може розцінюватись як плагіат. Якщо в рекламних повідомленнях із метою привернення уваги споживачів посилаються на імена відомих осіб без їх дозволу, має йти мова про порушення особистого немайнового права – права особи на ім'я, яке не обов'язково має бути пов'язане з правом інтелектуальної власності. Інша річ, якщо неправомірно запозичується фрагмент реклами, у якій використовується прізвище чи зображення відомої особи. У такому разі мова може йти про плагіат у рекламі.

Вважаємо за доцільне виділити два самостійні види плагіату у сфері реклами:

1) авторський плагіат, що передбачає привласнення авторства на рекламні матеріали, сутність якого полягає в представленні замовнику виробником реклами як власних рекламних матеріалів, у створенні яких плагіатор не брав участі. У цьому разі під виробником реклами розуміється фізична особа, яка виробляє рекламу на виконання договору замовлення чи за трудовим договором. Насамперед мова йде про порушення права авторства особи, яка є справжнім автором рекламного повідомлення;

2) промисловий плагіат, що передбачає неправомірне запозичення зовнішньої форми вираження реклами як об'єкта права інтелектуальної власності (привласнення рекламних матеріалів повністю чи частково та використання їх у рекламі третіх осіб). У цьому разі порушуються насамперед права суб'єкта господарювання – замовника реклами.

Поряд із привласненням авторства на об'єкти права інтелектуальної власності в мережі Інтернет широкого поширення набувають нові форми використання результатів творчої діяльності, які дають змогу приховувати факт запозичення чужих інформаційних матеріалів (реплікація, рерайтинг).

Такі форми використовуються переважно засобами масової інформації, які діють у мережі Інтернет. Ці форми запозичення матеріалу з інших сайтів дають плагіаторам змогу економити кошти та час на отриманні нової інформації, висвітлювати актуальні події.

Одним із видів плагіату в інтернет-засобах масової інформації є реплікація. У «Вікіпедії» вказано, що реплікація – це процес копіювання даних з одного джерела на багато інших і навпаки, своєрідне «тиражування» чужого контенту без дозволу автора. Добре, якщо матеріал реплікують перевірений, адже зміни, помилки, зроблені з тих чи інших причин на одному сайті, можуть бути розповсюджені на інших, що зумовлює дезінформацію [14].

Другим поширеним способом використання інформаційних матеріалів у мережі Інтернет є рерайтинг, суть якого полягає в перефразуванні чужих матеріалів зі збереженням змісту й інформаційної цінності первинної інформації. Фактично рерайтинг є плагіатом,

оскільки передбачає привласнення чужого твору, однак має завуальовану форму.

Попри те, що рерайтинг не може бути визнано як правомірне використання інформаційних матеріалів, безпосередньо серед порушень прав інтелектуальної власності не законодавчому рівні він не передбачений. Крім того, довести факт перефразування буває вкрай складно, особливо якщо мова йде про висвітлення поточних подій, загальновідомої інформації, що може бути отримана з відкритих інформаційних джерел, новин тощо. На сьогодні рерайтинг – це своєрідний напрям «професійної» діяльності, сфера послуг, поширена в мережі. Чимало сайтів пропонують професійні послуги з рерайтингу та якісного перефразування текстів.

Виділяють два основні види рерайтингу:

1) простий (технічний). Під час такого рерайтингу проводиться заміна слів в оригінальному тексті на синоніми. Для створення таких матеріалів можна встановити сінонімомайзер. Можна знайти в Інтернеті як платні, так і безкоштовні версії таких продуктів. Ця програма набагато прискорює роботу рерайтера. Пошукові системи сприймають такі тексти як унікальні, проте в них все одно розпізнається оригінальний текст, і якщо читач помітить, що цей текст він уже десь читав, йому це не дуже сподобається;

2) складний, або глибокий. Такий рерайтинг робиться для дорожчих і серйозних сайтів або видань, він наближений до копірайтингу. Проте принцип залишається тим же: рерайтер повністю зберігає зміст тексту без вживання своїх думок [15].

Таким чином, з розвитком інформаційних технологій та мережі Інтернет сфера інтелектуальної власності отримує нові виклики й можливості. Нові способи використання творів, які перебувають на межі правомірного та неправомірного запозичення, зумовлюють необхідність визначення нових підходів до правового регулювання відносин у зазначеній сфері.

Ключові слова: права інтелектуальної власності, мережа Інтернет, порушення авторських прав, плагіат, рерайтинг, реклама.

Статтю присвячено дослідженню окремих порушень прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет. Визначено поняття плагіату та рерайтингу як порушень авторських прав у мережі Інтернет. Досліджено порушення прав на рекламу в мережі Інтернет.

Статья посвящена исследованию отдельных нарушений прав интеллектуальной собственности в сети Интернет. Раскрыто понятие плагиата и рерайтинга как нарушений авторских прав в сети Интернет. Исследовано нарушение прав на рекламу в сети Интернет.

The article is devoted to the investigation of individual violations of intellectual property rights in the Internet. The concept of plagiarism and rewriting as violations of copyright in the Internet is disclosed. The violation of the rights to advertising on the Internet was investigated.

Література

1. Цивільне право України : [підручник] : у 2 т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. – Х. : Одіссей, 2008–2008. – Т. 1. – 2008. – 832 с.

2. Шишка Р.Б. Атаки на исключительность прав на объекты авторского права / Р.Б. Шишка // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. – 2010. – № 929. – С. 351–357.

3. Шишка Р.Б. Плагіат та його прояви і небезпеки / Р.Б. Шишка // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 4. – С. 170–176.

4. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

5. Єрмоленко В.А. Криміналістична характеристика та класифікація найбільш типових способів вчинення пору-

шень авторського права і суміжних прав / В.А. Єрмоленко // Держава та регіони. Серія «Право». – 2011. – № 3. – С. 123–129.

6. Якушева Т.А. Плагиат: заимствование или присвоение. Как его видят в России и Германии / Т.А. Якушева // Закон и право. – 2007. – № 4. – С. 53–55.

7. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

8. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

9. Черкасов А.Н. Сайт – сложный объект авторского права (некоторые аспекты проблемы) / А.Н. Черкасов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.comprice.ru/articles/detail.php?ID=42322.

10. Дмитрів Л.Й. Якість текстового контенту сайту з погляду редактора / Л.Й. Дмитрів // Вісник Книжкової палати. – 2014. – № 9. – С. 1–3.

11. Ответственность за плагиат контента сайта / Сайт веб-студии «Антула» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.antula.ru/patent-2.htm.

12. Обзор сервисов для проверки контента на уникальность (плагиат) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mexboy.su/?p=43.

13. Поис А. Особое мнение. Нестандартная точка зрения. Ответы на вопросы : сб. статей / А. Поис [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://docviewer.yandex.ua/view/0/?=hoEY7PY8L2a4NPWY2wx%2BRwgxylF7InVybCI6Imh0dHA6Ly93d3cucG9pcy5ydS92by9vc20uZG9jIiwidGl0bGUiOiJvc20uZG9jIiwidWlkIjoiMCIsInl1IjoiNTUwNjEyOTc1MTQ3Njg1Njg1OCIsIm5vaWZyYW1lIjp0cnVlLCJ0cyI6MTQ5NDIzNzAyNDQwNX0%3D&lang=ru*

14. Панасенко А.Р. Явище плагіату в українській інтернет-журналістиці / А.Р. Панасенко // International Scientific and Practical Conference "WORLD SCIENCE". – 2015. – № 4(4). – Vol. 4. – P. 73–74.

15. Давиденко О.А. Рерайтинг интернет-текста: приемы и принципы / О.А. Давиденко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://naub.oa.edu.ua/2012/rerajtynh-internet-tekstu-pryjomyta-pryntsypy/.

УДК 347.1

Н. Бааджи,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

А. Кирилюк,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОРЯДОК ВИКОРИСТАННЯ ВІЛЬНИХ ПУБЛІЧНИХ ЛІЦЕНЗІЙ У РЕЖИМІ ОНЛАЙН

«Врятувати», за М. Хайдеггером, означає «повернути що-небудь його суті, щоб тим самим це «що-небудь» вперше явити в дійсній сутності» [1, с. 234]. Можна говорити, що «небезпеки» та «спокуси» Інтернету для сучасного авторського права, відповідно, уже з моменту створення цифрового середовища таїли в собі паростки «рятівного». Так, у світлі синергетичної картини світу роль кризи відіграє позитивну роль у процесі «порядкоутворення», тобто переходу складної системи, що перебуває в процесі саморозвитку, на наступний рівень розвитку. «Небезпеки» цифрового середовища мають бути враховані, усвідомлені й акумульовані [2]. Кількість і різноманітність тем, які присвячені питанням регулювання інтелектуальної власності в мережі Інтернет, свідчить про те, що сьогодні правова спільнота, фахівці сфери інтелектуальної власності всебічно досліджують цю складну й динамічну сферу, намагаються долати наявні колізії правового регулювання ефективного захисту й охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності в мережі Інтернет та розпорядження правами на такі об'єкти.

Ліцензійний договір є однією з головних підстав трансформації (перетворення) творчих (авторських) правовідносин інтелектуальної власності на похідні, «обмежені» правовідносини інтелектуальної власності, за якої зберігаються також первісні правовідносини [3, с. 479]. Він є дозволом на використання об'єктів інтелектуальної власності. Розвиток цифрових технологій викликає необхідність трансформації процедури оформлення таких дозволів у бік спрощення в режимі онлайн, удосконалення її правового врегулювання. З огляду на сучасні тенденції Державною службою інтелектуальної власності України розроблено Рекомендації щодо онлайн-ліцензування [4], у яких наголошується на необхідності створення зручних схем ліцензування для контент-провайдерів, встановлення оптимальних розмірів винагороди за перегляд, прослуховування та інше інтерактивне використання контенту в мережі Інтернет з урахуванням реалій не лише західного, а й вітчизняного ринку.

Особливе місце в системі онлайн-ліцензування посідають вільні публічні ліцензії, правовий режим функціонування яких здійснюється відповідно до принципу «деякі права застережені» («copyleft»). На сьогодні в українському законодавстві не врегульовано питання використання вільних публічних ліцензій, що зумовлює актуальність наукових розвідок в окресленій площині, спрямованих на подолання існуючих прогалин і розроблення дієвих механізмів функціонування цього особливого виду ліцензійного договору.

Аналіз особливостей використання вільних публічних ліцензій та їх правова природа висвітлювались у роботах таких вітчизняних учених, як К. Зеров, О. Жилінкова, О. Россомахіна, В. Троцька, К. Москаленко, О. Харитонова та інші.

© Н. Бааджи, А. Кирилюк, 2016

Метою статті є всебічний аналіз особливостей правової природи вільних публічних ліцензій та умов їх застосування, зокрема в режимі онлайн, з огляду на сучасний стан українського законодавства, європейську та міжнародну практику.

Сьогодні в мережі Інтернет здійснюється активний обмін інформацією, що потребує узгодження інтересів тих суб'єктів, які створюють таку інформацію, та тих, хто нею розпоряджається, користується. У розумінні інформації як об'єкта правовідносин важливим є аспект, що пов'язаний із юридичним захистом інформації, а отже, представляє цю інформацію як об'єкт права власності. Історично традиційним об'єктом права власності є матеріальний об'єкт. Фактично право власності донині було речовим правом. Водночас інформація як об'єкт права власності має дві особливості: можливість існування не у вигляді матеріального об'єкта та можливість копіювання й переміщення без втрати власником об'єкта власності. В іншому разі інформація, очевидно, нічим не відрізняється від традиційних об'єктів права власності. Для інформації право розпорядження передбачає виключне право визначати, кому ця інформація може бути надана (у володіння й користування). Право володіння передбачає право мати цю інформацію в незмінному вигляді. Право користування має на увазі право використовувати цю інформацію у своїх інтересах.

Основні види інформації за формою її представлення, способами кодування та зберігання є такими: графічна, або образотворча, звукова (акустична), текстова, числова, відеоінформація. Саме такі види інформації сьогодні можна створювати в цифровому форматі, а також переводити вже існуючі види інформації в цифрову форму.

Інформаційні продукти є об'єктами авторського права. Найчастіше через цифрове середовище поширюються літературні твори, музичні твори, аудіовізуальні твори, комп'ютерні програми, твори мистецтва, фотографії. Саме інформаційні продукти є рушійними факторами сфери інформаційних технологій, що сприяє розширенню IT-індустрії [5, с. 213].

Поширення цифрової форми різних видів інформації зумовило в усталеній системі авторського права більш складні проблеми, ніж ті, з якими доводилось стикатися впродовж усієї попередньої історії його існування. Це пов'язано з тим, що існуюче право інтелектуальної власності орієнтоване переважно на аналоговий світ, тоді як цифрова форма має низку основоположних особливостей: цифрова форма може бути отримана практично для будь-якого об'єкта авторського права чи суміжних прав; цифрова форма може бути перетворена на аналогову, сприйняту людиною; копіювання об'єктів авторських і суміжних прав у цифровій формі вимагає істотно менших економічних витрат; копіювання об'єктів авторських і суміжних прав у цифровій формі здійснюється без втрати якості оригіналу або навіть копії оригіналу твору [6].

У більшості країн глобальна інформаційна інфраструктура розглядається як один із засобів економічного, культурного й соціального розвитку. Стає очевидною потреба в досягненні балансу між новими технічними можливостями, які спрощують доступ і функціонування інформації, у тому числі й об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі, та правовими гарантіями їх творцям та іншим правовласникам.

Об'єкти електронної комунікації (ресурси знань, технології, інформаційні продукти й послуги) характеризуються не стільки темпами зростання кількості, скільки розвитком їхніх різновидів (наприклад, програмного забезпечення, комп'ютерних програм, баз даних, сайтів, доменів, поштових розсилок, інтернет-магазинів, електронних бібліотек, каталогів, пошукових систем, електронних документів, електронних цифрових підписів, електронної комерції, електронних видань тощо). Кожний об'єкт електронної комунікації

має свою специфіку й особливості правового регулювання як об'єкта інтелектуальної власності [7].

У 1998 р. Генеральна асамблея Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) ухвалила проект WIPONET, спрямований на спрощення операцій у сфері інтелектуальної власності шляхом створення світової мережевої інфраструктури, здатної зробити доступною інформацію щодо інтелектуальної власності для широкого загалу [5].

Варто вказати, що сьогодні відповідно до українського законодавства право на об'єкти електронної комунікації як об'єкти інтелектуальної власності виникає з моменту його створення, а заборона на використання об'єктів авторського права як ланка правового регулювання правовідносин у сфері права інтелектуальної власності виникає як пряма вказівка закону.

Юридична модель інтелектуальної власності, що заснована на принципах копірайту, передбачає повне збереження майнових і немайнових прав автора. На цих позиціях функціонує також сучасне українське авторське право. Водночас інституційне середовище функціонування інтелектуальної власності в індустріальну епоху виявилось непридатним для інформаційного суспільства, у якому дедалі актуальнішими стають проблеми охорони авторського й суміжних прав у цифровому просторі. На сьогодні чинні норми відповідних нормативно-правових актів не можуть бути реалізовані повною мірою в умовах, коли сам спосіб виробництва, поширення, доступу й використання об'єктів електронної комунікації як об'єкта інтелектуальної власності змінився.

Суттєвою складовою частиною майнових прав інтелектуальної власності є виключне право дозволяти іншим особам використовувати об'єкт права інтелектуальної власності.

Як слушно зазначає О. Москаленко [8], у науковому середовищі існує думка [9, с. 4; 10, с. 50], відповідно до якої в праві інтелектуальної власності існують два різновиди цивільно-правових форм розпорядження майновими правами залежно від способу розпорядження майновими правами інтелектуальної власності: передача майнових прав інтелектуальної власності (остаточна й безповоротна передача набувачеві всіх або частини майнових прав інтелектуальної власності на платній чи безоплатній основі) та видача дозволу або ліцензії (надання користувачеві дозволу на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності впродовж певного строку на певних умовах і в межах, визначених у дозволі-ліцензії). Отже, правонаступництво (зміна правоволодільця) за другої моделі не відбувається, а надається лише право здійснювати правомочність із використання нематеріального результату певним способом та в певних межах.

Відповідно до ч. 1 ст. 1107 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [11] розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів, як ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. При цьому ліцензія більшістю науковців розглядається як різновид договору, як домовленість двох осіб про встановлення, зміну й припинення цивільних прав та обов'язків [12, с. 126–127]. Водночас варто погодитись з існуючою позицією, відповідно до якої сама по собі ліцензія є одностороннім правочином і не може розглядатись як вид договору [13; 14]. Видача ліцензії може бути оформлена як самостійний документ або ж шляхом укладення ліцензійного договору. За умови розгляду ліцензії як окремого документа, відповідно до ч. 2 ст. 1108 ЦК України, вона володіє всіма ознаками одностороннього правочину, передбаченими ст. 202 ЦК

України, а саме є дією однієї особи та не створює зобов'язань для інших осіб. Таким чином, обґрунтованою вважаємо пропозицію щодо вилучення п. 1 ч. 1 в ст. 1107 ЦК України та розгляду ліцензії як обов'язкового елемента цивільно-правової конструкції ліцензійного договору [15, с. 63].

У законодавстві більшості країн світу не здійснюється регламентація структури й змісту ліцензійного договору, що допускає його певну свободу. Важливими умовами таких договорів є предмет договору (вид ліцензії, яка надається), характеристики об'єкта та способи його використання, умови доступу до сервісу, збереження авторських прав, платежі, відповідальність сторін, технічна підтримка, гарантії та інші спеціальні умови [16].

Норми ст. 444 ЦК України передбачають, що твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, безоплатно використаний будь-якою особою, що відповідає випадкам, встановленим ч. ч. 1, 7 ст. 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [17], які, згідно з назвою цієї статті, визначені як випадки вільного використання. Згідно з приписами Цивільного кодексу України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» вільне використання об'єктів авторського права й суміжних прав можливе за таких умов:

1) правомірного оприлюднення об'єктів авторського права й суміжних прав;

2) використання об'єктів авторського права та суміжних прав лише у випадках, передбачених законом, які є вичерпними;

3) дотримання особистих немайнових прав.

Крім того, вільне використання має не завдавати шкоди використанню об'єктів авторського права й суміжних прав та не обмежувати безпідставно законні інтереси суб'єктів цих прав (ч. 6 ст. 15, ч. 3 ст. 42 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Досить детально вільне використання об'єктів авторського права й суміжних прав досліджено в роботі В. Тоцької «Сутність вільного використання об'єктів авторського права та суміжних прав» [18]. Науковець під вільним використанням об'єктів авторського права й суміжних прав розуміє використання будь-якими особами цих об'єктів без дозволу суб'єктів цих прав і без виплати їм винагороди в спеціально визначених законом вичерпних випадках із дотриманням умов такого використання.

У Рекомендаціях щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права та суміжних прав зазначено, що в разі придбання примірників об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування ці об'єкти мають бути забезпечені договором (або посиланням на нього), який підтверджує їх належність до об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування [19]. Особливостями такого договору є те, що він є примірником вільної публічної ліцензії або посиланням на її офіційний текст, що перебуває в загальному доступі в мережі Інтернет. При цьому такий примірник може бути паперовим або електронним, у тому числі в складі файлу, що містить відповідний об'єкт авторського права та (або) суміжних прав, чи окремим файлом.

У документі зазначається, що вільні публічні ліцензії є договорами приєднання. При цьому умови приєднання до вільної публічної ліцензії визначаються у відповідній ліцензії.

За вільними публічними ліцензіями розповсюджуються різноманітні об'єкти авторського права й суміжних прав, такі як музичні, літературні, художні, фотографічні, наукові твори, фонограми, відеограми та комп'ютерні програми.

Відповідальність за дотримання умов вільної публічної ліцензії під час розповсюдження об'єктів авторського права та суміжних прав вільного користування несе заявник.

Про підвищення інтересу до вільних ліцензій і «вільних» об'єктів авторського права в Україні свідчить домінуван-

ня останніх на ринку інтернет-браузерів, мобільних пристроїв, постачання в продаж комп'ютерів із вільними операційними системами тощо.

Найбільш широке застосування вільні ліцензії знайшли в IT-індустрії, у межах якої вони й були створені в 1980-х рр., поширюючись спочатку лише на програмне забезпечення. У жовтні 1985 р. для підтримки руху вільного програмного забезпечення Р. Столлманом був заснований Фонд вільного програмного забезпечення (Free Software Foundation, скорочено FSF). Одним із напрямів роботи цього фонду є проект GNU, спрямований на розробку вільного програмного забезпечення.

Згідно з Маніфестом GNU [20] метою проекту є розробка такої кількості вільного програмного забезпечення, за якої можна обходитись без програмного забезпечення, яке не є вільним. Фондом у межах проекту GNU також були розроблені широковідомі вільні ліцензії, які використовуються сьогодні в мережі Інтернет, зокрема: GNU General Public License (GNU GPL, Генеральна публічна ліцензія), GNU Lesser General Public License (GNU LGPL, ослаблена Генеральна публічна ліцензія), GNU Affero General Public License (GNU AGPL, посилена Генеральна публічна ліцензія), GNU Free Documentation license (GNU FDL, Ліцензія GNU на вільну документацію).

З метою спрощення можливостей обміну, багаторазового використання та переробки програмного забезпечення Європейська комісія розробила публічну ліцензію Європейського Союзу (далі – ПЛЕСО) [21]. Метою цієї ліцензії є захист як інтересів авторів шляхом збереження за ними авторських прав, так і інтересів користувачів шляхом надання їм усього обсягу основних прав, зазначеного в ліцензії [22]. Ця ліцензія є сумісною з іншими найбільш відомими вільними ліцензіями (наприклад, GPL і Creative Commons) та застосовується до програмного забезпечення.

На сьогодні одним програмним забезпеченням сфера використання вільних ліцензій не обмежується: цей вид ліцензій широко застосовується у сфері культури й мистецтва щодо аудіо, візуальних і текстових об'єктів авторського права, а також в інших сферах.

Ліцензії Creative Commons є більш гнучкими порівняно з GNU GPL та дають автору змогу як зберегти за собою виняткові права в повному обсязі, так і повністю чи частково відмовитись від такого збереження. Унаслідок цього не всі ліцензії Creative Commons є вільними.

Серед вільних ліцензій Creative Commons можна виділити такі: Attribution (by) (ліцензія «із зазначенням авторства»); Attribution-Share Alike (by-sa) (ліцензія «із зазначенням авторства зі збереженням умов»).

Варто звернути увагу на те, що питання щодо легальності вільних (відкритих) ліцензій сьогодні вирішуються переважно на основі практики країн прецедентного права. У тих випадках, коли традиції прецедентного права в конкретній країні відсутні, практикується здійснення відповідних законодавчих змін. Зокрема, сьогодні правила обігу вільних публічних ліцензій в Україні мають рекомендаційний характер і досі не знайшли свого відображення в українському законодавстві, незважаючи на достатню кількість спроб реформування окресленої сфери [23; 24; 25]. Це своєю чергою залишає поза законом неписьмову та безоплатну форму вільних ліцензій в Україні, їх необмежені термін і територію дії. Лише із запровадженням доктрини «copyleft» у вітчизняне законодавство шляхом надання можливості автору частково відмовлятись від особистих немайнових прав, у тому числі права на копіювання, внесення змін, використання для будь-яких потреб без вимоги оплати ліцензії на користування твором чи самообмеження на певний строк своїх прав, дасть змогу будь-кому вільно використовувати відповідні об'єкти інтелектуальної власності у вказаних такою особою межах.

На сьогодні декількома робочими групами розробляються законодавчі

зміни, які дають можливість використовувати публічні ліцензії без застережень. Як пояснив М. Полатайко, заступник голови Комітету Асоціації правників України з питань телекомунікацій, інформаційних технологій і Інтернету, ініціативи стосуються також письмової форми договору. Науковцями пропонується в ст. 1107 ЦК України встановити, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може укладатись не лише в письмовій (а в установлених випадках – усно), а й в іншій формі [26]. У Законі України «Про авторське право та суміжні права» пропонується встановити, що примірник твору – це копія, виконана не тільки в матеріальній, а й в електронній формі. Обґрунтовується необхідність визначити в ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права» небезумовність такої істотної умови, як розмір і порядок оплати авторської винагороди (ця умова не повинна стосуватись випадків укладення безоплатного публічного ліцензійного договору). На думку дослідників, важливо доповнити Закон України «Про авторське право та суміжні права» ст. ст. 33-1, 44-1, які регулюватимуть інститут публічного ліцензійного договору. Встановлюється, що договір на право використання творів, укладений у результаті поширення публічної пропозиції укласти договір і прийняття такої пропозиції шляхом здійснення дії (публічний ліцензійний договір), вважається укладеним у письмовій формі.

З огляду на той факт, що більшість вільних публічних ліцензій є ліцензійними електронними договорами та здійснюються шляхом онлайн-ліцензування, правила їх обігу та укладення можуть бути подібні до тих, що передбачені для електронних договорів у Законі України «Про електронну комерцію» [27]. У зазначеному законі електронний договір визначено як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, оформлену в електронній формі (тобто дистанційно та з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем (п. 5 ч. 1 ст. 3)). Електронний договір вважається укладеним із моменту одержання особою, яка направила пропозицію, акцепту іншої сторони. Акцепт може бути надано в таких формах: 1) передачі оференту електронної пошти; 2) заповнення формуляра про прийняття оферти; 3) вчинення дій, які вважаються акцептом, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, у якій перебуває така пропозиція, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею [28]. Перша й друга із зазначених форм акцепту повинні бути підписані або за допомогою електронного підпису чи електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» (під час використання засобу електронного цифрового підпису всіма сторонами електронного правочину), або за допомогою електронного підпису одноразовим ідентифікатором, що визначається коментованим законом (дані в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, які необхідно вводити «під час кожного входу в інформаційну систему підприємства електронної комерції»), або за допомогою аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного чи іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) – за письмовою згодою сторін.

Відповідно до ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Новелою цієї статті є положення про те, що якщо сторони домовились укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі (тобто лише тоді, якщо сторони домовились про це). З огляду на зазначене варто погодитись із Н. Голубєвою, яка вважає, що під час укладення електронного договору достатньо приєднання до договору «кліком»/згодою без

електронного підпису, у тому числі без електронного підпису одноразовим ідентифікатором [29]. Таким чином, таке правило має поширюватись також на процедуру оформлення вільної публічної ліцензії онлайн.

Пропозиція укласти ліцензійний договір, як правило, надходить від суб'єкта авторського права [30]. Такі договори зазвичай є договорами приєднання, до яких належать і вільні публічні ліцензії. Це своєю чергою вимагає розроблення відповідних превентивних заходів, системних правових підходів, які унеможливили б дискримінацію інтересів сторони, що приєднується до такого договору.

Таким чином, у сучасних українських правових реаліях застосування вільних публічних ліцензій і процедура їх онлайн-укладення залишаються поза законодавчим регулюванням. З огляду на швидкі темпи розвитку інформаційних систем та електронної комерції, поширеність практики укладення вільних публічних ліцензійних договорів онлайн нагальною потребою залишається внесення відповідних змін до Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України та Закону України «Про авторське право та суміжні права».

Ключові слова: ліцензія, інформаційні системи, електронна комерція, вільні публічні ліцензійні договори, режим онлайн.

Здійснено аналіз особливостей правової природи вільних публічних ліцензій та умов їх застосування, зокрема в режимі онлайн, з урахуванням сучасного стану українського законодавства, європейської й міжнародної практики. Зазначено, що з огляду на швидкі темпи розвитку інформаційних систем та електронної комерції, поширеність практики укладення вільних публічних ліцензійних договорів онлайн нагальною потребою залишається внесення відповідних змін в українське законодавство з метою окреслення правових засад обігу таких електронних ліцензійних договорів в Україні.

Проведен анализ особенностей правовой природы свободных публичных лицензий и условий их применения, в частности в режиме онлайн, с учетом современного состояния украинского законодательства, европейской и международной практики. Отмечено, что с учетом быстрых темпов развития информационных систем и электронной коммерции, распространенности практики заключения свободных публичных лицензионных договоров онлайн насущной необходимостью остается внесение соответствующих изменений в украинское законодательство с целью определения правовых основ обращения таких электронных лицензионных договоров в Украине.

The analysis features free public legal nature and conditions of their license application, including online, given the current state of Ukrainian legislation, European and international practices. It is noted that given the rapid development of information systems and electronic commerce, the prevalence of concluding free public license contracts online is imperative appropriate changes in the Ukrainian legislation to outline the legal principles circulation of electronic licensing agreements in Ukraine.

Література

1. Хайдеггер М. Вопрос о технике / М. Хайдеггер // Хайдеггер М. Время и бытие: статьи и выступления / М. Хайдеггер. – пер. с нем. – М. : Республика, 1993. – С. 221–238.

2. Черникова И. Феномен «сетевого общества» с позиций постнеклассической науки (к вопросу о влиянии интернета на сознание и поведение молодежи) / И. Черникова, Е. Середкина [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://connect-universum.tsu.ru/blog/connectuniversum2012_ru/121.html.

3. Харитонова О. Ліцензійні договори та вільні публічні ліцензії: проблеми і перспективи / О. Харитонова // Правове

життя сучасної України: матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу / відп. за вип. В. Дрьомін. – О. : Фенікс, 2014. – Т. 1. – С. 478–480.

4. Рекомендації щодо онлайн-ліцензування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits.html.

5. Нагорняк Г. Стан та проблеми захисту інформаційних продуктів як об'єктів авторського права у мережі Інтернет / Г. Нагорняк, І. Нагорняк, З. Оксентюк // Соціально-економічні проблеми і держава. – 2012. – Вип. 2(7). – С. 209–217. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sepd.tntu.edu.ua/images/stories/pdf/2012/12nhsumi.pdf.

6. Атанасов С. Объекты интеллектуальной собственности в цифровой форме / С. Атанасов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.i2r.ru/static/504/out_23440.shtml.

7. Клімушин П. Особливості управління інтелектуальною власністю в умовах розвитку інформаційного суспільства / П. Клімушин, М. Григоряк // Державне будівництво. – 2013. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2013_2_12.

8. Москаленко О. Ліцензія як форма розпорядження майновими правами інтелектуальної власності / О. Москаленко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2015. – Вип. 31(2). – С. 11–15. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015_31(2)__4.

9. Шилохвост О. Общие положения о договорных способах распоряжения исключительными правами / О. Шилохвост // Хозяйство и право. – 2008. – № 9. – С. 3–23.

10. Дозорцев В. Авторский договор и его типы / В. Дозорцев // Советское государство и право. – 1977. – № 2. – С. 43–50.

11. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

12. Сліпченко С. Невідчужуваність та невіддільність особистих немайнових прав / С. Сліпченко // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України : зб. наук. ст. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет ім. В. Стефаника, 2012. – Вип. 29. – С. 126–127.

13. Зеров К. Вільні публічні ліцензії в Україні / К. Зеров // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С. Ківалова. – 2014. – Вип. 72. – С. 195–204.

14. Цюпа Ю. Недоліки цивільного законодавства України в регулюванні ліцензійних договорів / Ю. Цюпа // Форум права. – 2015. – № 2. – С. 177–180.

15. Кирилюк А. Ліцензійний договір на використання літературних творів як вид авторського договору / А. Кирилюк // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С. Ківалова. – 2009. – Вип. 51. – С. 180–186.

16. Online License Agreement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gi.grolier.com/.

17. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

18. Тоцька В. Сутність вільного використання об'єктів авторського права та суміжних прав / В. Тоцька // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2014. – № 4. – С. 19–28.

19. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits.html.

20. Манифест GNU [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html.

21. European Union Public License v. 1.1, 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Docbb6d.pdf?id=31979.

22. Мешкова К. Свободная лицензия в сети Интернет / К. Мешкова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w.pc-forums.ru/h591.html.

23. Про використання відкритого програмного забезпечення в органах державної влади та органах місцевого самоврядування : проект Закону України від 24 червня 2009 р. № 4704 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF3MO00A.html.

24. Проект Закону про використання Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах та державному секторі господарства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=12883&pf35401=23185.

25. Проект Закону про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної

власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах і державному секторі економіки № 2065 від 1 грудня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&p[3516=2065&skl=5.

26. Ясинская М. Лицензии Creative Commons: перспективы в Украине / М. Ясинская [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://jurliga.ligazakon.ua/news/131821.

27. Про електронну комерцію : Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 45. – Ст. 410.

28. Асадчев Ю. Особливості електронних договорів згідно Закону України «Про електронну комерцію» / Ю. Асадчев // Закон і бізнес [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/122670-osoblivosti_elektronnih_dogovoriv_zgidno_zakonu_ukraini_pro_.html.

29. Голубєва Н. Порядок укладення договорів в електронній формі за законодавством України / Н. Голубєва // Офіційний веб-сайт Київського районного суду міста Одеси [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://kievskiysud.od.ua/press-department/all-news/3154-poryadok-ukladennya-dogovoriv-v-elektronnij-formi-za-zakonodavstvom-ukrajini.

30. Яворська О. Договори у сфері інтелектуального права: проблеми застосування чинного законодавства / О. Яворська [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://aphd.ua/publication-83/.

УДК 347.77/78(477)

Д. Позова,
кандидат юридичних наук,
молодший науковий співробітник науково-дослідної частини
Національного університету «Одеська юридична академія»

УМОВИ ОНЛАЙН-ЛІЦЕНЗУВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

В умовах становлення й розвитку інформаційного суспільства та стрімкого розвитку цифрових технологій мережа Інтернет як найбільша телекомунікаційна мережа у світі стала провідною платформою для розповсюдження різноманітних об'єктів права інтелектуальної власності: літературних, художніх, музичних, аудіовізуальних творів, програмного забезпечення, баз даних тощо. З одного боку, такі властивості Всесвітньої мережі, як глобальність та універсальність, сприяють популяризації й поширенню результатів творчої інтелектуальної діяльності серед широких верств населення різних країн, створюючи єдиний інформаційний простір без кордонів. З іншого боку, зазначені властивості й особливості цифрового середовища зумовлюють необхідність пристосування до них механізмів ліцензування, підвищення їх ефективності задля створення надійного ринку та забезпечення балансу інтересів правовласників та онлайн-користувачів.

Аналізуючи сучасний стан вивчення проблеми онлайн-ліцензування використання об'єктів права інтелектуальної власності, можна дійти висновку про те, що спеціальні комплексні дослідження в цій сфері вітчизняними вченими не проводились. Публічним ліцензіям на використання об'єктів авторського й суміжних прав у цифровому середовищі приділено увагу в монографії О.В. Жилінкової [1]. Крім того, питання, пов'язані з використанням вільних публічних ліцензій, також порушувались у публікаціях В.М. Троцької, М.В. Наумка, О.А. Рассомахіної, М.І. Шаповала та інших авторів. Унаслідок недостатнього ступеня розробки окресленої проблематики подальшого вивчення потребує низка питань теоретичного й практичного характеру, пов'язаних із визначенням умов онлайн-ліцензування щодо використання різних груп об'єктів права інтелектуальної власності.

Тому метою статті є спроба проаналізувати та узагальнити існуючі умови онлайн-ліцензування об'єктів права інтелектуальної власності, залучених до мережі Інтернет в оцифрованому вигляді.

Як відомо, стрімкий розвиток мережі Інтернет загострив проблему контрафакції, створивши для порушників права інтелектуальної власності додаткові й спрощені канали в кіберпросторі для просування, відтворення, реклами, пропозиції, продажу та іншим чином розповсюдження контрафактних примірників творів, продукції споживачам. Важливу роль у боротьбі з порушеннями прав інтелектуальної власності в цифровому середовищі відіграє запровадження доступних, зрозумілих та ефективних механізмів онлайн-ліцензування, що у свою чергу сприятиме зростанню легальних онлайн-сервісів та електронних ресурсів, які пропонують доступ користувачам до охоронюваних законом об'єктів авторського права й суміжних прав (сервіси зі скачування музики, сервіси потокової музики, електронні бібліотеки, медіатеки тощо).

Варто зазначити, що донині в Україні відсутнє правове регулювання особливостей надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної

 © Д. Позова, 2016

власності в мережі Інтернет. Базовий Закон України «Про авторське право і суміжні права» з-поміж наведеного переліку можливих способів опублікування й розповсюдження твору, фонограми, відеограми містить вказівку на надання доступу до них через електронні системи інформації таким чином, що будь-яка особа може його отримати з будь-якого місця та в будь-який час за власним вибором. Дозволяти чи забороняти використання відповідного об'єкта тим або іншим способом третіми особами – виключне право суб'єкта авторських і суміжних прав на нього.

Реалізація виключного права розпорядження об'єктом права інтелектуальної власності опосередковується укладенням одного з передбачених главою 75 Цивільного кодексу України договорів, у тому числі шляхом видачі ліцензії. Задля правомірного використання об'єктів авторських і суміжних прав онлайн необхідно отримати ліцензію на кожний спосіб їх онлайнового використання. При цьому найбільші труднощі з онлайн-ліцензування викликають музичні твори з огляду на багатосуб'єктний склад правовласників (автори тексту пісень, композитори, виконавці, виробники фонограм). Так, наприклад, з позиції дотримання авторських прав на музичний твір необхідно одержати дозвіл від автора слів і композитора на відтворення твору, публічне сповіщення (доведення до загального відома) твору, у тому числі на подання твору до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ із будь-якого місця й у будь-який час за їх власним вибором. Під відтворенням Закон України «Про авторське право і суміжні права» розуміє виготовлення одного чи більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер. Мінімальні ставки винагороди за використання об'єктів авторського й суміжних прав, у тому числі в разі їх публічного сповіщення через мережу Інтернет, визначено Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань» від 18 січня 2003 р. № 71 та Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18 січня 2003 р. № 72.

Відсутність законодавчого врегулювання давно назрілого питання на ринку цифрового розповсюдження об'єктів права інтелектуальної власності частково пояснюється екстериторіальним характером самої мережі та досі не вирішеним питаннями щодо можливих і допустимих меж урегулювання цієї сфери в масштабах усієї мережі, а також характеру й належних суб'єктів такого врегулювання. Наразі міжнародно-правове регулювання відносин у мережі Інтернет здійснюється через засоби так званого м'якого права у вигляді різноманітних рекомендацій, резолюцій і декларацій, що видаються міжнародними організаціями (Міжнародним союзом електрозв'язку, Всесвітньою організацією інтелектуальної власності, Організацією Об'єднаних Націй, ЮНЕСКО, Радою Європи, Інтернет-корпорацією з присвоєння імен та номерів тощо). Положення таких документів формально не є обов'язковими, і їх дотримання з боку держав ґрунтується виключно на авторитеті тих суб'єктів, які їх приймають. Поряд із міжнародно-правовим регулюванням на рівні національного законодавства підлягають регламентації об'єкти фізичного рівня інфраструктури мережі Інтернет, а також деякі відносини, що виникають у зв'язку з її використанням.

Повертаючись до стану питання щодо використання об'єктів права інтелектуальної власності в цифровому середови-

щі в Україні, зазначимо, що відповідні прогалини законодавчого регулювання зумовили розробку Державною службою інтелектуальної власності України деяких рекомендацій щодо онлайн-ліцензування та, зокрема, щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права й суміжних прав [1; 2]. Попри використання терміна «онлайн-ліцензування», зазначені документи не містять його визначення. На нашу думку, онлайн-ліцензування варто визначати як засіб регулювання договірних відносин щодо використання об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет, спрямований на забезпечення правомірного використання відповідних об'єктів у цифровому середовищі, дотримання балансу інтересів правовласників, контент-провайдерів та інтернет-користувачів. Інакше кажучи, онлайн-ліцензування – це механізм надання правоволодільцями дозволу на використання належних їм об'єктів права інтелектуальної власності, залучених до мережі Інтернет в оцифрованому вигляді.

З-поміж основних заходів, запропонованих для впорядкування ринку цифрового розповсюдження об'єктів права інтелектуальної власності в Інтернеті, у згаданих вище рекомендаціях вказані такі:

– створення правовласниками або уповноваженими ними організаціями чи іншими суб'єктами (провайдерами, користувачами) реєстру правовласників, об'єктів та умов онлайн-ліцензування;

– посилення ролі організацій колективного управління;

– забезпечення правовласникам можливості передачі належних їм інтернет-прав (або будь-якого з них) у багатотериторіальне управління цими правами будь-якій організації колективного управління незалежно від країни місця проживання або національності організації чи власника прав [1].

Питання багатотериторіального управління виключними правами суб'єктів авторського права й суміжних прав уже давно стало предметом дискусій з огляду на потреби постійно зростаючого онлайн-ринку та відповідні незручності під час створення й функціонування онлайн-ресурсів із легальним контентом. Як справедливо зазначається в літературі, розуміння терміна «ринок» у контексті економічних інтернет-параметрів сильно змінилось. Розширення інформаційних технологій впливає на усталені традиції торгівлі, криза посилила розвиток «реального» дрібного й середнього підприємництва, змусила шукати більш вигідні бізнес-стратегії, одна з яких – бізнес через Інтернет [3].

Першочергово проблема постала в Європейському Союзі з огляду на необхідність забезпечення функціонування єдиного європейського ринку та доступу до нього споживачів з усіх країн-членів на рівних умовах як однієї з провідних засад і мети заснування Співтовариства. Це зумовило ухвалення Європейською Комісією Рекомендацій № 2005/737/ЕС від 18 травня 2005 р. щодо колективного транскордонного управління авторськими та суміжними правами для легальних музичних онлайн-сервісів [4], проте вони виявились недостатніми для забезпечення широкого запровадження системи багатотериторіального управління. У зв'язку із цим Європейським Парламентом та Радою Європейського Союзу було прийнято Директиву № 2014/26/ЄС від 26 лютого 2014 р. про колективне управління авторськими й суміжними правами та багатотериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайнового використання на внутрішньому ринку [5]. Зазначеною директивою сформульовано вимоги, яких мають дотримуватись організації колективного управління для здійснення належного управління авторськими й суміжними правами, а також вимоги щодо багатотериторіального ліцензування зазначеними організаціями прав авторів на музичні твори, які призначені для використання онлайн. Як було

зазначено Європейською Комісією, однією із цілей прийняття Директиви № 2014/26/ЄС є розширення легальної пропозиції онлайн-музики [6].

З огляду на транскордонний характер кіберпростору та необхідність задоволення попиту на легальний цифровий контент для інноваційних бізнес-моделей запровадження багатотериторіальних ліцензій видається неминучим. Звісно, в ідеалі мова повинна йти про створення на ґрунті певної міжнародної некомерційної організації інтегрованої бази даних, яка об'єднувала б репертуар різних національних організацій колективного управління та мала б повноваження на видачу багатотериторіальних ліцензій принаймні на право публічного сповіщення й інші способи онлайн-використання об'єктів права інтелектуальної власності. Проте, як показує практика, досі подібні спроби не завершувались успіхом. Як приклад можна навести створене в 2000 р. завдяки об'єднаним зусиллям таких національних організацій колективного управління, як Buma/Stemra (Голландія), ASCAP (США), PRS for music (Великобританія) та SOCAN (Канада), сумісне підприємство International Music Joint Venture (IMJV), метою якого було забезпечення ефективної й низьковартісної системи управління авторськими правами в цифрову епоху. У 2011 р. Всесвітня організація інтелектуальної власності також зробила спробу запустити проект зі створення міжнародної бази даних музичних творів International Music Registry (IMR), проте, незважаючи на, здавалося б, великі перспективи, у підсумку проект не отримав подальшого розвитку. Створення альтернативної та більш всеосяжної бази даних також було метою групи представників музичної індустрії, у тому числі низки європейських та американських організацій колективного управління, які об'єднали зусилля навколо проекту єдиного міжнародного каталогу музичних творів – Global Repertoire Database (GRD), започаткованого в 2008 р. Проте й він не був реалізований повністю через залишення проекту низкою організацій колективного управління та припинення фінансування з їхнього боку [7].

Зрозуміло, що труднощі впровадження в життя ідеї глобального ліцензування пов'язані насамперед із технологічними та фінансовими аспектами. Окрім необхідності запровадження принципу багатотериторіального управління інтернет-правами, сам процес видачі ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності в цифровому середовищі потребує автоматизації. Це дасть змогу зменшити витрати часу й інших ресурсів та здешевити таким чином вартість послуг, а також забезпечить оперативну обробку численних запитів. Як справедливо зазначається, схема цифрового ліцензування повинна включати розробку технологічних методів додавання до цифрового контенту відомостей про авторів, їхніх агентів, умови надання ліцензії та використання матеріалів (метадані), створення онлайнових баз даних контенту, можливостей автоматичного обміну інформацією та отримання ліцензій [8].

Що стосується автоматичного процесу видачі ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності, то такий механізм уже давно використовується низкою організацій і сервісів щодо окремих груп охоронюваних об'єктів. Так, наприклад, за допомогою деяких сервісів можна отримати так звані механічні ліцензії[1] на відтворення й розповсюдження музичних композицій. Така ліцензія може бути надана тільки в тому разі, якщо суб'єкт авторських прав на твір реалізував своє виключне право першої

[1] Термін «механічні ліцензії» походить від поняття «механічні права», яке зазвичай застосовується в зарубіжній доктрині на позначення права на відтворення музичного твору у формі запису будь-яким механічним способом на фізичних носіях (CD, DVD, касетах, платівках тощо) або в цифровому форматі за допомогою різних електронних засобів. Права на механічне відтворення дають змогу записати кавер-версію пісні, тобто власну версію раніше випущеної чужої композиції, а також семплувати певні частини оригінальної композиції.

публікації, інакше надання такого дозволу має бути зумовлене договором із правовласником. Як правило, механічні ліцензії видаються окремо на кожний вид конфігурації медіа, наприклад, на здійснення запису на фізичному носії (на компакт-диску чи платівці) та на здійснення запису в цифровому форматі. Законодавством низки країн, зокрема США, Швейцарії, Японії, Ірландії, Індії, передбачено видачу обов'язкових, або примусових, ліцензій на механічне відтворення, тобто без необхідності отримання згоди правовласника, проте з виплатою йому винагороди.

Послуги з оформлення механічних ліцензій онлайн із подальшим розподілом сум винагород на користь авторів та/або композиторів надає, наприклад, американська агенція з управління механічними правами Harry Fox Agency (HFA). При цьому використовується онлайновий інструмент із ліцензування Songfile®, який дає користувачам змогу здійснити пошук у понадмільйонному каталозі пісень та замовити відповідну ліцензію для відтворення музичної композиції у вигляді запису на фізичному носії (CD, касеті, грамплатівці), задля постійного цифрового завантаження, рінгтонів чи інтерактивного потокового розповсюдження. У разі відтворення на фізичному носії ліцензія не має визначеного строку дії, у решті випадків вона є дійсною впродовж одного року. З огляду на територіальний принцип дії авторських прав такі механічні ліцензії видаються на відтворення композицій (пісень) у формі звукозаписів для їх виготовлення й розповсюдження на території США. Водночас цікаво, що іноземні ліцензіати – виробники музичних репродукцій можуть отримати механічну ліцензію на розповсюдження на території США здійсненої репродукції в цифровому форматі незалежно від країни місцезнаходження комп'ютера/сервера передачі цих цифрових репродукцій. Для розповсюдження відповідних репродукцій на фізичних носіях на території США, якщо вони виготовлені поза межами країни, вимагається оформлення ліцензії на імпорт [9].

Онлайн-ліцензування подекуди застосовується для видачі ліцензій на право публічного виконання музичних творів недраматичного характеру. Таку практику було запроваджено, зокрема, Американським товариством композиторів, авторів та видавників ASCAP та агентством Broadcast Music Incorporated (BMI). У такий спосіб передбачено можливість придбання ліцензії через Інтернет для використання в роботі танцювальних шкіл, розважальних закладів, цифрових сервісів, веб-сайтів і мобільних додатків, подкастів, інтернет-радіо, онлайнових радіостанцій, потокового віщання тощо. Крім того, послуги з надання ліцензій онлайн надають низка звукозаписуючих компаній відповідно до представленого ними репертуару (наприклад, сервіс Magnatune[2]).

Ліцензування в режимі реального часу через Інтернет застосовується також щодо інших охоронюваних об'єктів авторського права: зображень, відео, друкованих творів тощо. Некомерційною організацією Copyright Clearance Center (CCC) розроблено транскордонний сервіс із ліцензування цифрових прав та прав на передрук RightsLink. Останній дає змогу видавникам та контент-провайдерам пропонувати онлайн свої авторські матеріали (статті, зображення, мобільний і медіа-контент), миттєво надаючи дозвіл і замовлений контент, забезпечуючи при цьому безпеку та надаючи змогу відстежувати використання контенту [10].

Крім того, говорячи про доступні механізми онлайн-ліцензування, не можна оминути увагою так звані вільні ліцензії, поява яких пов'язується насамперед із соціальним рухом за вільне програмне забезпечення, який зародився в 1980-х рр. завдяки Фон-

[2] Music Licensing at Magnatune [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://magnatune.com/info/licensing.

ду вільного програмного забезпечення (FSF), метою якого є забезпечення свободи для користувачів комп'ютерів шляхом сприяння розвитку та використанню вільного програмного забезпечення й документації, що пов'язується насамперед із проектом GNU (вільна операційна система). При цьому було сформульовано базове поняття «вільна програма», яке включає в себе такі складники: свободу виконувати програму будь-яким чином у будь-яких цілях; свободу вивчати роботу програми та модифікувати програму, у тому числі фактичне використання зміненої версії для власних обчислень; свободу передавати копії програми; свободу передавати копії своїх змінених версій іншим особам [11]. У межах зазначеного проекту було розроблено декілька видів ліцензій вільних програм: стандартну публічну ліцензію GNU (GPL), меншу стандартну публічну ліцензію GNU (LGPL), стандартну публічну ліцензію GNU Affero (AGPL), ліцензію вільної документації GNU (FDL) тощо. Остання дає змогу використовувати різні інструкції, керівництва та інші документи, які супроводжують розроблення комп'ютерних програм. Для використання відповідної ліцензії необхідно скопіювати її текст і помістити у вихідний файл. Задля інформування інших осіб про випуск та розповсюдження програми на умовах певної ліцензії передбачено можливість використання відповідних логотипів.

Крім того, існують також інші ліцензії, спрямовані на забезпечення вільного використання не лише комп'ютерних програм, а й інших охоронюваних об'єктів авторського права, наприклад: Arphic Public License (зазвичай використовується щодо комп'ютерних шрифтів), Open Database License (для баз даних), Design Science License (для даних загального характеру), Free Art License (для творів мистецтва, художніх творів тощо) [12]. Так, ліцензія Free Art License [13] може бути використана щодо творів, зображень, звуків та інших охоронюваних об'єктів як у цифровій, так і в матеріальній формі, надаючи право вільно їх копіювати, поширювати й трансформувати, не порушуючи при цьому авторські права. За її умовами ліцензіат має право поширювати копії твору як у зміненому, так і в незміненому вигляді, у будь-якій формі та місці, за плату чи безоплатно. Однак при цьому має бути дотримано низки умов, а саме: текст зазначеної ліцензії без будь-яких змін має бути прикріплений до копії твору або має бути чітко зазначено, де можна ознайомитись із ліцензією; одержувачу має бути повідомлено ім'я автора оригіналу, у тому числі ім'я особи, яка внесла зміни (модифікації) до твору; одержувачу також має бути повідомлено, де можна здійснити доступ до оригіналів твору, як первинних, так і наступних. Такі ж вимоги висуваються до ліцензіата, який здійснює поширення змінених ним копій. При цьому має зазначатись, що твір було змінено (за можливості також окреслено, якого характеру зміни було зроблено), сама ж створена робота має поширюватись на умовах такої ж ліцензії або будь-якої іншої сумісної з нею ліцензії. Додержання цих умов гарантує ліцензіату право вносити зміни до твору [13].

Спрощують обіг об'єктів права інтелектуальної власності ліцензії групи Creative Commons, які визначаються з-поміж інших універсальністю об'єктів ліцензування. Ці ліцензії, як і інші вільні ліцензії, потребують зазначення імені автора під час використання й розповсюдження твору. При цьому з огляду на розроблені прихильниками концепції вільного контенту критерії поняття «вільна програма» лише дві ліцензії Creative Commons – Commons Attribution та Creative Commons Attribution ShareAlike – відповідають їм, у зв'язку із чим їх зазвичай відносять до категорії вільних ліцензій. Зокрема, ними передбачається можливість створення похідних творів і їх розповсюдження на таких же умовах [14].

Відповідно до вже згадуваних рекомендацій Державної служби інтелек-

туальної власності України щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права й суміжних прав вільна публічна ліцензія визначається як загальнодоступний договір приєднання, що надає особі, яка приєдналась до такого договору, безоплатний дозвіл на використання об'єкта авторського права та/або суміжних прав певними способами на умовах, визначених ліцензією [2]. У цілому вільні публічні ліцензії містять схожі умови, основними з яких є дозвіл на вільне використання та розповсюдження твору, його творчу переробку, тобто створення на його ґрунті похідних робіт (адаптацій, аранжувань, модифікацій, перекладів, реміксів тощо), з подальшим їх розповсюдженням на тих же умовах або на умовах інших сумісних ліцензій. Перелік таких сумісних ліцензій складається відповідними організаціями, які займаються просуванням і впровадженням ідеї Copyleft, сутність якої полягає в збереженні за авторами лише особистих немайнових прав та забезпеченні в такий спосіб вільного використання творів. Зазвичай вільні ліцензії не містять вказівку на територію, на яку поширюється їхня дія, що насамперед відповідає транскордонності просторів Інтернету.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що особливості функціонування мережі Інтернет та властивості цифрового середовища зумовлюють необхідність пошуку шляхів пристосування оффлайнових механізмів ліцензування до потреб цифрового ринку та переведення їх у режим реального часу. Крім того, з огляду на екстериторіальний характер самої мережі та переважно територіальний принцип дії майнових прав інтелектуальної власності єдиним і своєрідним компромісом виступає запровадження системи їх багатотериторіального управління й ліцензування. Такі тенденції вже намітились і впроваджуються на регіональних рівнях, тому відповідний досвід потребує подальшого вивчення й узагальнення. Сам механізм онлайн-ліцензування можна розуміти подвійно: як такий, що стосується надання дозволів на використання й поширення об'єктів права інтелектуальної власності в цифровому середовищі мережі Інтернет, та такий, що здійснюється в автоматизованому режимі онлайн. Невід'ємну частину механізму онлайн-ліцензування становлять вільні публічні ліцензії, які відкривають значні перспективи та можливості в створенні легального цифрового середовища.

Ключові слова: об'єкти права інтелектуальної власності, онлайн-ліцензування, багатотериторіальне управління, вільні публічні ліцензії, цифрове середовище.

Статтю присвячено дослідженню проблеми онлайн-ліцензування об'єктів права інтелектуальної власності. Розглядаються існуючі умови та відповідні механізми видачі ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

Статья посвящена исследованию проблемы онлайн-лицензирования объектов права интеллектуальной собственности. Рассматриваются существующие условия и соответствующие механизмы выдачи лицензий на использование объектов права интеллектуальной собственности в сети Интернет.

The article is dedicated to the problem of online licensing of intellectual property. Existing conditions and appropriate mechanisms for issuing licenses for the use of intellectual property on the Internet are examined.

Література

1. Рекомендації щодо онлайн-ліцензування / Державна служба інтелектуальної власності України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits.html.

2. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав / Державна служба інтелектуальної власності України [Електронний ресурс]. –

Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits.html.

3. Братусь Д.В. Защита авторских прав в цифровую эпоху / Д.В. Братусь // Вопросы российской юстиции. – 2015. – № 2(2). – С. 23–27.

4. Commission Recommendation of 18 May 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services № 2005/737/EC (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32005H0737.

5. Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:084:0072:0098:EN:PDF.

6. Proposed Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing – frequently asked questions (July 7, 2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-545_en.htm.

7. Milosic K. GRD's Failure / K. Milosic // Music Business Journal [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.thembj.org/2015/08/grds-failure.

8. Тарасов Д.А. Авторитетный обзор перспектив права интеллектуальной собственности в цифровой сфере / Д.А. Тарасов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lexdigital.ru/2012/030.

9. The Harry Fox Agency (HFA) – Frequently Asked Questions [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.harryfox.com/find_out/faq.php.

10. RightsLink for Permissions / Copyright Clearance Center [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.copyright.com/rightsholders/rightslink-permissions.

11. What is free software? The Free Software Definition / GNU Operating System [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html.

12. Various Licenses and Comments about Them / GNU Operating System [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.gnu.org/licenses/license-list.en.html.

13. Free Art License 1.3 / Copyleft Attitude License Art Libre [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://artlibre.org/licence/lal/en.

14. Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://creativecommons.org/licenses/?lang=en.

УДК 347.1

Г. Грігорянц,
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРОВАЙДЕРА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

У сучасному світі боротьба з піратством у мережі Інтернет стала чинником появи нових правил та порядку користування Інтернетом. Два десятиліття тому неможливо було уявити, що технології стануть настільки поширеними, що будуть цілеспрямовано використовуватись у злочинних цілях. Сучасний розвиток права інтелектуальної власності, у тому числі авторського права, диктує нові умови щодо користування та придбання результатів інтелектуальної діяльності. Інформація визнається одним із найцінніших і найважливіших ресурсів, що належить творцям та правоволодільцям. З метою охорони інтересів правоволодільців вільне поширення в мережі Інтернет результатів інтелектуальної власності зазнає суттєвих обмежень, за порушення яких законодавством окремих зарубіжних країн передбачені великі штрафні санкції.

Нагальною проблемою, яка існує в національній практиці, є визначення правового статусу окремих учасників відносин, що виникають у мережі Інтернет. Одним із таких учасників є провайдер, під яким пропонується розуміти не лише особу, яка постачає послуги щодо підключення та обслуговування мережі Інтернет, а й інших інформаційних посередників.

Так, С.О. Ємельянчик виділяє три основні види інтернет-провайдерів: «провайдери доступу» (Access-Provider), «провайдери присутності» (Presence-Provider) та «провайдери змісту» (Content-Provider). Під «провайдерами доступу» розуміються суб'єкти, які, маючи у своєму розпорядженні необхідне технічне устаткування (комп'ютерну мережу, що має постійне з'єднання з Інтернетом і включає комп'ютери, – сервери доступу, через які здійснюється підключення), надають доступ в Інтернет. «Провайдери присутності» забезпечують віртуальну присутність користувача в мережі шляхом надання свого дискового простору на сервері для розміщення ресурсів користувача («хостинг»). «Провайдери змісту» забезпечують інформаційне наповнення мережі Інтернет шляхом розміщення й надання доступу до інформації користувачам [1, с. 80].

Права, обов'язки та відповідальність зазначених суб'єктів мають бути закріплені в законодавстві, оскільки в сучасному світі провайдер виступає спеціальним суб'єктом права, який надає користувачам доступ і можливість розміщувати продукцію в мережі Інтернет, у тому числі піратську. З огляду на недостатньо повне визначення правового статусу провайдерів за законодавством України важливе значення має дослідження досвіду окремих зарубіжних країн щодо визначення прав та обов'язків провайдерів у сфері захисту прав інтелектуальної власності.

У Канаді за надходження провайдеру повідомлення від суб'єкта авторського права про те, що абонент зробив доступними або завантажив до системи обміну файлами контент із порушенням авторського права та/або суміжних прав, інтернет-провайдер зобов'язаний направити повідомлення абоненту та контролювати його діяльність певний період часу, проте не вчиняє жодних інших дій: не передає особисту інформацію абонента, не видаляє її зміст із системи, не

© Г. Грігорянц, 2016

скасовує послуги для абонента. Якщо матеріал, що порушує авторське право, не буде видалено добровільно, суб'єкт авторського права та суміжних прав має можливість звернутись до суду з вимогами про розкриття даних про особу користувача, про усунення контенту, про захист порушеного права. Провайдер усуває такий контент лише на підставі рішення суду, при цьому застосовується такий спосіб захисту, як судова заборона.

У Великобританії суб'єктами авторського права й суміжних прав складається список IP-адрес, з яких відбуваються регулярні порушення їхніх прав. Такі списки пересилаються відповідному провайдеру разом зі звітом про порушення авторського права. Провайдер має перевірити, чи відповідає це повідомлення встановленим у законі вимогам, та повідомляє користувача послуг про ймовірне порушення. На наступному етапі суб'єкт права надсилає запит провайдеру про надання списку імовірних порушників. Цей список містить анонімний перелік усіх користувачів, які досягли межі порушень, з відміткою про порушення. Після цього суб'єкт права може звернутись до суду для отримання судового рішення щодо ідентифікації користувача послуг та із цією інформацією розпочати судовий процес щодо порушення авторського права [2, с. 130–131].

Законодавство Франції визначило статус провайдерів як суб'єктів відносин із захисту авторських і суміжних прав та поклало на них певні зобов'язання. З огляду на букву закону провайдери під час звернення Вищого органу у сфері захисту авторських прав в Інтернеті зобов'язані надати інформацію про користувача (поштову адресу, особову інформацію, телефон та електронну адресу). Більше того, провайдери під час складання та підписання договору про послуги зі своїми клієнтами зобов'язані включити пункти про законні способи споживання культурного цифрового продукту, про відповідальність за нелегальне використання цифрового культурного продукту, про методи захисту інтернет-з'єднання. За встановлення особи злочинця провайдер відправляє йому попереджувальні листи, якщо ж вони не здійснюють належного впливу, у справу можуть вступати судові органи [3, с. 170].

У Федеративній Республіці Німеччина передбачено врегулювання суперечок щодо розміщення об'єктів авторського права й суміжних прав у мережі Інтернет у судовому порядку. При цьому, якщо встановлено, що порушення відбувалось у комерційному обсязі, суб'єкт авторського права й суміжних прав може звернутись до суду з проханням надання провайдером назви та адреси відповідної особи – можливого порушника. Суд має оцінити, чи є виправданим втручання в захист персональних даних порушника, з огляду на важкість порушення авторського права.

У США передбачений механізм припинення доступу до матеріалів, щодо яких існує підозра в порушенні авторського права, а також схема відповідальності провайдера за порушення авторського права в мережі Інтернет [2, с. 132–133].

Практика визначення статусу провайдера в мережі Інтернет таких держав, як США, Франція, Федеративна Республіка Німеччина, Канада, Великобританія, може бути використана з метою вдосконалення механізмів боротьби з піратством в Україні. Однак вона потребує значних фінансових витрат, підвищення рівня професійної підготовки кадрів та технічного оснащення.

У Російській Федерації законодавство дозволяє правовласнику звернутись до Роскомнадзору, який упродовж трьох робочих днів має визначити хостинг-провайдера сайту зі спірним контентом і направити йому повідомлення про порушення прав інтелектуальної власності. Провайдер упродовж одного робочого дня повідомляє про це власника інформаційного ресурсу (сайту), на якого саме покладається обов'язок із видалення інформації. У разі неприйняття ним будь-яких заходів відомості направляються операторам

зв'язку, які повинні будуть блокувати доступ користувачів до всього сайту. Якщо суд згодом визнає заблокований контент законним, доступ до нього знову буде відкрито [5, с. 423].

В Ірландії із січня 2009 р. користувачів файлообмінних мереж, що порушують авторські права, відключають від Інтернету. Відключення проводить найбільший провайдер країни – компанія «Eircom», яка має намір домогтись подібних заходів від усіх інтернет-провайдерів Ірландії. У Китайській Народній Республіці сайти не закривають, проте піддають суворій перевірці. У цій країні діє постанова, згідно з якою кожен музичний трек, що з'являється на будь-якому китайському музичному сайті, спочатку має отримати дозвіл на публікацію від державних органів і правовласника запису. Причому з кожним треком повинен поставлятись текст пісні двома мовами – мовою оригіналу та в китайському перекладі. У Бразилії з кінця 2008 р. діє закон про боротьбу з кіберзлочинністю, згідно з яким інтернет-компанії зобов'язані заводити досьє на своїх клієнтів. За новим законом інтернет-провайдери зобов'язані зберігати інформацію про всі підключення своїх клієнтів до мережі до 3 років та надавати її на першу вимогу правоохоронних органів. Крім того, постачальники послуг зобов'язані повідомляти про будь-які ознаки злочину, що здійснюється в мережі Інтернет [6, с. 16].

У Данії існує припис 3 місяці зберігати за рішенням суду на вимогу правоохоронних органів персональні дані користувачів та інформацію про передані повідомлення. Доступ до сайтів, які містять або мають посилання на матеріали, що порушують авторські права, блокується провайдером за рішенням Верховного суду Данії [7, с. 77–78].

Варто зауважити, що в міжнародній практиці та законодавстві не вироблено єдиного підходу щодо визначення правового статусу провайдера та його ролі в попередженні й припиненні порушень авторських і суміжних прав у мережі Інтернет. На підставі аналізу законодавства зарубіжних країн вбачається можливим виділити три підходи до визначення правового статусу провайдера:

1) «розширений» – на вимогу правоволодільця провайдер має право контролювати діяльність користувача, на якого було отримано скаргу; згідно з рішенням органу владних повноважень він повинен надавати конфіденційну інформацію про користувачів, видаляти піратський контент або блокувати доступ до сайтів, на яких він міститься; на основі рішення суду провайдер має припиняти доступ порушники до мережі Інтернет (наприклад, у Франції, США, Китайській Народній Республіці, Бразилії). Позитивним моментом використання цього підходу є швидкість реагування на порушення авторських і суміжних прав у мережі Інтернет, однак він призводить до певних випадків зловживання та порушення прав осіб на конфіденційну інформацію;

2) «обмежений» – на вимогу правоволодільця провайдер має право контролювати діяльність користувача, на якого було отримано скаргу, однак розкриття конфіденційної інформації, блокування сайтів та припинення доступу до мережі Інтернет може відбуватись лише на основі рішення суду (наприклад, у Канаді, Федеративній Республіці Німеччина, Великобританії, Російській Федерації). Є найбільш дієвим та справедливим підходом до вирішення проблеми забезпечення провайдером охорони авторських і суміжних прав у мережі Інтернет, при цьому враховує права особи на конфіденційність інформації;

3) «вузький» – провайдер має право контролювати дії користувачів лише на вимогу державних органів, при цьому розголошення конфіденційної інформації, блокування сайтів та припинення доступу до мережі Інтернет може відбуватись лише на основі рішення суду (наприклад, в Україні, Данії). Світовою спільнотою цей підхід вважається менш ефективним, оскільки не гарантує

швидкість реагування на порушення в мережі Інтернет. Однак варто зауважити, що така модель забезпечення прав авторів і правоволодільців має право на життя, особливо в менш розвинених країнах, оскільки забезпечення провайдерів засобами контролю всіх користувачів мережі Інтернет є достатньо складною з фінансового й технічного боку процедурою.

Проблема визначення повноважень інтернет-провайдерів більшістю країн світу вирішується покладенням на останніх певних функцій, пов'язаних із наглядом та перевіркою діяльності користувачів у мережі Інтернет. У деяких країнах інтернет-провайдери виконують рішення державних органів щодо видалення піратського контенту, закриття сайтів, відключення користувача від мережі. В Україні, на жаль, діяльність провайдерів у мережі Інтернет не має чіткої регламентації та є актуальною, оскільки сьогодні провайдери України не зобов'язані контролювати діяльність користувачів, надавати інформацію про клієнтів (надають лише на підставі рішення суду) та не беруть участь у процесі охорони об'єктів авторського права й суміжних прав від піратства в мережі Інтернет. Лише провайдери змісту (провайдери, які контролюють наповнення сайтів мережі Інтернет) мають можливість контролювати інформацію, яка знаходиться на сайті, видаляти її, при цьому така діяльність ініціюється лише автором або правовласником та цілком залежить від волі провайдера.

Іншим дискусійним питанням у сфері охорони об'єктів авторського права й суміжних прав у мережі Інтернет є відповідальність за піратський контент, що розміщується в мережі. По-перше, не закріплено чіткий перелік суб'єктів правовідносин мережі Інтернет; по-друге, не визначено, хто несе відповідальність за завантаження піратського контенту на сайт: провайдер, власник сайту або користувач (з огляду на норми права це користувач, однак виникає проблема його ідентифікації та притягнення до відповідальності). Окрім особи, яка безпосередньо розміщує твір чи об'єкт суміжних прав у мережі, розглядалась можливість притягнення до відповідальності осіб, які надають хостинг порушнику, а також провайдерів, які забезпечують технічний доступ до мережі Інтернет, через труднощі з ідентифікацією правопорушника, який протиправно завантажив твори (об'єкти суміжних прав) у цифрову мережу [8, с. 7]. Можливість притягнення до відповідальності інтернет-провайдерів та власників домену не є цілком вирішеною. Зазвичай відповідальність за розміщену на сайті інформацію несе провайдер або власник домену. Проте здійснювати перевірку всього контенту на його відповідність встановленим нормам і на предмет дотримання авторського права фізично неможливо. Навіть якщо невідповідність буде оперативно виявлено, відстежити несанкціоноване копіювання твору та розміщення його на інших ресурсах неможливо. Попередження власника хостингу про відповідальність за несанкціоноване використання твору навряд чи можна вважати дієвим засобом захисту об'єктів авторського права в мережі. За таких умов неможливе також судове переслідування, що пояснюється низкою об'єктивних технічних, економічних, соціальних і юридичних причин [9, с. 214].

На сьогодні в низці країн світу прийнято предметні закони, що стосуються інституту відповідальності провайдерів. Так, у шведському законі, що регулює відповідальність власників дощок оголошень, встановлюється, що вони зобов'язані видаляти повідомлення третіх осіб у тому випадку, якщо інформація, яка міститься в повідомленнях, порушує низку норм кримінального та цивільного законодавства (у частині авторського права). Під час аналізу іноземних судових прецедентів (насамперед тих, що мали місце в США) можна зробити висновок, що за відсутності предметної норми в законі суд діє по-різному, проте завжди звертає увагу на характер волевиявлення

провайдера за отримання інформації про порушення прав третіх осіб за допомогою функціонування його інформаційних ресурсів і систем [10].

До законодавства Російської Федерації також були внесені певні зміни. Федеральний закон «Про інформацію, інформаційні технології і про захист інформації» передбачив, що правовласник у разі виявлення в інформаційно-телекомунікаційних мережах, у тому числі в мережі Інтернет, фільмів (кінофільмів, телефільмів) або інформації, необхідної для їх отримання з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж, які поширюються без його дозволу чи іншої законної підстави, має право звернутись до органу виконавчої влади, який здійснює функції з контролю та нагляду у сфері засобів масової інформації, масових комунікацій, інформаційних технологій і зв'язку, із заявою про прийняття заходів щодо обмеження доступу до інформаційних ресурсів, які поширюють такі фільми чи інформацію, на підставі судового акта, який набрав чинності. Цивільний кодекс Російської Федерації було доповнено статтею, яка передбачає відповідальність інформаційного посередника, а також містить визначення інформаційного посередника як особи, що здійснює передачу матеріалу в інформаційно-телекомунікаційній мережі, у тому числі в мережі Інтернет, особи, яка надає можливість розміщення матеріалу або інформації, необхідної для його отримання з використанням інформаційно-телекомунікаційної мережі, особи, що надає можливість доступу до матеріалу в цій мережі [11]. Зміни були внесені також до Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації та до Цивільного процесуального кодексу Російської Федерації, які стосуються попередніх забезпечувальних заходів і порядку розгляду справ у судах.

Навколо Федерального закону «Про інформацію, інформаційні технології і про захист інформації» ведеться чимало дискусій. Негативна оцінка закону навіть була висловлена в суспільній ініціативі, поданій ще в 2013 р., у якій цей закон визначається як «антипіратський закон», «закон про довільні блокування» або «російська SOPA». На думку авторів ініціативи, він був прийнятий у стислі терміни без урахування думки представників інтернет-галузі та без громадського обговорення, незважаючи на резонансний характер і численні вказівки експертів на неопрацьованість законопроекту та ризики, які спричинить його прийняття [12]. Однак, за висновком експертної робочої групи федерального рівня, робити висновки про цей закон зарано, оскільки потрібно дослідити практику його правозастосування [13].

Прийняття змін до законодавства дало змогу Російській Федерації більш активно боротись із піратськими сайтами, оскільки передбачається їх блокування, якщо піратський контент не буде видалений у певні строки. Однак на більшості сайтів, які містять нелегальний контент, піратами вже розроблені рекомендації для користувачів мережі, що дають змогу обходити блокування (наприклад, на сайті kinokong.net); при цьому адміністрація сайту зазначає: «Блокування є незаконним. Роскомнадзор порушує Конституцію Російської Федерації. Обходячи блокування, ви не порушуєте закон, а навпаки, боретесь із беззаконням») [14].

На основі аналізу законодавства зарубіжних країн можна зробити висновок про те, що відповідальність провайдерів є необхідним заходом для забезпечення прав авторів і правоволодільців, що має застосовуватись на основі рішення суду за такі дії: свідоме розміщення піратського контенту; невидалення, несвоєчасне видалення цього контенту після звернення автора або правоволодільця (на основі рішення служби із захисту прав інтелектуальної власності); незакриття сайтів, які систематично порушують законодавство про охорону авторського права й суміжних прав (на вимогу суду); нерозкриття інформації про користувачів,

які систематично порушують законодавство про охорону авторського права й суміжних прав (на вимогу суду).

Питання відповідальності користувачів, які розміщують піратський контент, необхідно вирішувати лише в судовому порядку, при цьому недопустимим є обмеження прав громадян на доступ до інформації без законно винесеного рішення суду. Використання тільки правових заходів не приводить до позитивного ефекту, необхідний комплексний підхід, який буде включати зміни в правосвідомості, культурі громадян, а також удосконалення технічних способів захисту та співробітництво держави, авторів, правовласників, провайдерів і користувачів у боротьбі з піратством у мережі Інтернет.

У законодавстві більшості країн світу закріплюються дедалі жорсткіші норми щодо регулювання діяльності у сфері авторського права й суміжних прав. Наприклад, у США введено новий спосіб боротьби з піратством. Під час скачування неліцензійного контенту користувачеві спочатку буде винесено декілька попереджень; також одним із видів попереджень може бути «урізання» швидкості доступу до Інтернету, а потім можуть зовсім позбавити можливості тривалий час користуватись Інтернетом.

У Федеративній Республіці Німеччина більш жорсткі методи боротьби з піратством. Німецькі провайдери щомісяця передають правовласникам персональні дані приблизно 300 тисяч своїх користувачів, які порушують закон про авторські права. Потім власники контенту надсилають порушникам листи з пропозицією заплатити компенсацію від 300 до 1 200 євро, і найчастіше отримують її без тривалих судових формальностей. Відомо, що такий підхід привів до зниження рівня онлайн-піратства на 20% із 2008 р.

У Японії до інтернет-піратства ставляться з особливою суворістю. Нещодавно японський уряд схвалив новий законопроект, згідно з яким за будь-який злочин у мережі Інтернет або за використання крадених піратських матеріалів каратимуть величезним штрафом або позбавленням волі на строк від 2 до 10 років. Покаранню буде підданий будь-який користувач Інтернету, який свідомо або через незнання завантажить піратський чи неліцензійний файл із порушенням авторських прав, у тому числі зображення, тексти, музику, відео та інший вміст мережі. Провайдери Японії зобов'язані будуть на першу вимогу повідомити про порушників у відповідні органи. Також будуть покарані ті, хто придбає неліцензійні CD- й DVD-диски та операційні системи. Порушник авторських прав повинен буде заплатити штраф у розмірі 25 000 доларів або відсидіти у в'язниці 2 роки. За завантаження ігор, фільмів чи музики накладається штраф у розмірі 10 000 доларів або відбуття покарання протягом 10 років [15].

Варто зауважити, що окремі дослідники підтримують необхідність збільшення відповідальності за піратські дії та ідею застосування таких методів покарання, як позбавлення волі й великі штрафи, навіть за некомерційне використання неліцензійного контенту. Така тенденція переважає в новому законодавстві багатьох розвинених країн, однак в Україні та інших країнах, які розвиваються, вона призведе до масових протестів і зменшення обсягів використання об'єктів права інтелектуальної власності й суміжних прав. Збільшення відповідальності шляхом встановлення великих грошових санкцій є доцільним в економічно розвинених країнах, що зумовлюється платіжною спроможністю їхніх громадян купувати саме ліцензійну продукцію, а не використовувати піратську, а також є можливість сплачувати штрафи такого розміру.

Одним із найбільш лояльних щодо користувачів Інтернету є антипіратський закон у Нідерландах. Так, завантаження фільмів, музики чи книг у некомерційних цілях визнається домашнім копіюванням і залишається в межах закону, проте за завантаження

програмного забезпечення передбачене покарання. Крім того, завантажувати піратські матеріали можна, а поширювати – ні; відповідно, усі торрент-трекери визнані незаконними, а їх користувачі можуть понести покарання [16]. Цілком можливий такий варіант регулювання відносин у мережі Інтернет і для України, адже він фактично ґрунтується на згоді чи незгоді авторів і правоволодільців поширювати продукцію на безоплатній основі, а також позбавляє можливості обміну ліцензійною продукцією з іншими користувачами.

Чинний Закон Китайської Народної Республіки «Про авторське право» передбачає цивільну відповідальність за порушення авторських прав, у тому числі в мережі Інтернет. Відповідно до ст. ст. 48, 49 цього закону передбачено, що порушник авторського права має виплатити суб'єкту авторського права компенсацію за спричинену шкоду. При цьому компенсація виплачується залежно від завданих збитків. Якщо збитки можливо підрахувати, компенсація виплачується, виходячи з отриманих незаконних доходів порушника. У разі, якщо збитки чи нелегальні доходи порушника неможливо визначити, призначається компенсація в розмірі до 500 000 юанів (приблизно 81 200 доларів) До порушника застосовуються такі санкції, як конфіскація нелегальних доходів, конфіскація та знищення незаконної продукції, накладення штрафу. Якщо дії особи є злочином відповідно до Кримінального кодексу Китайської Народної Республіки, проводиться кримінальне розслідування. Згідно зі ст. 217 цього кодексу за порушення авторського права, вчиненого з метою отримання прибутку, передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 3 років із виплатою штрафу або накладення штрафу як самостійне покарання. За ті ж дії за особливо тяжких обставин, якщо отримана сума значного розміру, зокрема, за виробництво й розповсюдження літературних, музичних творів, кіно-, теле- та відеопродукції, комп'ютерних програм, творів образотворчого мистецтва та інших творів без дозволу суб'єкта авторського права встановлено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 3 до 7 років та накладення штрафу. Відповідно до ст. 52 Кримінального кодексу Китайської Народної Республіки покарання у вигляді штрафу призначається в певній сумі з урахуванням обставин справи [17].

Французьке законодавство пішло шляхом посилення покарання за порушення авторських прав у мережі Інтернет. Це не завжди позитивно позначається на практиці, оскільки користувачі всесвітньої павутини просто не розуміють і не можуть відрізнити незаконне використання об'єктів авторських прав від правомірного користування цими благами [18, с. 138].

Розглянувши практику боротьби з піратством у мережі Інтернет у певних країнах світу, можемо зробити висновок, що більшість із них пішли шляхом збільшення відповідальності та обмеження прав користувачів і провайдерів. Рівень піратства в цих країнах зменшився, тобто такі зміни принесли позитивні результати. Однак повністю копіювати ці норми для українського законодавства вбачається недоцільним і навіть шкідливим. Насамперед необхідно встановити розумні ціни та скорегувати свідомість суспільства, інакше такі норми просто не будуть виконуватись і не дадуть змоги досягти бажаних позитивних зрушень.

На сьогодні для України найбільш придатними для запозичення є концепція вирішення цього питання в праві Нідерландів, а також деякі положення законодавства інших держав, що стосуються контролю провайдерами користувачів мережі Інтернет (з обмовкою, що надання особистої інформації до державних органів і блокування ресурсів не повинне здійснюватись без винесення судового рішення).

З метою законодавчого закріплення правового статусу провайдера мережі Інтернет пропонуємо в ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» закріпити таке визначення контент-провай-

деру: особа, яка відповідає за інформаційне наповнення телекомунікаційної мережі.

У ст. 38 «Права операторів, провайдерів телекомунікацій» вищевказаного закону додати до назви «контент-провайдерів», а також п. 5 такого змісту: «Контент-провайдер мережі Інтернет має право на наповнення веб-ресурсу, який йому належить, будь-якою інформацією, що не порушує норми законів і права інших осіб; на видалення та виправлення інформації, що була розміщена іншими особами, якщо це не порушує їхні законні права; на відстеження піратського контенту в мережі Інтернет; на видалення піратського контенту у зв'язку зі зверненням автора та/або правовласника або за власною ініціативою».

У ст. 39 «Обов'язки операторів і провайдерів телекомунікацій» Закону України «Про телекомунікації» необхідно додати до назви «контент-провайдерів» та ще три положення: п. 7 («За рішенням суду провайдер доступу зобов'язаний надавати конфіденційну інформацію щодо користувача мережею Інтернет, яким було здійснено правопорушення»), п. 8 («За рішенням суду хостер-провайдер зобов'язаний блокувати доступ до сайтів, які містять неліцензійний контент») та п. 9 («Контент-провайдер мережі Інтернет зобов'язаний здійснювати контроль за діяльністю користувачів у мережі Інтернет, щодо яких автором та/або правоволодільцем була подана скарга, та виконувати рішення державного органу з питань інтелектуальної власності щодо видалення піратського контенту»).

Ключові слова: піратство в мережі Інтернет, провайдер, контент-провайдер, відповідальність.

Статтю присвячено дослідженню прав та обов'язків провайдера в зарубіжних країнах, його відповідальності за розміщення піратського контенту в мережі Інтернет. У сучасному світі провайдер виступає спеціальним суб'єктом права, який надає користувачам доступ та можливість розміщувати продукцію в мережі Інтернет, у тому числі піратську. З огляду на недостатньо повне визначення правового статусу провайдерів у законодавстві України важливе значення має дослідження досвіду окремих зарубіжних країн щодо визначення прав та обов'язків провайдерів, а також відповідальності у сфері захисту авторських і суміжних прав від піратства в мережі Інтернет.

Статья посвящена изучению прав и обязанностей провайдера в зарубежных странах, его ответственности за размещение пиратского контента в сети Интернет. В современном мире провайдер выступает специальным субъектом права, который предоставляет пользователям доступ и возможность размещать продукцию в сети Интернет, в том числе пиратскую. Учитывая недостаточно полное определение правового статуса провайдеров в законодательстве Украины, важное значение имеет исследование опыта отдельных зарубежных стран относительно определения прав и обязанностей провайдеров, а также ответственности в сфере защиты авторских и смежных прав от пиратства в сети Интернет.

The article is devoted to the study of the rights and provider obligations in foreign countries, its responsibility for the placement of pirated content on the Internet. In today's world, the provider acts as a special subject of law, which allows users to access and the ability to place products on the Internet, including piracy. Given enough a full definition of the legal status of providers in the Ukrainian legislation, the importance of research experience in certain foreign countries with respect to the definition of rights and obligations of providers, as well as responsibility in the protection of copyright and related rights piracy on the Internet.

Література

1. Ємельянчик С.О. Сторони договору про надання послуг доступу в Інтернет (договору Інтернет-провайдингу) / С.О. Ємельянчик // Актуальні проблеми права: теорія і практика : зб. наук. праць. – Луганськ, 2012. – № 25. – С. 79–83.

2. Капіца Ю.М. Спеціальні механізми захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет / Ю.М. Капіца, О.А. Рассомахіна, К.С. Шахбазян // Інформація і право. – 2012. – № 3(6). – С. 129–140.

3. Шлюндт Н.Ю. Проблемы соблюдения авторских прав в сети «Интернет» на примере России и Франции / Н.Ю. Шлюндт, Л.В. Кирюхина // Символ науки. – 2015. – № 3. – С. 169–171.

4. Злобина И.В. К вопросу об ответственности информационного посредника за нарушение интеллектуальных прав в сети Интернет / И.В. Злобина // Теория и практика общественного развития. – 2013. – № 10. – С. 422–424.

5. Вилинов А.А. Проблемы охраны авторского права и смежных прав при использовании информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А.А. Вилинов ; Российская гос. академия интеллектуальной собственности. – М., 2012. – 20 с.

6. Омельченко І.К. Шляхи регулювання Інтернет-контенту в рамках національного законодавства України та міжнародних стандартів / І.К. Омельченко // Інформація і право. – 2014. – № 1. – С. 73–86.

7. Кохановська О.В. Спеціальні цивільно-правові способи захисту інформаційних прав: теоретичні та практичні аспекти / О.В. Кохановська // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 4. – С. 7–9.

8. Петренко К.В. Проблеми захисту авторського права в мережі Інтернет / К.В. Петренко // Вісник Одеського національного університету імені І.І. Мечникова. – 2012. – Т. 17. – № 7. – С. 209–217.

9. Карпенко О.І. Проблема відповідальності інформаційних провайдерів (посередників) / О.І. Карпенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://periodicals.karazin.ua/jls/article/view/1658/1402.

10. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях : Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148497.

11. Отменить закон о произвольных блокировках интернет-ресурсов от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ (закон против интернета) : инициатива № 50Ф4494 // Российская общественная инициатива [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.roi.ru/4494.

12. Отменить закон о произвольных блокировках интернет-ресурсов от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ (закон против интернета) : экспертное заключение экспертной рабочей группы федерального уровня на общественную инициативу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.roi.ru/upload/4494_Zakljuchenie.pdf.

13. Фильмы онлайн в хорошем качестве. Обход реестра [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kinokong.net/obgod-reestra.html.

14. Токарев Д.А. Интернет-пиратство как нарушение авторских прав / Д.А. Токарев, С.Б. Ткачёв, И.В. Кравченко // Развитие экономики региона: взгляд в будущее : матер. III городской науч.-практ. конф. (г. Волгоград, 6 декабря 2013 г.) / Волгоградский гос. архит.-строит. ун-т М-ва образования и науки РФ. – Волгоград : ВолгГАСУ, 2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vps-1011752-796.host4g.ru/attachments/oi_economy.pdf#page=305.

15. Беззуб І.І. Боротьба з інтернет-піратством в Україні: оцінки експертів / І.І. Беззуб [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=874:internet-piratstvo&catid=8&Itemid=350.

16. Боротьба з піратством у сфері авторського права в Китаї [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ndiiv.org.ua/ua/news/view-borotba-z-piratstvom-u-sferi-avtorskoho-prava-v-kytaji.html.

17. Селезнева Е.А. Правовое регулирование объектов интеллектуальной собственности в глобальной сети Интернет в российском и французском законодательствах / Е.А. Селезнева // Право и управление. XXI век. – 2013. – № 1(26). – С. 133–139.

УДК 347.91/95:347.235

Н. Голубєва,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

РОЗГЛЯД СУДАМИ СПРАВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ОБ'ЄКТАМИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

Захист і охорона власності є однією з найголовніших функцій держави. Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності. Кожен має право володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю, ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності (ст. ст. 13, 41 Конституції України). Проблемними в судовій практиці є справи, пов'язані з об'єктами самочинного будівництва, оскільки держава має забезпечити, з одного боку, законні інтереси забудовників, з іншого – інтереси суспільства щодо безпечного будівництва та дотримання закону з урахуванням державних, громадських та приватних інтересів.

Тому метою статті є спроба визначити основні тенденції, проблеми розгляду судами справ, пов'язаних із об'єктами самочинного будівництва, та шляхи їх вирішення.

В основному проблема розгляду судами справ, пов'язаних із об'єктами самочинного будівництва, досліджується юристами-практиками й суддями, на теоретичному рівні це питання порушували О.І. Дзера, В.А. Курібло, Г.Р. Мацюк, З.В. Ромовська, Є.О. Харитонов, Я.М. Шевченко та ін.

До об'єктів нерухомого майна Цивільним кодексом (далі – ЦК) України зараховано житлові будинки, будівлі, споруди, інше нерухоме майно (ст. ст. 331, 376). Згідно із Законом України «Про оренду державного та комунального майна», нерухоме майно поділяється на будівлі, споруди, приміщення (ст. 4). Відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р., об'єктами нерухомого майна є житлові будинки; квартири; будівлі, споруди, житлові й нежитлові приміщення (ст. 5). Визначення «житловий будинок», «квартира», «садиба» містяться в гл. 28 ЦК України, поняття «об'єкти житлової нерухомості» – у Податковому кодексі України. Об'єкти житлової нерухомості поділяються на такі типи: житловий будинок, житловий будинок садибного типу, прибудова до житлового будинку, квартира, котедж, кімнати в багатосімейних (комунальних) квартирах, садовий і дачний будинки (ст. 14.1.129). Об'єкти нерухомого майна мають бути капітального типу, а не тимчасовими, що є характерним для малих архітектурних форм і тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності, визначення яких міститься в ст. 28 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17 лютого 2011 р. № 3038-VI [1].

Не підлягають державній реєстрації речові права та їх обтяження на корисні копалини, рослини, а також на

© Н. Голубєва, 2016

малі архітектурні форми, тимчасові, некапітальні споруди, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких можливе без їх знецінення та зміни призначення, а також окремо на споруди, що є належністю головної речі або складовою частиною речі, зокрема на магістральні та промислові трубопроводи (у тому числі газорозподільні мережі), автомобільні дороги, електричні мережі, магістральні теплові мережі, мережі зв'язку, залізничні колії (ч. 4 ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01 липня 2004 р.).

Право власності на новостворену *нерухому* річ набувається: а) з моменту завершення будівництва; б) з моменту прийняття нерухомого майна до експлуатації, якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації; в) з моменту державної реєстрації прав на нерухоме майно, якщо право власності відповідно до закону підлягає державній реєстрації (ст. 331 ЦК України).

Водночас, згідно з ч. 1 ст. 182 ЦК України, право власності на нерухомі речі підлягає державній реєстрації. Названа норма має імперативний характер і підлягає пріоритетному застосуванню перед нормами ст. 331 ЦК України. Тому право власності на нерухомі речі може виникати лише з моменту державної реєстрації.

Основною умовою для визначення статусу нерухомого майна будь-якого об'єкта нерухомості(у тому числі й тих об'єктів, правовий статус яких законодавчими актами не визначений: асфальтовані чи бетонні площадки, під'їзні колії, автомобільна дорога, автомобільні платформи, спортивні споруди тощо) *є державна реєстрація* прав на нього [1].

Державна реєстрація права власності здійснюється на підставі Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р. в редакції від 26 листопада 2015 р. та Постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 25 грудня 2015 р. № 1127 (зі змінами). Процедура прийняття об'єкта в експлуатацію регламентована в Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 461 (у редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2015 р. № 750).

Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів здійснюється на підставі сертифіката відповідності, що видається Держархбудінспекцією та її територіальними органами.

Якщо об'єкт збудований без отримання відповідного дозволу, має застосовуватися Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства «Про затвердження Порядку прийняття в експлуатацію і проведення технічного обстеження індивідуальних (садибних) житлових будинків, садових, дачних будинків, господарських (присадибних) будівель і споруд, громадських будинків та будівель і споруд сільськогосподарського призначення I та II категорій складності, які збудовані без дозволу на виконання будівельних робіт» від 24 квітня 2015 р. № 79 (тобто йде мова про прийняття в експлуатацію об'єктів самочинного будівництва (ст. 376 ЦК України)).

Самочинним будівництвом є житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно (нове будівництво, реконструкція зі зміною площі та зайняттям земельної ділянки, прибудови, надбудови) якщо: 1) вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети; 2) вони збудовані або будуються на земельній ділянці без належного дозволу на виконання будівельних робіт; 3) вони збудовані або будуються на земельній ділянці без належно затвердженого проекту; 4) вони збудовані або будуються на земельній ділянці з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

При цьому для визнання об'єкта самочинним будівництвом достатньо хоча б однієї підстави. Як правило, під час самочинного будівництва відсутні відразу два необхідних документи: погоджений проект і дозвіл на здійснення будівництва.

Відсутність у забудовника відводу земельної ділянки під будівництво означає, що забудовник: 1) самовільно зайняв землю; або 2) порушив її цільове призначення. У першому випадку йдеться про захоплення земельної ділянки, за ці дії передбачена кримінальна відповідальність згідно зі ст. 197-1 Кримінального кодексу України. Порушення забудовником цільового призначення земельної ділянки є більш розповсюдженим випадком.

Будівництвом об'єкта нерухомості на земельній ділянці, що *не була відведена для цієї мети*, вважається спорудження таких об'єктів на земельній ділянці, що не зарахована до земель житлової й громадської забудови, зокрема наданій для ведення городництва, сінокосіння, випасання худоби тощо, цільове призначення або вид використання якої не змінено в установленому законом порядку. Під *наданням земельної ділянки* варто розуміти рішення компетентного органу влади чи органу місцевого самоврядування про передачу земельної ділянки у власність або надання в користування чи передачу права користування земельною ділянкою на підставі цивільно-правових договорів із фізичною чи юридичною особою. При цьому не може вважатися наданням земельної ділянки лише рішення компетентного органу влади про надання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки або для розробки проекту забудови. Під *метою* надання земельної ділянки варто розуміти вид використання земельної ділянки (ст. 19 Земельного кодексу (далі – ЗК) України, Класифікація видів цільового призначення земель, затверджена Наказом Державного комітету України із земельних ресурсів від 23 липня 2010 р. № 548), зазначений у рішенні відповідного компетентного органу державної влади чи місцевого самоврядування про надання земельної ділянки в користування або передачу у власність з урахуванням цільового призначення земельної ділянки [2].

Закон України «Про планування і забудову територій» передбачає обов'язок забудовника підготувати попередньо низку документів, у тому числі отримати необхідні документи на земельну ділянку та погодити у відповідних органах *проект* будівництва. Зрозуміло, що ці вимоги покликані передусім забезпечувати безпеку під час проведення будівельних робіт та експлуатації вже збудованого об'єкта.

Щоб погодити проект будівництва відповідно до норм чинного законодавства, забудовникові необхідно одержати дозвіл міської ради на право розробити й погодити проект, замовити проект у ліцензованій проектній організації, погодити проект із органами санітарного, пожежного й екологічного нагляду, провести експертизу, а потім затвердити проект у міськраді.

Відсутність цих документів означає, що об'єкт нерухомості зводиться самовільно.

До документів, які надають право виконувати будівельні роботи, належать повідомлення про початок будівельних робіт, реєстрація декларації про початок виконання будівельних робіт, видача технічних умов, видача вихідних даних тощо.

Самочинним також уважається будівництво хоча й на підставі проекту, але за наявності істотних порушень зазначених норм і правил як у самому проекті, так і під час будівництва за наявності рішень спеціально уповноважених органів про усунення порушень [2].

Факт істотного порушення будівельних норм і правил можна встановити шляхом проведення експертизи ліцензованою організацією, згідно з вимогами ст. 143 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України. Ці порушення або негативно позначаються

на правах третіх осіб, або можуть призвести до порушення правил експлуатації об'єкту, зокрема до псування чи загибелі об'єкта нерухомості.

За загальним правилом, особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, *не набуває* права власності на нього.

Право власності на самочинно збудоване нерухоме майно не набувають і спадкоємці забудовників. Права спадкоємців щодо самочинно збудованого майна визначаються судом відповідно до положень ст. 1218 ЦК України та з урахуванням роз'яснень, наданих у п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 р. № 7.

Це майно *не є об'єктом права власності*, воно не може бути предметом поділу та встановлення порядку користування в судовому порядку; на нього не може бути звернено стягнення за виконавчими документами, у тому числі продаж його з прилюдних торгів [2].

До початку реалізації права на забудову конкретної земельної ділянки особа зобов'язана в установленому порядку набути право власності або користування на цю земельну ділянку.

Особа, яка здійснила самочинне будівництво об'єкта на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, не може набути право власності на нього в порядку ст. 331 ЦК України.

Водночас законодавством передбачена можливість легалізації самочинного будівництва. Право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане лише у двох випадках:

I. *За особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки в установленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.*

Перешкоди для визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно вказані в ч. 4 ст. 376 ЦК України: 1) власник (користувач) земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила, здійснює самочинне будівництво на його земельній ділянці; 2) порушується права інших осіб.

Якщо ці обставини у наявності, суд виносить рішення про знесення об'єкта особою, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, або за її рахунок. Отримані під час знесення житлового будинку, будівлі або споруди матеріали залишаються у власності особи, яка здійснила самочинне будівництво.

Тому для легалізації самочинно побудованого об'єкта нерухомості необхідно оформити правовий титул на земельну ділянку під уже побудований об'єкт. Така можливість може бути відсутня у зв'язку з правовим режимом категорії земель або з неможливістю переведення забудованої земельної ділянки з однієї категорії земель до іншої.

Відповідно до ст. 125 ЗК України, право власності або право постійного користування на земельну ділянку виникає лише після одержання її власником або користувачем документа, що посвідчує право власності чи право постійного користування земельною ділянкою, і його державної реєстрації, а право оренди земельної ділянки виникає після укладення договору оренди та його державної реєстрації. Приступати до використання земельної ділянки до встановлення її меж у натурі (на місцевості), одержання документа, що посвідчує право на неї, і державної реєстрації забороняється.

Для підтвердження факту самочинного будівництва необхідно провести технічну інвентаризацію об'єкта, що проводиться бюро технічної інвентаризації.

З аналізу судової практики з відповідних справ можна зробити висновок про такі вимоги задоволення позову про визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне бу-

дівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети:

1. Надання земельної ділянки в установленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.

Якщо після закінчення будівництва земельну ділянку цій особі було передано у власність або надано в користування чи з власником земельної ділянки, на якій розміщено майно, укладено договір суперфіцію відповідно до її цільового призначення. Вирішуючи справи такої категорії, суд має виходити з того, що надання земельної ділянки під уже збудоване нерухоме майно чи укладення договору суперфіцію може відбутися як до висунення позову до суду, так і після цього. Якщо під час розгляду справи позивачеві відповідно до законодавства України було надано земельну ділянку або укладено договір суперфіцію, суд має оцінювати зазначені дії відповідача з урахуванням ч. 4 ст. 174 ЦПК України (визнання відповідачем позову) [2].

2. Збудований об'єкт не порушує прав третіх осіб.

3. Дотримані будівельні норми та правила (до участі в справі залучається Держархбудінспекція для подання відповідних висновків про відповідність побудованого об'єкта вимогам будівельних норм або факт відповідності чи невідповідності самочинного будівництва вимогам державних будівельних норм і правил може бути також установлений проведеною в рамках розгляду справи будівельно-технічною експертизою).

4. Самочинне будівництво було здійснено саме позивачем, що може підтверджуватися договорами підряду, актами прийому-передачі виконаних будівельних робіт тощо.

5. Має бути встановлена відповідність об'єкта пожежним і санітарним нормам (надаються висновки уповноважених на те органів).

Належним *відповідачем* за цією категорією справ є відповідна місцева рада (Закон України «Про місцеве самоврядування на Україні», Закон України «Про основи містобудування»).

Якщо самочинно збудоване нерухоме майно на чужій земельній ділянці, то позов про визнання права власності може бути висунуто до органу державної влади або органу місцевого самоврядування та власника (користувача) земельної ділянки у випадку забудови на земельній ділянці, яка належить до державної чи комунальної власності або фізичній чи юридичній особі. У разі висунення позову про визнання права власності на самочинно збудований об'єкт нерухомості до неналежного відповідача (наприклад, до бюро технічної інвентаризації чи лише до певної фізичної особи) суд залежно від предмета позову й обставин справи в порядку, передбаченому ч. 1 ст. 33 ЦПК України, має вирішити питання про його заміну на належного відповідача або з власної ініціативи в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 35 ЦПК України, залучає відповідний державний орган чи орган місцевого самоврядування як третю особу, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета позову, також, відповідно до ч. 3 ст. 45 ЦПК України, залучає до участі у справі відповідну інспекцію державного архітектурно-будівельного контролю для надання висновків на виконання її повноважень [2].

Варто відмітити, що власник земельної ділянки, що використав її не за цільовим призначенням, здійснивши самочинне будівництво, має в суді набагато більше шансів одержати право власності на такий об'єкт нерухомості, ніж власник земельної ділянки, що, не міняючи її цільового призначення, самочинно побудував об'єкт.

Право власності в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 376 ЦК України, може бути визнано лише на новозбудоване нерухоме майно або нерухоме майно, яке створено у зв'язку зі знесенням попередньої будівлі та, відповідно до будівельних норм і правил, є *завершеним будівництвом*. Визнання права власності на незавершений об'єкт самочинного будівництва не допускається [2].

II. *За власником (користувачем) земельної ділянки, на якій збудоване*

самочинне будівництво за умови, що, по-перше, особа-власник земельної ділянки *не збігається* з особою-забудовником (ця умова найчастіше порушується судами, внаслідок неправильного тлумачення положень ст. 376 ЦК України, тому визнається право власності на самочинні будівлі за власниками земельних ділянок навіть тоді, якщо ці власники є одночасно забудовниками); по-друге, це не порушує права інших осіб. У такому випадку видатки, понесені на самочинну побудову об'єкта, підлягають відшкодуванню забудовнику власником (користувачем) земельної ділянки.

Отже, на вимогу власника (користувача) земельної ділянки суд може визнати за ним право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на ній, якщо це не порушує права інших осіб. Це положення часто в судовій практиці тлумачиться як можливість забудовника, якщо він є власником земельної ділянки, визнати за ним права власності на об'єкт будівництва. На цій підставі «узаконена» велика кількість об'єктів.

Практика, що склалася, про визнання права власності на об'єкт за власником земельної ділянки, якщо він сам виступав забудовником, зумовлена недосконалістю організаційно-правового механізму реалізації права власників земельних ділянок на їхню забудову, що виражається в тривалості процедури одержання дозволу на будівництво, підготовки й затвердження проектної документації, одержання дозволу на виконання будівельних робіт, оформлення права власності на завершене будівництво, а також у значних фінансових витратах на виконання проектних, юридичних та інших робіт. Процес оформлення може тривати не один рік, тому на практиці визнання права власності на наявні будови здійснювалося в судовому порядку.

Отже, забудовники змушені спочатку зводити об'єкт, а потім звертатися в суд. Однак під час системного аналізу ч. ч. 3–5 ст. 376 ЦК України можна зробити висновок, що законодавець мав на увазі можливість визнання права власності на об'єкт, якщо особа власника (користувача) земельної ділянки не збігається з особою забудовником. Тобто якщо під уже збудований об'єкт забудовнику не вдалося відвести земельну ділянку чи змінити її цільове призначення, власнику земельної ділянки дається право вимагати, щоб право власності на самочинно збудоване нерухоме майно було визнане за ним.

З аналізу судової практики з відповідних справ можна зробити висновок про такі вимоги задоволення позову власника (користувача) земельної ділянки на право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на ній:

1) відвід для цієї мети в установленому порядку земельної ділянки власнику (користувачу) земельної ділянки (суд досліджує правовстановлювальні документи й з'ясовує цільове призначення земельної ділянки);

2) збудований об'єкт не порушує прав третіх осіб;

3) дотримані будівельні норми та правила (Держархбудінспекця подає відповідні висновки чи ці факти підтверджується будівельно-технічною експертизою);

4) самочинне будівництво було здійснено не позивачем, а іншою особою;

5) має бути встановлена відповідність об'єкта пожежним і санітарним нормам (надаються висновки уповноважених на те органів).

При цьому не може бути застосовано правила ст. 376 ЦК України під час вирішення справ за позовами:

– про визнання права власності на самочинно переобладнані квартири в багатоквартирних будинках різних житлових фондів, оскільки такі правовідносини врегульовано іншими нормами законодавства, зокрема ст. 383 ЦК України та відповідними нормами ЖК України щодо власників квартир;

– про визнання права власності на самочинно збудовані тимчасові споруди;

– про визнання права власності на самочинно збудовані належності до основної речі (ганок, веранда, мансарда тощо) [2].

Проте у випадку, коли квартира в такому будинку розташована на першому поверсі й власник здійснив прибудову до неї з одночасним зайняттям частини прибудинкової земельної ділянки, спір повинен вирішуватися відповідно до правил ст. 376 ЦК України. Тобто облаштування балкона на фундаменті не може бути визнано перепланованням, а має ознаки самочинного будівництва. А облаштування балкону, не пов'язане з використанням земельної ділянки, підпадає під ознаки перепланування (умови й порядок переобладнання, перебудови, перепланування будинків, жилих і нежилих приміщень у житлових будинках передбачені Правилами утримання жилих будинків та прибудинкових територій, затвердженими Наказом Державного комітету України з питань житлово-комунального господарства від 17 травня 2005 р. № 76), тому під час вирішення таких спорів судам потрібно керуватися нормами ст. 383 ЦК України.

Суди під час розгляду справ про визнання права власності на самочинне будівництво повинні належним чином перевіряти, чи було питання оформлення права власності на самочинне будівництво предметом розгляду компетентного державного органу, рішення якого чи його відсутність давали б підстави вважати про наявність *спору про право. Суд не повинен заміняти органи, які зобов'язані видавати дозволи на будівництво й узгоджувати забудови*; визнання права власності на самочинне будівництво в судовому порядку має залишатися виключним способом захисту права. Тому судам необхідно з'ясовувати, чи звертався позивач до компетентних органів із питання узаконення самочинного будівництва, чи було відмовлено компетентними органами у вирішенні зазначеного питання [3].

У разі відсутності посилання на такі обставини або докази суд має, відповідно до вимог ст. 121 ЦПК України, залишити позовну заяву без руху та надати строк для усунення недоліків із наслідками, передбаченими ч. 2 ст. 121 ЦПК України.

Рішенням Кілійського районного суду Одеської області від 08.02.2012 за Ж.Ф., Ж.Н. визнано право власності на житловий будинок. Підставами задоволення позову було те, що позивачі на відведеній їм згідно з рішенням міської ради земельній ділянці самовільно побудували житловий будинок, проте будинок в експлуатацію не прийнятий у зв'язку з порушенням будівельних норм. Зазначене рішення суду було скасовано рішенням апеляційного суду Одеської області від 12.11.2012 з ухваленням нового рішення про відмову в позові. Скасовуючи рішення суду в частині визнання права власності на самочинні будови, апеляційний суд обґрунтовано керувався тим, що позивачі не виконали вимоги закону щодо здачі в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів [4].

Вирішуючи справи про самочинне будівництво об'єкта нерухомості, здійснене в разі відмови у видачі дозвільних документів, але з додержанням державних стандартів, норм і правил, місцевих правил забудови населених пунктів і порядку розгляду цих питань, суд має врахувати, що відмова в наданні дозвільних документів може бути оскаржена до суду заінтересованою особою в порядку *адміністративного судочинства*. Якщо такі дії в судовому порядку не оскаржено, це не є підставою для відмови в позові, проте суд під час розгляду справи має дати правову оцінку такій відмові, зокрема, за правилами ст. 212 ЦПК України [2].

До об'єктів нерухомого майна належать житлові будинки, будівлі, споруди тощо капітального типу. Так, не підлягають державній реєстрації речові права та їх обтяження на малі архітектурні форми, тимчасові, некапітальні споруди.

За загальним правилом, особа, яка здійснила або здійснює самочинне бу-

дівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього, як і спадкоємці забудовника. Водночас законодавством передбачена можливість легалізації самочинної будови (але це має бути завершений будівництвом об'єкт).

Право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане лише у двох випадках: 1) за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки в установленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно; 2) за власником (користувачем) земельної ділянки, на якій збудоване самочинне будівництво, за умови, що, по-перше, особа-власник земельної ділянки не збігається з особою-забудовником (ця умова найчастіше порушується судами, внаслідок неправильного тлумачення положень ст. 376 ЦК України, і визнається право власності на самочинні будівлі за власниками земельних ділянок навіть тоді, якщо ці власники є одночасно забудовниками); по-друге, це не порушує права інших осіб.

При цьому другий випадок часто тлумачиться на практиці як можливість забудовника, якщо він є власником земельної ділянки, визнати за ним права власності на об'єкт будівництва. Ця практика (визнання права власності на об'єкт за власником земельної ділянки, якщо він сам виступав забудовником) зумовлена недосконалістю організаційно-правового механізму реалізації права власників земельних ділянок на їхню забудову (цей процес є довготривалим і складним), але це не може виправдовувати неправильне тлумачення закону. Під час системного аналізу ч. ч. 3–5 ст. 376 ЦК України можна зробити висновок, що законодавець мав на увазі можливість визнання права власності на об'єкт, якщо особа власника (користувача) земельної ділянки не збігається з особою забудовником.

Ключові слова: право власності, об'єкти самочинного будівництва, нерухомість, судова практика.

Стаття присвячена аналізу основних тенденцій, проблем розгляду судами справ, пов'язаних із об'єктами самочинного будівництва, і шляхам їх вирішення. Проаналізовано основні вимоги законодавства щодо розгляду судами справ, пов'язаних із об'єктами самочинного будівництва, і їх застосування на матеріалах судової практики.

Статья посвящена анализу основных тенденций, проблем рассмотрения судами дел, связанных с объектами самовольного строительства, и путям их решения. Проанализированы основные требования законодательства относительно рассмотрения судами дел, связанных с объектами самовольного строительства, и их применение на материалах судебной практики.

The article is sanctified to the analysis of basic tendencies, problems of consideration by the courts of the businesses related to the objects of wilful building and way of their decision. The basic requirements of legislation are analysed in relation to consideration by the courts of the businesses related to the objects of wilful building, and their application on materials of judicial practice.

Література

1. Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419.

2. Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва) : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

3. Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та ін-

ших речових прав : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21.12.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

4. Про узагальнення судової практики застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності на житловий будинок : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.09.2015 № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.htmlhttp://www.sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

УДК 347.95(477)

І. Андронов,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАКОННА СИЛА СУДОВОГО РІШЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Термін «законна сила» судового рішення неодноразово використовується в нормах Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Так, наприклад, відповідно до ст. 223 ЦПК України, рішення суду набирає законної сили після закінчення строку для подання апеляційної скарги, якщо апеляційну скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом. Після набрання рішенням суду законної сили сторони і треті особи із самостійними вимогами, а також їхні правонаступники не можуть знову заявляти в суді ту саму позовну вимогу з тих самих підстав, а також оспорювати в іншому процесі встановлені судом факти і правовідносини. Утім у юридичній літературі досі відсутній єдиний підхід до розуміння правової природи цієї властивості судового рішення.

Проблемі законної сили судового рішення в цивільному процесі було присвячено низку праць Ю.В. Білоусова, Є.В. Васьковського, Р.О. Гавріка, М.А. Гурвіча, М.Б. Зейдера, В.В. Комарова, Н.І. Маслєннікової, Д.І. Полумордвинова, В.І. Тертишнікова, Г.П. Тимченка, С.Я. Фурси, С.Н. Хорунжого, О.З. Хотинської, Н.О. Чечиної, С.І. Чорнооченко, О.М. Шиманович, М.Й. Штефана, Т.М. Яблочкова й ін. Однак питання щодо сутності та юридичної природи законної сили судового рішення залишається дискусійним і до сьогоднішнього дня остаточно не вирішене.

Метою статті є, охарактеризувавши сутність і юридичну природу законної сили судового рішення в цивільному процесі, надати визначення цього поняття.

Категорія «законна сила» як характеристика судового рішення наявна ще в римському приватному праві.

Положення про законну силу судового рішення ґрунтувалося на концепції, відповідно до якої рішення суду (sententia або res judicata) творить між сторонами право – “jus facit inter partes”. Таке значення мало рішення незалежно від питання про те, справедливе воно чи ні, бо “res judicata pro veritate accipitur” («розглянута справа сприймається як справедливо вирішена») [1]. Тобто законна сила судового рішення сприймалася як формальна істина.

Дія законної сили судового рішення в римському праві пов’язувалася передусім із неприпустимістю повторного розгляду одного разу вирішеної суперечки як гарантія забезпечення основного завдання правового регулювання – стабільність цивільного обороту («спокійне володіння правами») [2, с. 278].

Подібний підхід був сприйнятий і дореволюційними процесуалістами. На думку Т.М. Яблочкова, законна сила судового рішення як формальна істина виявляється в таких юридичних ефектах: 1) неспростовність (як неможливість оскарження звичайними способами); 2) реалізованість (як здатність судового рішення підлягати примусовому виконанню). Умовою набрання рішенням законної сили є дотримання res judicata – принципу неприпустимості повторного розгляду одного разу вирішеної справи [3, с. 554–556].

 © І. Андронов, 2016

Законна сила судового рішення, на думку Є.В. Васьковського, усуває можливість вторинного розгляду вирішеного судом питання в новому процесі, даючи право кожній зі сторін заявити заперечення про вирішену справу (exceptio rei judicatae) [4].

Дійсно, право й гарантована законом можливість оскарження судового рішення не повинні ставити під сумнів стабільність тих правовідносин, які були офіційно підтверджені судовим рішенням, що набрало законної сили. Учасник правовідносин, суб'єктивне право якого було підтверджене та захищене законною силою судового рішення, повинен бути впевнений у його непорушності, оскільки від цього багато в чому залежить довіра громадян до судової системи й переконаність в ефективності судової форми захисту права.

У цьому виявляється тісний взаємозв'язок принципів правової визначеності та остаточності судового рішення (res judicata). Про непорушність і неухильне дотримання цих принципів неодноразово зазначалося в рішеннях Європейського суду з прав людини.

Радянськими вченими-процесуалістами було розширено перелік властивостей законної сили судового рішення й об'єднано у дві групи, що характеризують статичний і динамічний елементи законної сили рішення суду [5, с. 5–11]. При цьому доволі популярним стало ототожнення законної сили з однією чи кількома властивостями законної сили, її статичним чи динамічним елементами.

Утім не вбачається правильним підхід, відповідно до якого сутність законної сили визначається через одну чи кілька з її властивостей (обов'язковість, незмінність, неспростовність тощо) або навіть як сукупність динамічних і статичних властивостей рішення суду, на чому наполягає Р.О. Гаврік [6, с. 84]. Ці властивості є лише правовими наслідками набрання рішенням законної сили, похідними від сутності законної сили, не можуть характеризувати її юридичну природу.

У радянській процесуальній літературі панувала концепція делегування юридичної сили закону судовому рішенню, яке виявляється в наділенні судового рішення силою закону, застосованого судом.

Так, наприклад, Н.О. Чечина вказує, що законна сила рішення – це норма права в дії, тому набуття судовим рішенням сили закону є способом застосування права, за якого набуває чинності, стає законом авторитетне роз'яснення суду про дію, порядок і строки виконання приписів норми права в застосуванні до суб'єктів розглянутого судом спірного відношення [7, с. 159–160]. Д.І. Полумордвинов зазначав, що законна сила судового рішення ґрунтується передусім на тому, що судове рішення за своєю юридичною природою саме по собі є здійсненням закону. Закон як форма вираження права, реалізуючись у судовому рішенні, не може не надавати останньому сили, властивої самому праву. Уособленням цієї сили права і є законна сила судового рішення [8, с. 29].

Указана концепція залишається доволі популярною й на сьогоднішній день. Так, указане делегування, на думку С.Н. Хорунжого, легітимує всі наступні вияви дії судового рішення: обов'язковість, реалізованість, виключність тощо. Указані властивості, як зазначає науковець, є результатом наділення його силою закону й супутніми дії юридичної сили закону [9, с. 46].

Відповідно до точки зору С.Н. Хорунжого, в позитивному сенсі законна сила судового рішення втілює в життя сам закон, у кінцевому підсумку, забезпечує правопорядок [2, с. 282].

Між тим, такий підхід до розуміння природи законної сили судового рішення, по суті, закріплює другорядне, підпорядковане значення судової гілки влади, її обслуговуючий, похідний, певною мірою залежний від законодавчої влади характер. Закріплений у ст. 6 Конституції України принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову гілки означає, зокрема,

рівнозначність усіх гілок влади й певною мірою самостійний та автономний характер функціонування кожної з них.

Як указується в юридичній літературі, державна влада як вид влади публічної є тією суспільною силою, котра здатна з допомогою правових і організаційних засобів реалізувати волю держави в межах конституції й законів [10, с. 20].

За своєю сутністю державна влада – це легітимне офіційне волевиявлення держави, її органів і посадових осіб, що являє собою здійснення влади народу [11, с. 7].

Суверенні індивіди в громадянському суспільстві через суспільний договір формують державу, яку наділяють владою і правовими основами для своєї діяльності. Через діяльність держави, її відповідних органів здійснюється саморегуляція суспільства, при цьому найефективнішим засобом регламентації процесу самоорганізації суспільства є право, яке у взаємодії з державою становить нормативне інституційне утворення [12].

Отже, найважливіші елементи державної влади – це воля та сила. Державна влада як вид публічної влади є саме тою суспільною силою, яка здатна за допомогою правових і організаційних засобів здійснювати волю держави в рамках конституції й законів [13, с. 51].

Отже, стверджуючи про похідний характер юридичної сили судового рішення від сили закону, ми позбавляємо судову владу «власної сили», а отже, по суті, не визнаємо її владою як такою.

Однак як закон є продуктом законодавчої влади, так і судове рішення – продуктом судової влади. Вони існують певною мірою автономно та мають спільне джерело – державну владу, що є уособленням волі народу. Звичайно, закон і судове рішення не можуть у правовій державі існувати окремо один від одного, оскільки внаслідок дії в такій державі системи стримувань і противаг закон обмежує свавілля судової влади, тоді як судове рішення (переважно рішення Конституційного Суду України) є інструментом нормоконтролю та може припинити дію неправового (неконституційного) закону.

Отже, законна сила судового рішення є виявом волі й сили суду як органу судової влади в процесі здійснення правосуддя в порядку цивільного судочинства. Сама назва «законна сила» натякає на певний зв'язок юридичної сили рішення із силою закону. Однак законна сила судового рішення не є похідною від сили закону, а своїм джерелом має судову владу. Зв'язок судового рішення із законом виявляється через вимогу законності судового рішення (ст. 213 ЦПК України), а не через категорію «законна сила» (ст. 223 ЦПК України).

До того ж на сьогоднішній день можна з усією відповідальністю стверджувати, що діяльність суду з розгляду та вирішення правового спору виходить за межі простого механічного застосування норми закону до встановлених у доказовому порядку обставин справи.

Законність як, без сумніву, обов'язкова властивість діяльності суду не може водночас уважатися єдиним чинником, який визначає вплив судового рішення на правовідносини, що були предметом судового розгляду. Принцип поділу влади на три незалежні гілки: законодавчу, виконавчу та судову – означає, між іншим, що судове рішення має розглядатися не лише як звичайне продовження дії закону, а як самостійне вираження волі держави через органи судової влади в умовах дії принципів законності й верховенства права.

У правозастосовній діяльності суду поєднуються об'єктивні чинники, такі як дія норм об'єктивного права, яке регулює відповідні правовідносини, що є предметом цього судового розгляду, обставини справи, досліджені судом, і суб'єктивні чинники (внутрішнє переконання судді, суддівський розсуд тощо), вплив яких на кінцевий результат розгляду справи не можна недооцінювати. У результаті діалектичного взаємозв'язку вказаних об'єктивних і суб'єктивних чинників народжується такий правовий феномен, як судова

практика, який існує та розвивається певною мірою самостійно й, з одного боку, є доповненням чинної системи законодавства України, а з іншого – створює навіть деяку конкуренцію системі законодавства, оскільки під час розгляду та вирішення певної справи для судді інколи буває важливіше не те, який закон регулює відповідні правовідносини, а те, який закон застосовується в подібних справах у судовій практиці та як саме він застосовується в судовій практиці.

Як зазначається в п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судове рішення у цивільній справі» від 18.12.2009 № 14, рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права.

Відповідно до п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 № 9, ст. 8 Конституції, в Україні визнається й діє принцип верховенства права. Конституційні права і свободи людини та громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають цілі і зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої й виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та забезпечуються захистом правосуддя.

Виходячи із зазначеного принципу й гарантування Конституцією судового захисту конституційних прав і свобод, судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ. При цьому варто мати на увазі, що, згідно зі ст. 22 Конституції України, закріплені в ній права і свободи людини та громадянина не є вичерпними.

Оскільки Конституція України, як зазначено в її ст. 8, має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди під час розгляду конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з погляду його відповідності Конституції й у всіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватись на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй.

При цьому, відповідно до ч. 9 ст. 8 ЦПК України, забороняється відмова в розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини.

Тобто діяльність суду під час розгляду кожної цивільної справи має бути, в кінцевому підсумку, спрямована на утвердження принципу верховенства права й захист прав і свобод людини та громадянина незалежно від наявності й ефективності закону, що регулює спірні відносини.

Отже, судове рішення в цивільній справі є не лише результатом застосування судом норми закону до певних суспільних відносин, а й виявом волі держави до здійснення захисту прав і законних інтересів особи.

Отже, можна дійти висновку, що законна сила судового рішення в цивільному процесі – це зовнішнє вираження, вияв судової влади держави через акт правосуддя (судове рішення) у цивільній справі.

Ключові слова: судочинство, судове рішення, законна сила, цивільний процес, акт правосуддя.

У статті досліджено сутність і юридичну природу законної сили судового рішення в цивільному процесі, сформульовано визначення поняття законної сили судового рішення. З'ясовано, що судове рішення в цивільній справі є не лише результатом застосування судом норми закону до певних суспільних відносин, а й виявом волі держави до здійснення захисту прав і законних інтересів особи.

В статье исследована сущность и юридическая природа законной силы судебного решения в гражданском процессе, сформулировано определение понятия законной силы судебного решения. Установлено, что судебное решение по гражданскому делу является не только результатом применения судом нормы закона к определенным общественным отношениям, но и проявлением воли государства к осуществлению защиты прав и законных интересов лица.

In the scientific article essence and legal nature of legal force of court decision are investigational in civil procedure, determination of concept of legal force of court decision is set forth. It is found out, that a court decision in civil business is not only the result of application of cramps of norm of law to the certain public relations but also display of will of the state to realization of protection of rights and legal interests of person.

Література

1. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://civil.consultant.ru/elib/books/25/page_21.html#_footnoteref353.

2. Хорунжий С.Н. Становление и развитие института законной силы судебного решения / С.Н. Хорунжий // Образование и право. – 2012. – № 12. – С. 275–283.

3. Яблочков Т.М. Учебник руського гражданского судопроизводства. Ярославль, 1912 / Т.М. Яблочков // Гражданский процесс. Хрестоматия : [учебное пособие] / [В.В. Аргунов, Е.А. Борисова, Е.В. Салогубова, И.А. Скрипников и др.] ; под ред. М.К. Треушникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Городец, 2005. – 896 с.

4. Васьковскии Е.В. Учебник гражданского процесса / Е.В. Васьковский. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1917. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.allpravo.ru/library/doc2472p0/instrum4301/item4577.html.

5. Масленникова Н.И. Законная сила судебного решения в советском гражданском процессуальном праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Н.И. Масленникова. – Свердловск, 1975. – 18 с.

6. Гаврік Р.О. Сутність та зміст законної сили рішення суду у цивільній справі / Р.О. Гаврік // Університетські наукові записки. – 2008. – № 2. – С. 79–86.

7. Чечина Н.А. Избранные труды по гражданскому процессу / Н.А. Чечина. – СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – 656 с.

8. Полумордвинов Д.И. Законная сила судебного решения / Д.И. Полумордвинов. – Тбилиси : Изд-во Акад. наук Груз. ССР, 1964. – 191 с.

9. Хорунжий С.Н. Делегированное законодательство и судебное нормотворчество / С.Н. Хорунжий // Правовая наука и реформа юридического образования. – 2013. – № 3 (26). – С. 44–50.

10. Чехович Т.В. Сутність і юридична природа державної влади / Т.В. Чехович // Часопис Київського університету права. – 2003. – № 3. – С. 18–21.

11. Козюбра М.І. Державна влада: межі здійснення та форма організації (політико-правні аспекти) / М.І. Козюбра // Українське право. – 1995. – № 1(2). – С. 4–13.

12. Кравчук В.М. Державна влада в умовах громадянського суспільства / В.М. Кравчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=162.

13. Владимиров М.В. Державна влада в умовах розвитку громадянського суспільства / М.В. Владимиров // Актуальні проблеми державного управління. – 2013. – № 2. – С. 46–53.

УДК 347.91/95:347.63

Н. Волкова,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ОСПОРЮВАННЯ БАТЬКІВСТВА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ (ОКРЕМІ АСПЕКТИ)

Відповідно до ст. 121 Сімейного кодексу (далі – СК) України [1], права та обов'язки матері, батька й дитини ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому органом державної реєстрації актів цивільного стану в установленому законом порядку.

Посилаючись на цю норму, необхідно зазначити, що сімейні правовідносини виникають між батьками та дітьми за умови, якщо походження дитини від батьків засвідчено відповідними органами.

Однак можуть виникнути такі обставини, коли батьки помилково записані такими або, навпаки, з вини батьків або одного з них записано батьками дитини (один із батьків) тих, від яких не походить дитина, внаслідок чого відсутня кровна спорідненість. На випадок таких обставин законодавством передбачено можливість оспорити батьківство.

Серед науковців, які займалися дослідженням оспорювання батьківства, необхідно назвати таких учених, як Л.Є. Гузь, Л.А. Кондратьєва, Г.Я. Тріпульський, З.В. Ромовська, Ю.С. Червоний та інші. Однак необхідно зазначити, що більшість наукових досліджень щодо оспорювання батьківства, як правило, висвітлювалось на сторінках підручників із сімейного права й повною мірою не досліджувались питання процесуальних особливостей розгляду справ про оспорювання батьківства в цивільному судочинстві. Аналіз доктрин права та матеріали судової практики щодо розгляду справ про оспорювання батьківства свідчать про наявність низки проблем, що стосуються процесуального порядку розгляду зазначеної категорії справ і потребують подальшого наукового осмислення.

Основною метою статті з огляду на досягнення науки цивільного процесуального права, застосування норм сімейного права та вивчення судової практики є виявлення, постановка й вирішення проблем щодо процесуальних особливостей розгляду справ про оспорювання батьківства в цивільному судочинстві.

Так, згідно з ч. 1 ст. 136 СК України, особа, яка записана батьком дитини відповідно до норм СК України, має право оспорити своє батьківство, висунувши позов про виключення запису про нього як батька з актового запису про народження дитини.

Оспорювання батьківства після смерті особи, яка записана батьком дитини, передбачено ч. 1 ст. 137 СК України, а саме: якщо той, хто записаний батьком дитини, помер до народження дитини, оспорити його батьківство мають право його спадкоємці за умови подання ним за життя до нотаріуса заяви про невизнання свого батьківства.

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3 [2] у п. 12 дублює вищенаведене положення ч. 1 ст. 137 СК України та надає роз'яснення щодо застосування цієї норми: «... якщо особа, яка записана батьком дитини, померла до народжен-

© Н. Волкова, 2016

ня дитини, оспорити батьківство мають право спадкоємці цієї особи за умови подання нею за життя заяви нотаріусу про невизнання свого батьківства. У разі настання смерті особи після оспорення нею свого батьківства в суді її спадкоємці можуть підтримати позовну заяву відповідно до положень ст. 37 ЦПК про процесуальне правонаступництво в цивільних справах. Коли ж померла особа не знала про те, що її записано батьком дитини, оспорити батьківство вправі її спадкоємці першої черги за законом, названі у ст. 1261 Цивільного кодексу України: дружина, батьки й діти. У зазначених випадках батьківство оспорюється шляхом пред'явлення позову про виключення відомостей про померлу особу як батька з актового запису про народження дитини. Для цих вимог позовну давність не встановлено».

Стаття 138 СК України передбачає право матері дитини, яка народила дитину у шлюбі, на оспорювання батьківства свого чоловіка в тих випадках, якщо мати просить виключити запис про її чоловіка як батька дитини з актового запису про народження дитини за умови, що особа, яка вважає себе батьком дитини, подає відповідну заяву про своє батьківство.

Однак положення ч. 2. ст. 138 СК України, що «вимоги матері про виключення запису про її чоловіка як батька дитини з актового запису про народження дитини може бути задоволена лише у разі подання іншою особою заяви про своє батьківство», в юридичній літературі піддається критиці. Так, Г.Я. Тріпульський справедливо зазначає, що «в даному разі законодавець допустив неточність, змішуючи поняття оспорювання та визнання батьківства» [3, с. 270]. Ю.С. Червоний уважав, що таке положення «не відповідає загальному положенню СК, згідно з яким підставою для визнання батьківства є будь-які відомості, що свідчать про походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до норм ЦПК. Тому якщо мати дитини зможе надати докази, які дадуть суду підставу дійти висновку, що її чоловік не є батьком дитини, зазначений позов має бути задоволений незалежно від подання іншою особою заяви про своє батьківство» [4, с. 220]. Із позицією останнього не погоджується З.Р. Ромовська та зазначає, що «відповідно до ч. 8 ст. 7 СК України, регулювання сімейних відносин має здійснюватись з максимально можливим урахуванням інтересів дитини. Норма статті 138 СК України узгоджується з цією вимогою» [5, с. 322].

Сімейне законодавство України передбачає оспорювання не тільки батьківства, а й материнства. Відповідно до ст. 139 СК України, можна оспорювати материнство у двох випадках, а саме: жінка, яка записана матір'ю дитини, може оспорити своє материнство (ч. 1 ст. 139 СК України); жінка, яка вважає себе матір'ю дитини, має право висунути позов до жінки, яка записана матір'ю дитини, про визнання свого материнства. Оспорювання материнства не допускається у випадках, передбачених ч. ч. 2, 3 ст. 123 СК України (ч. 2 ст. 139 СК України).

Згідно з п. 11 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3, «судам слід ураховувати, що відповідно до ст. 136 СК України оспорювання батьківства можливе тільки після реєстрації народження дитини і до досягнення нею повноліття, а в разі її смерті не допускається».

Справи про оспорювання батьківства розглядаються в судовому порядку в цивільному судочинстві згідно з положеннями ст. 15 ЦПК України [6]. Відповідно до положень ст. ст. 136, 137, 138, 139, 140 СК України та п. п. 11, 12, 13, 14 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3,

справи про оспорювання батьківства розглядаються в позовному провадженні, оскільки відповідна особа звертається до суду з позовом про виключення з актового запису про народження дитини відомостей про батька дитини.

Однак у юридичній літературі ведуться певні дискусії щодо розгляду цієї категорії справ у позовному провадженні. Так, наприклад, З.В. Ромовська зазначає, що «оспорювання батьківства не може бути позовною вимогою» [7, с. 66–67]. Із цією думкою не погоджувався Ю.С. Червоний, посилаючись на те, «що ст. ст. 136 і 140 та вимоги про оспорювання батьківства, материнства іменуються позивними», «у разі висунення вимоги про оспорювання батьківства, материнства є спір, що виникає із сімейних правовідносин ... особа, записана як батько (матір), вимагає, щоб суд визнав відсутність між нею та дитиною сімейних правовідносин» [8, с. 357]. Така позиція автора щодо позовного характеру справ про оспорювання батьківства є обґрунтованою й такою, що заслуговує на увагу. Уважаємо, що ця категорія справ підлягає розгляду саме за правилами позовного провадження, оскільки справи про оспорювання батьківства містять у собі всі елементи позовного провадження. При цьому основним критерієм, що слугує засобом для розмежування видів цивільного судочинства, є спір про право, який наявний у справах про оспорювання батьківства.

Позовна заява про оспорювання батьківства подається до суду за правилами загальної територіальної підсудності, визначеною ст. 109 ЦПК України, на підставі якої позовну заяву по цій категорії справ необхідно подавати в суд за зареєстрованим у встановленому порядку місцем проживання відповідача.

Щодо позовної давності у справах про оспорювання батьківства необхідно зазначити, що, відповідно до норм сімейного законодавства, до вимоги матері про виключення запису про її чоловіка як батька дитини з актового запису про народження дитини встановлюється позовна давність в один рік, яка починається від дня реєстрації народження дитини (ч. 3. ст. 138 СК України).

Також сімейне законодавство передбачає, що позовна давність не застосовується до вимоги чоловіка про виключення запису про нього як батька з актового запису про народження дитини (ч. 6. ст. 136 СК України); до вимоги про виключення запису про особу як батька дитини з актового запису про народження дитини (ч. 4. ст. 137 СК України).

Відповідно до абз. 2 п. 11 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3, «оспорити батьківство має право особа, яка записана батьком дитини в Книзі реєстрації народжень (ст. 136 СК), – шляхом пред'явлення позову про виключення відомостей про неї як батька з актового запису про народження дитини».

Щодо цього положення Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3 і ст. 136 СК України в доктрині сімейного права існують певні зауваження. З аналізу цих норм випливає, що позивачем у справі про оспорювання батьківства є особа, яка записана батьком дитини, а відповідачем – державний відділ реєстрації актів цивільного стану. Однак необхідно погодитись із Ю.С. Червоним, який зазначав, що в разі висунення позову про оспорювання батьківства особа, записана батьком дитини (позивач), вимагає від суду визнання відсутності родинних правовідносин між ним і дитиною, батьком якої він записаний. Тому, як справедливо зазначав автор, відповідачем у справі буде сама дитина, а не державний відділ реєстрації ак-

тів цивільного стану [8, с. 356]. Однак існує й інша точка зору. Так, наприклад, Л.Є. Гузь уважає, що у справах про оспорювання батьківства відповідачем буде мати дитини [9, с. 84]. З.Р. Ромовська взагалі надає матері подвійний правовий статус участі в цій категорії справ, зокрема зазначає, що «відповідачем у спорі про батьківство є саме матір дитини ... поряд із цим вона в процесі має одночасно вважатися і представником дитини» [5, с. 328].

Убачається, що висловлювання про те, що матір є відповідачем у справі про оспорювання батьківства, є не правильним, оскільки у справах про оспорювання батьківства здійснюється захист прав та інтересів дитини й установлюється відсутність кровного споріднення між особою, яка записана батьком дитини, та самою дитиною, яка й буде відповідачем у справі. Оскільки дитина є неповнолітньою особою, не може захищати самостійно свої права й інтереси, то від імені дитини в суді виступатиме її законний представник.

Щодо державного відділу реєстрації актів цивільного стану, то він не може виступати відповідачем у справі, оскільки не є суб'єктом спірних правовідносин, спір про оспорювання батьківства (припинення родинних стосунків) виникає між особою, яка записана батьком дитини, та самою дитиною. У свою чергу, вищенаведений відділ уносить зміни в актовий запис про народження дитини відповідно до рішення суду про виключення відомостей про батька з актового запису про народження дитини.

Проаналізувавши судову практику, можемо констатувати, що встановлені також непоодинокі випадки, коли суд залучає відділ державної реєстрації актів цивільного стану як третю особу.

Так, наприклад, Яготинський районний суд Київської області розглянув у відкритому судовому засіданні справу за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2, третя особа – відділ державної реєстрації актів цивільного стану реєстраційної служби Яготинського районного управління юстиції Київської області про оспорювання батьківства та виключення запису про батька з актового запису про народження дитини [10].

Така судова практика викликає певні зауваження, оскільки, відповідно до цивільного процесуального законодавства, є два види третіх осіб: треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, і треті особи, які не заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору. Якщо розглянути правове становище третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, то необхідно зазначити, що така особа вступає в розпочатий судовий процес між двома сторонами (позивачем і відповідачем) із власною вимогою на предмет спору й має особистий інтерес у справі. Щодо третьої особи, яка не заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, то, згідно зі ст. 35 ЦПК України, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, можуть вступити у справу на стороні позивача або відповідача до ухвалення судом рішення, якщо рішення в справі може вплинути на їхні права або обов'язки щодо однієї зі сторін.

На підставі вищевикладених норм законодавства відділ державної реєстрації актів цивільного стану у справах про оспорювання батьківства не може займати праве становище третьої особи. Цей відділ «має реєстраційний характер: він зобов'язаний на підставі рішення суду здійснити певний запис» [11, с. 33]. Із цього приводу Г.Я. Тріпульський зазначив, що «ставлення органів РАГСу до результатів розгляду даних справ є аналогічним ставленню до них державного виконавця, який до справ, що розглядаються судом, звичайно не залучається» [3, с. 271].

Здійснивши аналіз норм сімейного законодавства, ми встановили, що СК України закріплює два випадки, коли особа, яка записана батьком дитини, немає право оспорити своє батьківство:

– особа, яка в момент реєстрації її батьком дитини знала, що не є таким;

– особа, яка дала згоду на застосування допоміжних репродуктивних тех-

нологій відповідно до ч. 1 ст. 123 СК України.

Предметом доказування в справах про оспорювання батьківства є відсутність кровного споріднення між особою, записаною батьком дитини, і дитиною. Для підтвердження цього факту особа, яка оспорює батьківство, повинна надати всі необхідні докази, оскільки тягар доказування лежить на особі, яка оспорює батьківство.

Отже, факт відсутності кровного споріднення між особою, записаною батьком дитини, і дитиною у справах про оспорювання батьківства встановлюється судом з урахуванням усіх обставин. При цьому можуть застосовуватися будь-які засоби доказування, що передбачені ч. 2. ст. 57 ЦПК України, а саме: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показання свідків, письмові докази, речові докази, зокрема звуко– й відеозаписи, висновок експерта.

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 № 3 в п. 14 звертає увагу судів на те, «що, відповідно до ст. 140 СК, стягнення за рішенням суду з особи, записаної батьком або матір'ю, аліментів на дитину не є перешкодою для звернення до суду з позовом про виключення відомостей про них як батька з актового запису про народження цієї дитини. Задоволення судом зазначених вимог може бути підставою для перегляду рішення про стягнення аліментів у зв'язку з нововиявленими обставинами (п. 1 ч. 2 ст. 361 ЦПК України)».

У разі доведеності відсутності кровної спорідненості суд ухвалює рішення про виключення відомостей про батька з актового запису про народження дитини.

Підбиваючи підсумки, хотілось би наголосити, що зазначений вище перелік проблемних питань не є вичерпним. Загалом варто констатувати низку суттєвих проблем щодо розгляду справ про оспорювання батьківства в цивільному судочинстві, що потребують подальшого дослідження.

Ключові слова: оспорювання батьківства, дитина, захист прав дитини, судовий розгляд, цивільне судочинство.

Стаття присвячена комплексному дослідженню процесуальних особливостей розгляду й вирішення цивільних справ про оспорювання батьківства. На основі аналізу чинного законодавства, результатів попередніх досліджень і судової практики визначено правову природу справ про оспорювання батьківства, правовий статус позивача та відповідача у справах про оспорювання батьківства і процесуальний порядок розгляду цієї категорії справ.

Статья посвящена комплексному исследованию процессуальных особенностей рассмотрения и разрешения гражданских дел об оспаривании отцовства. На основе анализа действующего законодательства, результатов предыдущих исследований и судебной практики определены правовая природа дел об оспаривании отцовства, правовой статус истца и ответчика по делам об оспаривании отцовства и процессуальный порядок рассмотрения данной категории дел.

The article is devoted to the complex research of the procedural peculiarities of consideration and resolution of civil cases of paternity. Based on the analysis of the current legislation, previous studies and jurisprudence defined the legal nature of cases of paternity, the legal status of the plaintiff and defendant in cases of paternity and the procedure of consideration of this category cases.

Література

1. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

2. Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-06.

3. Тріпульський Г.Я. Процесуальні особливості розгляду цивільних справ про оспорювання батьківства (материнства) / Г.Я. Тріпульський // Актуальні проблеми держави і права. – Одеса : Юридична література, 2007. – С. 269–274.

4. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю.С. Червоного ; пер. з рос. – К. ; О : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с.

5. Ромовська З.В. Українське сімейне право : [підручник] / З.В. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – 500 с.

6. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № № 40–41, 42. – Ст. 492.

7. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: погляд в майбутнє / З.В. Ромовська // Право України. – 2001. – № 2. – С. 66–67.

8. Семейное право Украины : [учебник] / под ред. Ю.С. Червоного. – К. : Правова єдність, 2009. – 640 с.

9. Гузь Л.Є. Захист прав та інтересів дітей (правовий аспект) / Л.Є. Гузь. – Х. : Фактор, 2011. – 464 с.

10. Рішення Яготинського районного суду Київської області від 4 січня 2016 року у справі № 382/2570/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54797348.

11. Червяков К.К. Установление и прекращение родительских прав и обязанностей / К.К. Червяков. – М. : Юрид. лит., 1975. – 104 с.

УДК 347.91/95.001.73(477):341.231.14

Р. Гонгало,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВПЛИВ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА ПРОЦЕС РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Важливим досягненням судово-правової реформи, яка здійснюється в Україні, є її системний комплексний характер. Безперечно, реформування судоустрою без унесення змін до процесуального законодавства є неефективним, оскільки більшість проблем функціонування судової влади пов'язані з необхідністю вдосконалення саме судового процесу. Реформування процесуального законодавства сприятиме підвищенню рівня судового захисту з мінімальними витратами для суспільства, зробивши процес більш доступним та ефективним за рахунок виявлення його внутрішнього потенціалу. Потрібно надати належне, низка проблемних питань у сфері цивільного процесу вже отримала законодавче вирішення: Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року № 2453/VI унесено суттєві зміни до Цивільного процесуального кодексу України.

Проте зазначені вдосконалення спрямовані передусім на вирішення першочергових завдань, тоді як проблеми, що накопичилися у сфері правосуддя, є глибшими й не можуть бути усунені фрагментарними заходами.

Одним із основних чинників, що істотно негативно впливають на оперативність і якість судочинства, є надмірне перевантаження судів першої інстанції. Розв'язання цієї проблеми має бути одним зі стратегічних завдань реформування судового процесу.

Із надмірним перевантаженням суддів в Україні пов'язаний комплекс проблем, зумовлений, зокрема, поверховим розглядом справ та особливо недотриманням строків їх вирішення, що створює перешкоди ефективному здійсненню правосуддя. Затягування розгляду справ може вплинути на доцільність ухвалення судового рішення незалежно від його законності й обґрунтованості. Крім того, динаміка зростання кількості справ, які надходять до судів, поряд із їх ускладненням свідчить про безперспективність спроб вирішення цієї проблеми шляхом постійного збільшення кількості суддів.

Так, упродовж 2011 року до місцевих загальних судів надійшло понад 7,4 млн справ і матеріалів, що на 15,6% більше, ніж у 2010 року. Очевидно, що без запровадження принципово нових підходів проблему різкого зростання навантаження на суддів вирішити неможливо [13].

Чинне цивільне процесуальне законодавство України характеризується наявністю процедурної надлишковості, яка не зумовлена необхідністю захисту прав учасників процесу та є однією з причин надмірного й, уважаємо, штучного навантаження на суди. Зокрема, це розгляд у судовому порядку вимог, які не оспорюються зобов'язаною особою.

Варто наголосити, що аналогічні завдання є характерними для реформ, які здійснюються протягом останніх років у державах Європи. Дискусії щодо подальшого розвитку та вдосконалення цивільного процесуального законодав-

© Р. Гонгало, 2016

ства ведуться в усьому світі. Збільшення навантаження на судову систему є сучасною тенденцією розвитку цивільної юрисдикції як в Україні, так і в зарубіжних державах. Проте жодна судова система не в змозі розширюватися необмежено. У зв'язку з цим у більшості демократичних розвинених країн здійснюється розробка механізмів зменшення навантаження на судову систему, розвиток інших форм цивільної юрисдикції.

На необхідність вирішення проблеми перевантаження судів орієнтує держави-учасниці і Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд). Зокрема, у рішеннях ЄСПЛ зазначив: «Відповідно до незмінної практики Суду, постійна перевантаженість ... не повинна виправдовувати надмірну тривалість судового розгляду». Крім того, ЄСПЛ визначив шлях вирішення цієї проблеми – належна організація судової системи: «Щодо аргументу про перевантаженість судів, Суд стверджує ... що він не повинен ураховуватися у зв'язку з тим, що п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод зобов'язує держави організувати свої судові системи так, щоб суди могли виконувати кожну із цих вимог» [16].

Останнє десятиліття характеризується загальною тенденцією до перегляду, оновлення, наближення до сучасних економічних відносин застарілого процесуального законодавства в провідних демократичних державах, зокрема Великій Британії, Німеччині, Франції, Канаді, Італії тощо. При цьому основна ідея реформ полягає в необхідності запровадження сучасних методів розгляду цивільних справ, зокрема, шляхом урегулювання спору на початкових етапах судочинства, використання спрощених процедур, застосування альтернативних методів вирішення правових спорів [12].

З урахуванням цього вважаємо, що доступність і ефективність судового захисту в Україні потрібно підвищувати саме за рахунок розширення компетенції й удосконалення системи позасудових органів приватноправової юрисдикції. З метою оптимізації на вантаження на суди розгляд великої кількості фактично безспірних вимог доцільно передати під первинну юрисдикцію нотаріату зі збереженням подальшого судового контролю. Убачається, що мають існувати певні обмеження на звернення до суду, пов'язані, зокрема, з відсутністю об'єкта спору, його неправовим характером, оскільки не всі заявлені особами вимоги підлягають судовому захисту.

Безспірність матеріально-правових відносин, які є предметом наказного провадження, означає, що боржник не оспорює вимоги кредитора – заявника, однак відмовляється виконати зобов'язання, нічим це не мотивуючи або мотивуючи посиланням на обставини неправового характеру. У зв'язку з цим судовий розгляд щодо таких матеріально-правових відносин має лише одну мету – задоволення вимог заявника шляхом видачі йому судового наказу.

Натомість судова процедура має застосовуватись лише в разі наявності елементів спору, юридичного конфлікту, не повинна полягати у виконанні суто технічних функцій. Зазначений висновок повністю узгоджується з практикою Суду. Так, здійснюючи тлумачення поняття «цивільні права та обов'язки», ЄСПЛ указав: «... для того щоб застосовувався пункт 1 статті 6 у його «цивільному» аспекті, потрібно, щоб мав місце «спір» про «право», на яке можна претендувати, захищаючись у суді, і яке визнане внутрішнім правом. Має йтися про реальний і серйозний спір; він може стосуватись як самого існування права, так і сфери його дії та умов здійснення» [16].

Окрім того, результат судового розгляду повинен мати безпосереднє значення для встановлення цього права.

При цьому варто наголосити, що йдеться не про радикальний перегляд юрисдикцій суду й нотаріату, а лише про розширення сфери компетенції останнього. Статтею 18 Цивільного кодексу України передбачено захист

цивільних прав нотаріусом шляхом учинення напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом [2].

Зазначений механізм позасудового захисту прав діє в Україні, він застосовується до нотаріально посвідчених договорів і деяких інших правовідносин (пов'язаних із авторським правом, за векселями, опротестованими нотаріусами, тощо) згідно з Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 року № 1172 [6], а також щодо звернення стягнення на майно відповідно до Закону України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 року № 898/IV [3].

При цьому існує тенденція щодо розширення компетенції нотаріату, наприклад, можливості звернення стягнення на заставлене рухоме майно на підставі виконавчого напису нотаріуса. Зазначений механізм установлено Законом України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 року № 2654/XII [4], проте не передбачався Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 року № 1255/IV [5]. Через це склалась судова практика щодо неможливості застосування виконавчого напису нотаріуса в цій сфері. У зв'язку з цим було внесено зміни до Закону № 1255/IV і безпосередньо передбачено можливість звернення стягнення на заставлене майно на підставі виконавчого напису нотаріуса.

З огляду на зазначене є нелогічним існування в Україні механізму виконавчого напису нотаріуса для стягнення безспірної заборгованості в таких складних правовідносинах, які виникають із нотаріально посвідчених договорів, у тому числі іпотеки, і його відсутність для таких відносно елементарних вимог, які сьогодні підлягають розгляду в судах у порядку наказного провадження. Зокрема, змінами, внесеними до ст. 96 Цивільного процесуального кодексу України Законом України «Про судоустрій і статус суддів», розширено перелік вимог, за якими може бути видано судовий наказ.

Так, сьогодні до них належать вимоги про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати; про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника; про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення й радіомовлення; про присудження аліментів на дитину; про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили; про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів [1].

У результаті внесення зазначених змін кількість заяв про видачу судових наказів, які перебували у провадженні місцевих судів, зросла на 70% – із 389 тис. у 2009 році до 661 тис. у 2011 році. Це, безперечно, прогресивний крок у напрямі спрощення цивільного процесу [14].

Проте розгляд цих безспірних вимог, як уже зазначалося, становить суттєве навантаження на судову систему. При цьому варто враховувати, що й зазначені цифри не відображають реальний стан справ, оскільки, як засвідчує практика, такі вимоги в непоодиноких випадках заявляються й у порядку позовного провадження, що є правом заявника.

Викладене дає підстави для висновку про недостатність використання в Україні потенціалу нотаріату у сфері позасудового виконання зобов'язань, що не є раціональним, виходячи з наявного як у нашій державі, так і зарубіжного позитивного досвіду функціонування цих органів. І якщо механізм виконавчого напису нотаріуса ефективно застосовується для окремих категорій безспірних вимог, то абсолютно виправдано використовувати його для таких самих за своєю правовою природою безспірних вимог.

Зазначений підхід повністю узгоджується з Рекомендацією № R (86) 12 Комітету Міністрів Ради Європи (далі – КМ РЄ) державам-членам щодо заходів із запобігання надмірному робочому навантаженню в судах і зменшення надмірного робочого навантаження в судах [9].

Так, з метою скорочення будь якого надмірного робочого навантаження на суди задля покращання якості здійснення правосуддя КМ РЄ рекомендує державам не збільшувати, а поступово зменшувати кількість покладених на суддів завдань, які не стосуються судочинства, доручаючи їх іншим особам або органам.

У зв'язку з цим вирішення проблеми надмірного перевантаження місцевих загальних судів в Україні вбачається в трансформації наказного провадження у функцію нотаріату, керуючись наявністю чи відсутністю спору про право як критерієм розмежування компетенції судів і нотаріату.

Безспірність заборгованості, що стягується на підставі виконавчого напису нотаріуса, повністю відповідає характеру нотаріату як органу безспірної цивільної юрисдикції. Визнання виконавчої сили нотаріального акту, коли він може бути звернений до примусового виконання поза судовим процесом, є загальним правилом для більшості країн латинського нотаріату. Наприклад, із європейських держав зазначена виконавча сила визнається в Австрії, Бельгії, Німеччині, Іспанії, Італії, Нідерландах, Польщі, Франції, Чехії тощо.

У межах Європейського Союзу виконавча сила нотаріальних актів має також транскордонну дію. Зокрема, це встановлено Регламентом Ради ЄС від 22 грудня 2000 року № 44/2001 про юрисдикцію, визнання та примусове виконання судових рішень у цивільних і торгових справах [7], а також Регламентом Ради ЄС від 21 квітня 2004 року № 805/2004 про створення європейського виконавчого листа для безспірних вимог [8].

Серед виконавчих документів, на підставі яких можливе звернення стягнення за безспірними вимогами, передбачено також нотаріальні (аутентичні) акти. Розширення повноважень нотаріусів у цій сфері має низку переваг, крім розвантаження судів від значної кількості цивільних справ також і суттєвої економії коштів державного бюджету, які сьогодні спрямовуються на фінансування судового розгляду таких справ, а також відсутності необхідності збільшення штатної кількості суддів. Для кредитора така процедура також надає значні переваги з погляду розміру витрат, а також оперативності стягнення заборгованості.

Крім того, виконавчий напис може бути одразу ж пред'явлено до виконання. При цьому боржник не позбавлений права на захист у судовому порядку в разі незгоди з учиненим виконавчим написом. Разом із цим безпідставними є аргументи про те, що зазначені вимоги знову надійдуть на розгляд судів у разі такого оскарження.

Так, у 2011 році було подано заяв про скасування близько 37 тис. судових наказів, що становить лише 6,5% від 568,5 тис. виданих. Натомість судовий наказ може бути пред'явлено до виконання лише з моменту набрання ним законної сили – після отримання копії судового наказу боржником і ненадходження від нього протягом 13 днів заяви про його скасування. При цьому процедура розгляду заяви боржника про скасування судового наказу, відповідно до чинних процесуальних норм, не є спрощеною, в разі її задоволення заявлені стягувачем вимоги підлягають розгляду в порядку позовного провадження [15].

Необхідно наголосити, що здійснення захисту цивільних прав позасудовими органами не суперечить праву на доступ до правосуддя відповідно до вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, ЄСПЛ вироблено цілісну систему правових позицій щодо використання можливостей, які надає державам-у-

часницям Конвенція щодо вибору засобів і механізмів розподілу юридичних справ між судовими й позасудовими (адміністративними) органами цивільної юрисдикції.

Так, у рішенні Європейський суд з прав людини вказав, що, незважаючи на те, що пункт 1 статті 6 Конвенції гарантує «право на суд», держави-учасниці не зобов'язані обмежувати розгляд цивільно-правових спорів процедурою, кожен етап якої має здійснюватися в судах [16].

Попереднє втручання адміністративних чи корпоративних органів може бути виправданим у зв'язку з вимогами гнучкості й ефективності, цілком сумісними із захистом прав людини. Більше того, ЄСПЛ наголосив, що це відповідає правовій традиції багатьох країн-членів Ради Європи.

При цьому Судом визначено лише умову, що рішення таких позасудових органів мають підлягати зовнішньому контролю «судового органу з повною юрисдикцією». Зазначений висновок стосується також розгляду трудових спорів.

Європейський суд з прав людини неодноразово робив висновок про те, що право на суд, окремим аспектом якого є право на доступ до правосуддя, не є абсолютним.

В інших рішеннях ЄСПЛ конкретизував зроблений загальний висновок, а саме:

– зазначене право за своєю природою потребує державного регулювання, яке може змінюватися залежно від місця й часу відповідно до потреб і ресурсів як суспільства, так і конкретних осіб;

– здійснюючи таке регулювання, держави користуються певною свободою розсуду.

Європейський суд з прав людини також уточнив, що такі обмеження права на доступ до правосуддя відповідатимуть пункту 1 статті 6 Конвенції за умови, що вони мають законну мету і що існує розумна співмірність між засобами, що використовуються, і поставленою метою. У зв'язку з цим вбачається виправданим і таким, що цілком відповідає вимогам Конвенції, потребам і ресурсам як суспільства, так і конкретних осіб передання розгляду вимог безспірного характеру органам позасудової юрисдикції (нотаріату) зі збереженням наступного судового контролю [11].

Наступним важливим напрямом удосконалення процесуальних засобів захисту та їх оптимізації є запровадження дієвих механізмів протидії зловживанню особами своїми процесуальними правами. Загальна лібералізація цивільного процесу, переосмислення завдань правосуддя зумовили стрімке зростання кількості недобросовісних звернень до судів, за якими процес зініціюється не з метою захисту порушених прав та інтересів.

Практика засвідчила, що необмеженість права на судовий захист досить часто використовується для зловживання цим правом (зловживання правом на позов), що є неприпустимо.

Зокрема, сьогодні посилюється тенденція використовувати судочинство для «узаконення» таких, що не ґрунтуються на законі, інтересів, а також підміни судовим розглядом інших порядків захисту прав, установлених законодавством.

Крім того, недобросовісне висунення таких позовів може мати на меті завдання шкоди відповідачу, створення судової преюдиції, затягування розгляду іншої справи тощо. Натомість надання практично необмеженого права на судовий захист не повинно призводити до процесуально-правового «свавілля» позивачів. У зв'язку з відсутністю належного механізму протидії зловживанню правом на звернення до суду тими самими незахищеними залишаються інтереси відповідача, внаслідок чого порушується принцип рівності всіх перед законом і судом.

Крім того, зниження активності суду в процесі, розширення принципу диспозитивності в непоодиноких випадках призводять також до зловживань особами, які беруть участь у справі, іншими

процесуальними правами, коли зазначені права використовуються всупереч із їх дійсним призначенням – з метою створення перешкод для ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення, затягування строків розгляду справи тощо.

Найбільш типовими з таких недобросовісних дій є заявлення клопотань про витребування доказів, які завідомо не існують або не відповідають вимогам належності й допустимості; заявлення необґрунтованих клопотань про призначення експертизи; неявка до суду під приводом поважності причин таких неявок; заявлення немотивованих відводів; зміна підсудності справи тощо.

При цьому основними причинами таких явищ є недостатність заходів щодо обмеження недобросовісної поведінки осіб і відсутність відповідальності за зловживання процесуальними правами.

Варто зазначити, що більшість таких зловживань є наслідком абсолютизації принципу диспозитивності цивільного процесу, що не може бути виправданням процесуальної недобросовісності. Суди як органи державної влади, призначенням яких є здійснення правосуддя, мають захищати не лише права фізичних і юридичних осіб, а й правопорядок у цілому, охороняючи так не лише приватні, а й публічні інтереси.

У зв'язку з цим повинні бути розроблені механізми запобігання та протидії недобросовісному використанню інститутів правосуддя з неправомірною метою. На цьому акцентує увагу також КМ РЄ в Рекомендації № R (84) 5 від 28 лютого 1984 року державам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення функціонування правосуддя (далі – Рекомендація КМ РЄ № R (84) 5) [10].

КМ РЄ, зокрема, зазначає, що деякими нормами цивільного процесу, які застосовуються в державах-членах, можна в окремих випадках зловживати чи маніпулювати з метою затягування провадження, та вказує на необхідність захисту сторін від зловживань чи затримок, зокрема, шляхом надання суду повноважень вести провадження в більш ефективний спосіб [10].

Аналогічної позиції дотримується Європейський суд з прав людини. Зокрема, у рішенні Суд зробив висновок про те, що заінтересована особа зобов'язана тільки належним чином учиняти процесуальні дії, не здійснювати «маневри», щоб виграти час, а також використовувати можливості, передбачені внутрішнім правом, з метою скорочення судового розгляду.

Крім того, під час визначення розумного строку розгляду справи ЄСПЛ розглядає поведінку заявника як об'єктивну обставину, що не ставиться у вину державі/відповідачу і яка враховується під час вирішення питання про наявність перевищення розумного строку. Натомість доводиться констатувати, що чинне цивільне процесуальне законодавство України не містить ефективних механізмів, які б забезпечували протидію процесуальним зловживанням.

Норми чинного Цивільного процесуального кодексу України не встановлюють заборону щодо зловживання правом на висунення позову та іншими процесуальними правами. У зв'язку з цим сьогодні особи не несуть жодної відповідальності за зазначені недобросовісні дії. Цивільним процесуальним кодексом України передбачено лише загальне застереження про те, що особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права й виконувати процесуальні обов'язки (частина 3 статті 27) [1].

Проте судова практика засвідчила, що ця норма є суто декларативною. Крім того, статус особи, яка бере участь у справі, виникає лише після відкриття провадження у справі, у зв'язку з чим право на звернення до суду взагалі не підпадає під зазначену вимогу добросовісності його здійснення. З огляду на це виникає питання про можливість застосування до випадків зловживання процесуальними правами норм статей 13, 16 Цивільного кодексу України щодо меж здійснення матеріальних прав і наслідків їх недотримання.

Процесуальні права надані учасникам процесу для сприяння суду в розгляді справи, її правильного вирішення, якщо особа вчиняє будь-яку дію не із цією метою, а для досягнення інших цілей, вона виходить за межі дійсного змісту свого права, тобто зловживає ним [2].

Завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ (стаття 1 Цивільного процесуального кодексу України). Усі процесуальні дії осіб, які беруть участь у справі, мають підпорядковуватися цій меті. Нагальною є також потреба в розробці й визначенні в процесуальному законодавстві негативних наслідків (санкцій) за зловживання правом на позов та іншими процесуальними правами, які включають заходи цивільної процесуальної відповідальності й інші заходи цивільного процесуального примусу.

З урахуванням відмінності між матеріальними та процесуальними правами негативні наслідки, які можуть бути застосовані за зловживання процесуальними правами, повинні полягати в цивільно-процесуальних, а не матеріально-правових санкціях. Зокрема, на відміну від наслідків за зловживання матеріальними правами, санкція за зловживання процесуальними правами не може полягати у відмові в захисті матеріального права.

При цьому необхідно враховувати, що у відкритті провадження у справі не може бути відмовлено з посиланням на зловживання правом на позов, оскільки на цій стадії, як правило, ще неможливо встановити факт недобросовісності й дійсну мету звернення особи до суду. Відмову в позові теж не можна вважати належною санкцією за зловживання правом на звернення до суду та зловживання іншими процесуальними правами, у зв'язку з тим що така відмова зумовлена передусім відсутністю матеріально-правової підстави позову, а не самим фактом зловживання.

Крім того, звертаючись із завідомо необґрунтованим позовом до суду, особа, як правило, заздалегідь усвідомлює можливі наслідки відповідного судового процесу, оскільки такий позов висувається з іншою метою, не пов'язаною із захистом матеріального права.

У зв'язку з цим потребують розробки інші правові наслідки за зловживання правом на звернення до суду й іншими процесуальними правами. Як уже зазначалося, чинне законодавство взагалі не встановлює жодних заходів цивільної процесуальної відповідальності за зловживання процесуальними правами. Лише частина 3 статті 240 Цивільного процесуального кодексу України передбачає таку відповідальність у вигляді стягнення із заявника всіх судових витрат за його недобросовісні дії у справах про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи [1].

Натомість цей вид відповідальності за зазначені зловживання необхідно встановити також в інших видах цивільного провадження.

Проте вбачається, що більш повним і точним було б установлення такої відповідальності у вигляді відшкодування всіх збитків, яких завдано особі внаслідок недобросовісних дій іншого учасника процесу, а не лише за фактичну втрату часу.

Крім зазначених санкцій, у Цивільному кодексу України необхідно передбачити також відповідальність за зловживання процесуальними правами у вигляді штрафу, що стягується на користь держави, оскільки такими діями завдається шкода інтересам держави шляхом використання судової процедури захисту прав не у відповідності до її призначення, а також шкода, пов'язана з конкретними витратами на здійснення такого необґрунтованого провадження.

Установлення досить суттєвого розміру таких штрафних санкцій виконувало б важливу превентивну функцію щодо таких зловживань [1].

Аналогічні санкції у вигляді штрафу або відшкодування збитків передбачає також Рекомендація КМ РЄ № R (84) 5, якщо сторона починає відверто необґрунтоване провадження або

поводиться недобросовісно і явно зловживає процедурою з очевидною метою затягнути провадження. Крім того, державам-учасницям рекомендується також застосовувати санкцію у вигляді позбавлення права на процесуальну дію (принцип 2) [10].

Необхідно зазначити, що більшість завдань розробки інших механізмів протидії зловживанню процесуальними правами вирішено змінами, внесеними до Цивільного процесуального кодексу України Законом України «Про судоустрій і статус суддів».

Зокрема, недобросовісні учасники процесу здійснювали затягування процесу шляхом оскарження ухвал, які не підлягають оскарженню окремо від рішення суду. Натомість сьогодні частиною 2 статті 293 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що суд першої інстанції повертає заявнику апеляційну скаргу на таку ухвалу. Запроваджено також право позивача змінювати предмет або підставу позову лише до початку розгляду справи по суті, що також часто використовували недобросовісні учасники процесу (частина 2 статті 31 Цивільного процесуального кодексу України) [1].

З аналогічною метою вдосконалено процедуру висунення зустрічного позову: відповідач має право висунути такий позов теж тільки до початку розгляду справи по суті (частина 1 статті 123 Цивільного процесуального кодексу України). Суттєво зменшено можливості для зловживань зміною процедури подання доказів, подання заяви про виклик свідків, а також клопотання про витребування доказів (стаття 131, частина 2 статті 136, частина 1 статті 137, частина 8 статті 193 Цивільного процесуального кодексу України) [1].

Удосконалено питання наслідків неявки учасників процесу до суду, що використовувалося з метою затягування розгляду справи, що відповідає, зокрема, положенням Рекомендації № R (84) 5 (принцип 1), тощо [10].

Інші негативні наслідки за зловживання процесуальними правами, крім заходів цивільної процесуальної відповідальності, пов'язані переважно з діями суду та в основному полягають у відмові суду в учиненні тієї процесуальної дії, про які заявляє клопотання особа, зловживаючи при цьому своїми правами. Застосування таких наслідків визначальною мірою зумовлюється вирішенням питання про співвідношення активності суду та активності учасників процесу.

Варто зазначити, що сьогодні у провідних зарубіжних країнах відбувається переосмислення загальних засад цивільного судочинства в напрямі посилення активності суду. В умовах змагальності й диспозитивності цивільного процесу така активність суду є необхідною, в тому числі й з метою перешкоджання зловживанням правами. Зокрема, у цій сфері посилення активності суду можливе за такими напрямами, як передання суду часткової ініціативи щодо визначення суб'єктного складу учасників процесу для усунення можливості маніпулювання позивачем підсудністю справ; розширення прав суду в застосуванні превентивних заходів, спрямованих на запобігання можливим зловживанням, а також можливості захисту інтересів інших осіб, які беруть участь у справі, тощо.

Викладене дає підстави для висновку про те, що в цивільному процесуальному законодавстві України має бути встановлено загальну заборону зловживання процесуальними правами та загальні санкції за ці дії, а також окремі санкції за допущені зловживання конкретними процесуальними правами. Запровадження таких норм сприятиме усуненню випадків використання правосуддя всупереч його завданням, відновленню рівності учасників процесу, підвищенню ефективності судочинства.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, судовий процес, реформування цивільного процесуального законодавства, цивільне судочинство, зловживання процесуальними правами.

Стаття присвячена основним питанням удосконалення цивільного

процесуального законодавства щодо здійснення правосуддя. Також розглядаються питання щодо зловживання процесуальними правами та шляхи їх вирішення. Проводиться аналіз цивільного процесуального законодавства й запропоновано внесення відповідних змін до норм законодавства України з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Статья посвящена основным вопрос совершенствования гражданского процессуального законодательства относительно осуществления правосудия. Также рассматриваются вопросы относительно злоупотребления процессуальными правами и пути их решения. Проводится анализ гражданского процессуального законодательства и предложено внесение соответствующих изменений в нормы законодательства Украины с учетом практики Европейского суда по правам человека.

The article is devoted by basic question of perfection of civil judicial legislation in relation to realization of justice. A question in relation to abuse of judicial rights and ways of their decision are also examined in the article. The analysis of civil judicial legislation is conducted and bringing of corresponding changes is offered to the norms of legislation of Ukraine taking into account practice of the European court on human rights.

Література

1. Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // ВВРУ. – 2004. – № № 40, 41, 42. – Ст. 356.

2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // ВВРУ. – 2003. – № 40–44. – Ст. 135.

3. Про іпотеку : Закон України від 5 червня 2003 року № 898/IV // Сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rada.gov.ua/.

4. Про заставу : Закон України від 2 жовтня 1992 року № 2654/XII // Сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rada.gov.ua/.

5. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень : Закон України від 18 листопада 2003 року №1255/IV // Сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rada.gov.ua/.

6. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення : Постанова ВСУ від 17 жовтня 2014 року № 11 // Сайт Верховної ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://scourt.gov.ua/.

7. Про юрисдикцію : Регламент Ради ЄС від 22 грудня 2000 року № 44/2001.

8. Про створення європейського виконавчого листа для безспірних вимог : Регламент Ради ЄС від 21 квітня 2004 року № 805/2004.

9. Щодо заходів із попередження і зменшення надмірного робочого навантаження в судах : Рекомендація № R (86) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам.

10. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R (84) 5 від 28 лютого 1984 року державам-членам щодо принципів цивільного судочинства.

11. Рабінович П. Рішення Європейського суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування (P. Rabinovych. Judgments of the European Court of Human Rights: Conceptual and Methodological Principles of Substantiation) / П. Рабінович // Сайт Європейського суду [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://hudoc.echr.coe.int/.

12. Штанке Э. Реформа немецкого гражданского процессуального права. Проект новелл Гражданского процессуального кодекса Германии / Э. Штанке // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2001. – № 1. – С. 232.

13. Офіційний сайт судової влади [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/.

14. Сайт судової практики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.krapka.org.ua/.

15. Інформаційний сервер Верховного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A.

16. Європейська конвенція про захист прав людини // Сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.ru/documents /doc/2461411/2461411.htm.

УДК 347.956.71

Т. Стоянова,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ЗУПИНЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ В АПЕЛЯЦІЙНІЙ ІНСТАНЦІЇ

Цивільне процесуальне законодавство чітко регламентує порядок учинення процесуальних дій під час судового розгляду, їх послідовність і зміст, процесуальні права й обов'язки учасників процесу, а також спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування необхідних обставин, усуваючи з нього все, що не має істотного значення для вирішення справи [1, с. 323].

У практиці розгляду й вирішення цивільних справ виникає немало випадків, коли під час розгляду справи по суті виявляються такі обставини, які не дають можливості суду постановити по справі рішення, а тягнуть за собою ускладнення, перешкоди.

Останні зміни в цивільному процесуальному законодавстві особливо загострили питання своєчасного та оперативного розгляду судом справ. Ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) проголошує, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом. Термін «розумний строк» є відносно новим поняттям для Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України. Тільки останнім часом Україна, виконуючи взяті на себе за Конвенцією зобов'язання, впровадила в цивільне процесуальне законодавство інститут «розумного строку» [2, с. 323]. Отже, передбачається, що розумність тривалості судового провадження має оцінюватися в кожному випадку згідно з конкретними обставинами справи й з урахуванням критеріїв, що склалися в практиці Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд), а саме: 1) складність справи; 2) поведінка заявника; 3) поведінка (оперативність) державних органів, тобто суду [3, с. 132].

Практика Європейського суду вказує на те, що в розумний строк розгляду справи включається в період надходження до суду позовної заяви й закінчується виконанням рішення суду.

Саме порушення «розумних строків» розгляду справ стало основним фактором, що викликав масове подання позовів до Європейського суду в тому числі й у сфері цивільного судочинства.

На оперативність розгляду судом цивільних справ впливає низка чинників. Одними із засобів, які суд використовує у своїй діяльності і тривалість яких безпосередньо впливає на загальний строк судового розгляду справи, є відкладення розгляду та оголошення перерви в судовому засіданні. Також серед науковців існує думка щодо ускладнення цивільного процесу шляхом його зупинення [1, с. 177].

Метою статті є дослідження процесуальних особливостей зупинення провадження у справі в апеляційному порядку.

Для досягнення поставленої мети ставляться такі завдання: дослідити поняття й мету зупинення провадження у справі, правові підстави зупинення провадження в апеляційній інстанції.

Зупиненням провадження у справі є процесуальна дія, що має наслідком зупинення вчинення судом усіх про-

© Т. Стоянова, 2016

цесуальних дій до відновлення провадження у справі.

Як зазначає М.К. Треушніков, обставини, які перешкоджають розгляду справи по суті, за своїм характером можуть бути такими, що в момент їх виникнення не має можливості визначити, коли вони відпадуть. У цьому випадку суд не може відкласти розгляд справи й точно визначити новий день судового засідання [2, с. 275].

Зупинення провадження у справі – це тимчасове припинення судом процесуальних дій, що викликано об'єктивними (тобто не залежними від суду і сторін) обставинами, які перешкоджають подальшому розвитку процесу та щодо яких не можна визначити, коли вони зникнуть і настане можливість відновлення провадження у справі.

Метою зупинення провадження у справі є забезпечення сторонам практичної можливості реалізувати свої процесуальні права, в реалізації яких вони обмежені в силу певних обставин (хвороба, відрядження, заміна законного представника тощо), або більш ретельне дослідження обставин справи (вирішення іншої, пов'язаної справи, виконання доручення, наданого в межах розгляду цієї справи, надане іншому судові тощо) [3, с. 275].

Зупинення провадження у справі ділиться залежно від особливості його підстав на обов'язкове та необов'язкове (факультативне).

Факультативне зупинення провадження у справі відрізняється від обов'язкового, через наявні обставини все ж таки можливий її подальший розгляд. Однак якщо його продовжити, то це може вплинути на встановлення дійсних правовідносин учасників процесу.

Зупинення провадження у справі варто чітко відмежовувати від відкладення розгляду справи.

Зазначені процесуальні інститути відрізняються один від одного за низкою ознак: за підставами, суттю, строками й наслідками.

Так, на відміну від відкладення розгляду справи, закон установлює вичерпний перелік підстав зупинення провадження у справі, який розширеному тлумаченню не підлягає.

Метою відкладення розгляду цивільної справи є необхідність учинення певних процесуальних дій (заміна відведеного судді, залучення до участі у справі інших осіб). Під час зупинення провадження у справі, за окремим винятком (розшук відповідача, призначення експертизи), виконання процесуальних дій зупиняється.

На відміну від відкладення справи, суд припиняє вчинення процесуальних дій на період зупинення провадження у справі без зазначення строку, на який зупиняється провадження у справі. Строк, на який зупиняється провадження у справі, не зараховується до строків розгляду й вирішення цивільної справи, які встановлені ст. 157 ЦПК України. Згідно з приписами ст. 71 ЦПК України, зупинення провадження у справі зупиняє перебіг процесуальних строків, а в разі відкладення розгляду справи – ні.

Якщо відкладення розгляду справи не впливає на перебіг строків позовної давності, то з моменту зупинення провадження у справі зупиняється й перебіг строків позовної давності.

За можливістю оскарження ухвал ухвала про відкладення розгляду справи оскарженню не підлягає, тоді як можливість оскарження ухвали про зупинення провадження у справі прямо передбачена законом.

Отже, зупинення провадження у справі є окремим інститутом цивільного процесуального права, що є одним зі способів ускладнення судового розгляду.

Також хотілось би вказати на те, що інститут зупинення провадження у справі є характерним для розгляду справи в першій інстанції. Стосовно розгляду справи в апеляційному порядку, то законодавчих підстав для застосування інституту зупинення провадження справ у ЦПК України не має.

Тому під час вирішення поставлених завдань будемо виходити із загальних

положень цивільного процесуального законодавства.

Завдання суду апеляційної інстанції визначаються межею дій цього суду щодо перегляду судових рішень, а саме апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішень суду першої інстанції: 1) у межах доводів апеляційної скарги; 2) у межах позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції.

Правом апеляційного оскарження користуються сторони, особи, які беруть участь у справі: треті особи, представники сторін і третіх осіб, прокурор, органи державної влади й органи місцевого самоврядування та інші особи, які беруть участь у розгляді справи, а також особи, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права та обов'язки.

Об'єктами апеляційного оскарження є рішення суду першої інстанції, що не набули чинності, а також ті ухвали, які перешкоджають подальшому провадженню у справі, тобто ухвали суду, вказані в ст. 293 ЦПК України. Скаргу на ухвалу, що не підлягає оскарженню, можна включити в апеляційну скаргу на рішення суду. Об'єктом апеляційного оскарження може бути й частина рішення, наприклад, резолютивна частина та додаткове рішення.

Порядок розгляду справи судом апеляційної інстанції такий самий, що й у суді першої інстанції, за винятком положень, передбачених ЦПК України.

Згідно з ч. 1 ст. 304 ЦПК України, справа розглядається апеляційним судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, з винятками й доповненнями, встановленими главою про апеляційне провадження.

Отже, норми інституту зупинення провадження у справі (ст. ст. 201–204 ЦПК України) діють не лише в суді. Під час застосування правил ЦПК України про зупинення провадження у справі необхідно мати на увазі, що у випадках, передбачених ст. 201 ЦПК України, апеляційний суд зобов'язаний зупинити провадження у справі; за наявності підстав, визначених ст. 202 ЦПК України, питання про зупинення провадження у справі вирішується апеляційним судом залежно від конкретних обставин справи.

Перелік підстав для зупинення провадження у справі, наведений у ст. ст. 201, 202 ЦПК України, є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Зупинення провадження у справі з підстав, не передбачених законом, тягне за собою скасування судового рішення.

Також у суді апеляційної інстанції застосовуються правило та процедура, викладені в ст. 204 ЦПК України, про відновлення провадження у справі.

Отже, можна дійти висновку, що зупинення провадження у справі – це тимчасове припинення судом учинення процесуальних дій під час судового розгляду з визначених у законі об'єктивних підстав, які перешкоджають подальшому розгляду справи і щодо яких неможливо передбачити їх усунення.

Межі зупинення провадження у справі не повинні призводити до зменшення розумного строку розгляду справи.

Ключові слова: провадження, апеляційна інстанція, суд, цивільне процесуальне законодавство.

Статтю присвячено аналізу процесуальних особливостей зупинення провадження у справі в апеляційній інстанції. Зроблено висновок, що зупинення провадження у справі – це тимчасове припинення судом учинення процесуальних дій під час судового розгляду з визначених у законі об'єктивних підстав, які перешкоджають подальшому розгляду справи і щодо яких неможливо передбачити їх усунення.

Статья посвящена анализу процессуальных особенностей приостановления производства по делу в апелляционной инстанции. Сделан вывод, что остановка производства по делу – это временное прекращение судом совершения процессуальных действий в ходе судебного разбирательства по

определенным в законе объективным основаниям, препятствующим дальнейшему рассмотрению дела и в отношении которых невозможно предусмотреть их устранение.

This article analyzes the procedural characteristics of the suspension of the proceedings on appeal. It is concluded that the suspension of the proceedings – a temporary cessation of taking court proceedings during the trial of the identified objective basis in the law that prevent the further proceedings and for which it is impossible to predict their elimination.

Література

1. Бичкова С.С. Цивільне процесуальне право України : [навчальний посібник] / С.С. Бичкова. – К. : Атіка, 2006. – 323 с.

2. Цивільний процес України. Академічний курс : [підручник для студентів юридичних спеціальних вищих навчальних закладів] / за ред. С.Я. Фурси. – К. : КНТ, 2009. – 634 с.

3. Коваль І. Право на справедливий суд: практика Європейського суду з прав людини щодо України / І. Коваль // Право України. – 2006. – № 10. – 132 с.

4. Луспеник Д.Д. Настільна книга професійного судді при розгляді цивільних справ (складання судових процесуальних документів за новим ЦПК України) / Д.Д. Луспеник. – Х. : Харків юридичний, 2005. – 177 с.

5. Гражданский процесс / под ред. М.К. Треушникова. – М., 2007.

6. Науково-практичний коментар «Цивільного процесуального кодексу України». Станом на 01. 01. 2012 / за заг. ред. В.В. Богатиря. – К. : Видавничий дім «Професіонал», 2012. – 275 с.

УДК 347.956(091)

І. Іліопол,
асистент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ВИНИКНЕННЯ Й РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ АПЕЛЯЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Державною гарантією забезпечення права на апеляційне оскарження судових рішень, що не набрали чинності, є закріплення в статті 129 Конституції України норми щодо забезпечення права на апеляційний перегляд справи як одну з основоположних засад судочинства. Право на апеляцію відповідає міжнародним стандартам і є складником права на судовий захист. Реформування судочинства, що відбувається в країні, прагне привести норми законів України у відповідність до міжнародних стандартів, які відповідають конституційним принципам і засадам. Однак виправити всі помилки, що допускаються судами першої інстанції, повністю не видається можливим, тому важливою гарантією права на справедливий суд є забезпечення права на апеляційний перегляд судових рішень.

Виходячи з вимог, які висуваються до судового рішення статтею 213 Цивільного процесуального кодексу України, законним є рішення, яким суд виконав усі вимоги цивільного судочинства та ухвалив рішення відповідно до законів України. Обґрунтованість же випливає з повного й усебічного з'ясування обставин, на які сторони посилаються як на підтвердження своїх позовних вимог або заперечень, підкріплених доказами, досліджених у судовому засіданні. Однак з огляду на судову практику в деяких випадках виникає потреба мати додаткові гарантії захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів. Однією з таких гарантій є закріплене в нормах Основного Закону (стаття 129) як одну з основних засад забезпечення права на апеляційний перегляд справи [1].

Тому особливої актуальності набуває питання глибокого теоретичного дослідження основних правових інститутів цивільного процесуального права, їх реформування з метою створення ефективної процедури здійснення судочинства в цивільних справах, зокрема інституту апеляції як етапу судочинства, на якому здійснюється перевірка законності й обґрунтованості судових рішень, що не набрали чинності.

Дослідження історичного аспекту виникнення та розвитку інституту апеляції свідчить про те, що апеляційне провадження як спосіб перегляду судових рішень з'являвся на певному етапі розвитку тієї чи іншої країни залежно від стадії розвитку держави.

Як зазначає Ю.С. Шемшученко, апеляція (лат. appellatio – звернення) – одна з форм оскарження судових рішень у цивільних і кримінальних справах до суду вищої (апеляційної) інстанції, що має право переглядати справу. Як гарантія законності й обґрунтованості судових рішень закріплена в законодавстві більшості країн (Великобританія, США, Франція, Італія, Австрія тощо). Інститут апеляційного провадження здавна відомий і в Україні [2].

Сьогодні немає однозначної відповіді на питання, де й коли виник цей правовий інститут, одні вчені пов'язують виникнення апеляції із закріпленням його у XVIII ст. у Франції, інші (Ф.М. Дмітрієв, Є.А. Борисова, К.Н. Аннєнков) момент виникнення цього способу оскарження судових рішень пов'язують з існуванням Рим-

© І. Іліопол, 2016

ської імперії, а вже пізніше й народів Європи. Уважається, що друга позиція є правильною, так як вона знаходить своє підтвердження в історії розвитку держави та права Давнього Риму.

Тобто вияви інституту апеляції виникають ще за часів Стародавнього Риму, який уважається лідером у правовому розвитку. Саме тут виникають різні правові норми, закони, звичаї, які надалі поширилися по світу, вплив римських норм спостерігається в багатьох законодавствах сучасних держав, які застосовують їх і досі.

У додержавний період Риму для захисту порушених прав особи застосовувались звичаї, пізніше самоуправство (самовільний напад з метою встановлення такого стану речей, який відповідав би дійсно чинному праву особи, яка здійснює насилля) і самозахист (самовільне відбиття чужої неправомірної поведінки: на насилля дозволено відповідати насиллям), нерідко й кровна помста. З установленням римської держави захист прав індивідуумів упорядкувався: вирішення спірних питань увійшло до компетенції державних органів, що призвело до формування цивільного процесу. Згодом на заміну самоуправству приходять, замінюючи один одного, такі види римського судового процесу: легісакційний, формулярний і екстраординарний [3].

Так, у першу половину періоду римський цивільний процес відрізнявся такою особливістю, що мав дві стадії: процес "in jure" та процес "in judicio". У процесі "in jure" брали участь сторони й судовий магістрат. Магістрат не здійснював судових функцій, а тільки був присутнім на тих урочистих актах у процесі судочинства, що здійснювали сторони. Його участь зводилась до того, що він вимовляв відомі репліки та формули. Стосовно сторін, то вони на цій стадії також здійснювали акти: позивач заявляв вимоги проти відповідача, а відповідач, у свою чергу, міг не погодитись із заявами позивача. Сукупність формул і жестів, що здійснювались на цій стадії, мали назву «легісакційний процес» [4].

Тобто, як зазначав М.М. Страхов, на цій стадії процесу спір не розбирався й рішення не виносилось. Це відбувалось на другій стадії – in judicio, де діяли лише сторони та обраний ними iudecx privatum (третейський суддя). На цій стадії сторони не здійснювали обряди й ритуали, а у вільній формі робили заяви, наводили докази правоти, запрошували свідків, суддя розглядав справу і виносив по ній остаточне рішення. Ані апеляції, ані касації на цьому етапі розвитку процесу не було [5].

Тобто якщо відповідач на стадії "in jure" не погоджувався з вимогами, що заявляв позивач, але відповідно до встановленої законом форми оскаржував їх, то процес переходив до другої стадії й починалось провадження "in judicio". Фактичні докази правоти сторін розглядали судді, яких обирали самі сторони серед запропонованих осіб, котрі були сенаторами, а рішення, ухвалене судом, було безапеляційним [4].

За часів імперії легісакційний процес у зв'язку зі зміною суспільних відносин замінюється на формулярний. Для нової форми процесу була характерною відсутність судових інстанцій із поділом на вищі та нижчі. Він також мав дві стадії: "in jure" та "in judicio". У цьому процесі значно зростає роль претора, який прийшов на зміну магістрату, а саме: самостійне призначення судді, видача письмових указівок щодо суті справи (формул), одноосібне вирішення питань про подальший хід справи. Рішення судді по спору оскарженню не підлягало, воно одразу набирало чинності й визнавалось за істину.

У цей час з'являються перші способи оскарження. Так, проти всіх актів, здійснених магістратом (крім присяжного судді), допускалися "intercession" інших магістратів. Більше того, сторона, яка була незадоволена рішенням, могла отримати від магістрату скасування рішення шляхом "restitutio in integrum" (відновлення в попередньому стані), тобто реституцію стосовно рішення. Такі вимоги висувалися протягом року, підставою для скасування рішення слу-

гувало прийняття рішення під впливом сили, страху, обману, лукавства або віку. У всіх випадках за скасуванням рішення слідував новий процес. Так, рішення могло бути скасоване за допомогою едикту претора, вищого претора або вищого магістрату [6].

Коли в період абсолютної монархії поділ цивільного процесу на ius ta iudicium утратив свою необхідність, процес отримав назву надзвичайно екстраординарного (extra, ordinem). Сутність цього процесу полягала в тому, що спірні справи розглядались магістратом без передачі рішення по справі присяжному судді. В екстраординарному процесі судові функції здійснювалися адміністративними органами: в Римі та Константинополі – praefectus urbi (начальником місцевої поліції), у провінціях – правителем провінції, а по менш важливих справах – муніципальними магістратами. Імператор нерідко приймав судові справи на власний розгляд. Отже, на противагу процесу класичного періоду, в екстраординарному процесі було допущено апеляційне оскарження винесеного рішення в наступну вищу інстанцію. Виникнення інституту оскарження в цивільному судочинстві у формі апеляції датується III сторіччям нашої ери [7].

Апеляційне провадження спочатку було дуже невпорядкованим, але поступово отримало певну організацію. Своє остаточне оформлення та закріплення як засіб оскарження судових рішень апеляція отримала в період царювання імператора Юстиніана (527–565 років) [4].

Отже, виникнувши в давньому Римі, інститут апеляційного оскарження продовжив своє існування шляхом рецепції римського права, отримавши свій подальший розвиток у судовому провадженні багатьох європейських країн, а аналіз наукових праць та історичних джерел дає можливість стверджувати, що інститут апеляційного перегляду судових рішень ще здавна відомий і на українських землях.

Побудова в Україні правової держави, формування громадського суспільства спонукають звернутися до історичного досвіду нашого народу в цій царині [8, с. 3].

Процесуальний порядок оскарження й апеляційного перегляду справ уперше отримав закріплення в артикулах 1, 2, 5, 6 розділу VI Статуту Великого князівства Литовського 1529 року, був розвинутий у наступних статутах 1566 і 1588 років. Статут установлював не тільки чіткий порядок для подання апеляції, а й передбачав виключний перелік випадків, при яких апеляція не допускалась. При цьому варто зазначити, що в діяльності судів органічно поєднались європейський правовий досвід і традиції давньоруського права.

Виникнення апеляційного (за змістом способу оскарження, а не за назвою, оскільки називатися «апеляційний» цей спосіб став пізніше – у XVIII ст., в результаті запозичення із джерел права країн Західної Європи) способу оскарження рішення можна зарахувати до часу видання Судебників.

Інститут апеляційного оскарження був також докладно врегульований у «Правах, за якими судиться малоросійський народ». Апеляція визначалася як «правильне відкликання й перенесення з нижчого суду до вищого справи сторін, що судяться, коли одна якась із них уважала себе скривдженою вироком, винесеним у її справі в цьому нижчому суді».

«Права, за якими судиться малоросійський народ» визначали підстави, строки й порядок подання апеляції, порядок її розгляду та вирішення.

За Статутом цивільного судочинства Російської імперії, що діяв в Україні до 1918 року, сторонам цивільного процесу надавалось право подавати мотивовану апеляцію на рішення окружних судів. Рішення судів апеляційної інстанції були остаточними й підлягали негайному виконанню.

Отже, Статут цивільного судочинства 1864 року закріпив апеляцію як основний інститут перегляду судових рішень.

Важливий крок на шляху формування власної судової системи зробила Центральна Рада, коли прийняла 30 грудня 1917 року спеціальний Закон «Про заведення апеляційних судів». 8 липня 1918 року було затверджено Закон «Про судові палати й апеляційні суди». У зазначений період на території України тимчасово зберігали чинність закони колишньої Російської імперії, зокрема Статут цивільного судочинства, яким деякий час керувались апеляційні суди.

З установленням радянської влади інститут апеляції припинив своє існування, а натомість було запроваджено інститут касації, який за змістом суттєво відрізнявся від однойменного інституту світового процесуального законодавства. У результаті вдосконалення процесуального законодавства після розпаду СРСР апеляція посіла належне місце в цивільних процесуальних кодексах колишніх радянських республік, зокрема Естонії, Казахстані, Азербайджані та Молдові [8, с. 4].

Конституцією України (статті 125, 129) також передбачено дію в судовій системі нашої держави апеляційних судів і, відповідно, забезпечення апеляційного перегляду справи у визначених законом випадках.

Аналіз законодавства країн колишнього СРСР і тих, де апеляція тривалий час ефективно застосовується, дає можливість визначити характерні особливості цього інституту: апеляція подається на рішення суду першої інстанції, які не набрали законної сили; справа за апеляцією переноситься на розгляд суду вищого рівня; подання апеляції зумовлено неправильним установленням судом першої інстанції фактичних обставин справи, неправильним застосуванням закону або неповнотою доказового матеріалу, поданого особами, які беруть участь у справі; апеляційний суд, розглядаючи справу, вирішує як питання факту, так і питання права, тобто перевіряє як юридичну, так і фактичну сторону справи в тому самому обсязі, що й суд першої інстанції; апеляція допускається лише один раз у кожній справі; розгляд справи в апеляційному суді здійснюється з додержанням основних засад судочинства.

Аналіз виникнення й розвитку судової системи на території України з періоду Київської Русі та до теперішнього часу дав змогу сформулювати декілька висновків.

Проголошення державної незалежності поставило на порядок денний питання про проведення судово-правової реформи, якою передбачено кардинальне реформування судової системи, форм судочинства й інституту перегляду судових рішень. І в цьому полягає найперша передумова запровадження інституту апеляції в цивільному процесі України.

Система охорони прав під час перегляду судових рішень, що залишилась Україні у спадок від колишнього Радянського Союзу, як за змістом, так і за формою не відповідала політико-правовим і соціально-економічним реаліям, які склалися в Україні. Подолання цих недоліків і необхідність створення системи правосуддя, що відповідає сутності нової державності й засадам демократичного розвитку, – це друга передумова запровадження інституту апеляції.

І, нарешті, третьою соціальною передумовою, яка зумовила невідкладність цієї реформи, стала глибока криза всіх інституцій системи юстиції.

Ключові слова: апеляційний перегляд, судові рішення, історико-правовий аспект, апеляційне провадження, цивільний процес України.

Стаття присвячена дослідженню й аналізу історико-правового аспекту виникнення та розвитку інституту апеляції в цивільному процесі. Задля якісного і глибокого вивчення актуальних питань апеляційного перегляду судових рішень варто більш детально й докладніше вивчити історію виникнення та розвитку інституту перегляду судових рішень в апеляційному порядку.

Статья посвящена исследованию и анализу историко-правового аспекта

возникновения и развития института апелляции в гражданском процессе. Для качественного и глубокого изучения актуальных вопросов апелляционного пересмотра судебных решений следует более детально и подробно изучить историю возникновения и развития института пересмотра судебных решений в апелляционном порядке.

The article is dedicated to the study and analysis of historical and legal aspect of origin and development of institute of appeal in civil procedure. For quality and profound study of current issues of appellate review of judicial decisions, it is necessary to have a more detailed and thorough research of history and development of appellate review institute of trial court decisions.

Література

1. Конституція України, прийнята Верховною Радою України 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / відп. ред. Ю.С. Шемшученко та ін. – К. : Укр. енцикл.,1998–2004. – Т. І. – 1998. – С. 127.

3. Бортник Ю.М. Історичний розвиток апеляційного провадження / Ю.М. Бортник // Судова апеляція. – 2006. – № 1(2). – С. 125.

4. Борисова Е.А. Апелляция в гражданском и арбитражном процессе / Е.А. Борисова. – М. : Юрид. бюро «Городец», 1997. – С. 7.

5. Страхов М.М. Історія держави та права зарубіжних країн / М.М. Страхов. – Х., 1994. – С. 70.

6. Бондаренко Н.Л. До питання про розвиток та виникнення інституту апеляції зарубіжних країнах / Н.Л. Бондаренко // Університетські наукові записи. – 2005. – № 3 (15). – С. 85–92.

7. Борисова Є.А. Апеляція в цивільному (арбітражному) процесі / Є.А. Борисова. – 2 вид., випр. і доп. – М. : Городець, 2000. –С. 12.

8. Коваль В.М. Апеляційні суди в Україні: становлення і розвиток : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / В.М. Коваль. – О. : Одес. нац. юрид. акад., 2004. – С. 3.

УДК 343.2

Н. Мирошниченко,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

Л. Абакіна-Пілявська,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЛІКАРСЬКА НАРКОМАНІЯ XXI СТОЛІТТЯ

Наркоманія на сучасному етапі розвитку суспільства є однією з його глобальних проблем, якій притаманний світовий характер. До проблеми поширення наркоманії в Україні, особливо серед молоді, прикута увага науковців, практиків, юристів, медичних працівників, засобів масової інформації та органів влади. Водночас існує чимало регіональних і національних програм боротьби й профілактики наркоманії загалом та серед молоді зокрема, ведеться відповідне фінансування таких заходів, однак відчутних результатів вони не дають.

Водночас масштаби зазначеного негативного соціального явища на території України є такими, що давно вийшли за межі приватної проблеми однієї особи чи її родини, безповоротно переросли в питання державного та міжнародного рівнів. Варто зазначити, що число наркоманів в Україні невпинно зростає, а тому збільшується кількість кримінальних правопорушень, пов'язаних із вживанням і розповсюдженням наркотичних засобів, дедалі частіше фіксуються випадки смерті наркоманів як від насильницької, так і від природньої смерті.

У зв'язку з характером соціально-економічних тенденцій, притаманних українському суспільству на сучасному етапі його розвитку, особи з наркотичною залежністю змушені вишукувати нові шляхи й способи задоволення наркотичної потреби, у тому числі за допомогою засобів, які в первинному цільовому призначенні не є наркотичними засобами в прямому розумінні. Однак вживання таких речовин дає подібний ефект, дуже близький до такого, що викликає конкретний наркотик, таким чином замінюючи основний вид наркотичного засобу (наприклад, марихуану, героїн, макову соломку тощо).

Так, окрім наявності досить відкритої можливості придбання окремих видів наркотиків за допомогою новітніх інформаційних технологій, їх споживач також має вільний доступ до детальної інформації, розміщеної в мережі Інтернет щодо методів і способів виготовлення окремих наркотичних засобів у домашніх умовах, у тому числі з окремих лікарських засобів. Водночас за допомогою тих же інтернет-ресурсів наркоман-початківець може наглядно ознайомитись із переліком таких лікарських засобів, визначитись із необхідним дозуванням та переглянути відеодемонстрацію ефекту від тієї чи іншої речовини.

Особа, яка має певну наркотичну залежність, за відсутності можливості, найчастіше матеріальної, з метою по-

© Н. Мирошниченко, Л. Абакіна-Пілявська, 2016

легшення симптомів синдрому абстиненції (залежно від виду наркотичного засобу може проявлятись під час фізичної наркотичної залежності у вигляді спазмів внутрішніх органів і м'язів, порушень функцій шлунково-кишкового тракту та серцево-судинної системи, слюнотечі, підвищення секреції залоз, психомоторного збудження тощо) вживає певний лікарський засіб із перевищенням встановленого дозування та таким чином досягає часткового чи повного заміщення ефекту оригіналу наркотика.

Наприклад, до таких речовин із галюциногенною дією належить декстрометорфан, який багатьма вважається психоделіком, хоча насправді це дисоціатив, та є в складі таких лікарських засобів, як «Глікодин» (протикашльовий засіб у вигляді сиропу, 5 мл сиропу містять 10 мг декстрометорфану гідроброміду), «Атусін» (протизастудний засіб, 1 таблетка – 15 мг декстрометорфану) тощо. «Тригідран-Д» (спазмоанальгетик) у разі відповідного перевищення дозування викликає галюцинації, розмови з вигаданими істотами, плутаність свідомості, розслаблення м'язів, причому ефект продовжується близько 5 годин. Досить поширеним є застосування «Баклофену», який викликає збудженість, підвищену енергійність і фізичну активність на декілька годин. Популярністю серед молоді користується «Цикломед» (краплі, які наркоманом вводяться внутрішньо), що викликає збудження, порушення психічних реакцій, безпричинний сміх та раптову агресію, незв'язну мову, порушення розпізнання близько розміщених предметів, дезорієнтацію в просторі. Таких прикладів можна навести безліч.

Наприклад, досить поширеним способом серед наркоманів є вживання лікарських засобів, які містять кодеїн, з метою заміни останніми оригіналу тієї чи іншої наркотичної речовини. Кодеїн – наркотик, який входить до групи опіатів, добувається шляхом висушування на сонці молочного соку з головок опіумного маку або напівсинтетичним шляхом із морфіну. Нині існує досить значний перелік лікарських засобів, які містять у своєму складі кодеїн, наприклад, засоби проти кашлю й застуди («Нурофен», «Кодтерпін ІС», «Коделак», «Теркодін», «Тедеїн» тощо), знеболюючі засоби («Солпадеїн», «Тетралгін», «Пенталгін», «Панадеін», «Коделмікст», «Каффетін» тощо); деякі з названих ліків навіть викликають звикання, а придбати їх можна в будь-якій аптеці без рецепту.

Наркомани з метою полегшення прояву вже існуючої в них абстиненції (ломки) вживають певний лікарський засіб, який містить кодеїн, з перевищенням дозування. Наприклад, якщо разово вжити 10 таблеток «Кодтерпін ІС» замість необхідної однієї таблетки двічі на добу, настає стан «уявного щастя»: ейфорія, розслаблення, відчуття безтурботності, повного задоволення, байдужості до навколишнього світу.

Так формується кодеїнова залежність, яка належить до наркотичної залежності від опіатів. На першому етапі кодеїнова залежність проявляється в нетиповій поведінці людини: нестримній балакучості, сильному пожвавленні, эйфоричному настрої. Якщо людина вживає кодеїн досить тривалий час, у такої особи з'являється абстиненція (ломка), що проявляється в депресії, безсонні, людина постійно перебуває в напрузі, липкому поті, неспокійному тривожному стані, може з'явитись характерний біль суглобів і м'язів, спазми шлунку, розширюються зіниці, з'являються нежить і нудота, переслідує нав'язливе бажання прийняти ще дозу лікарського засобу. Кодеїнова залежність виникає також у тих, для кого він прописаний як болезаспокійливий засіб, під час прийому від двох тижнів. Кодеїн притупляє не лише біль, а й інші фізичні та емоційні почуття за рахунок присутності в ньому опію в кількості від 0,1% до 2%.

Така залежність має схожі риси з метадоновою залежністю, яка виникала нерідко внаслідок так званої терапії заміщення. Так, свого часу в Україні

в цілому та на Одещині зокрема професором В.С. Бітенським пропонувалась замісна метадонова терапія: наркоману з діагностованою наркотичною залежністю від опіатів надавалась спеціально для нього підібрана доза офіційно дозволеного до застосування метадону; дозування препарату визначалось індивідуально, щоб зняти у хворого симптоми відміни героїну, проте не допустити при цьому наркотичне сп'яніння. Перебуваючи під впливом метадону, наркоман залишається в здоровому глузді й тверезому стані, на відміну від ефекту наркотиків, проте це не звільняє його від наркотичної залежності, не змінює його психіко-соціальні властивості, хоч і надає фізичну можливість виконувати певні види робіт, залишатись у сім'ї, виховувати дітей тощо.

Нині кодеїн використовується деякими наркоманами за принципом метадону, однак безконтрольно та на власний розсуд. Вони схиляються до такого кроку у зв'язку з тим, що цей метод полегшення абстиненції є найдешевшим, «бюджетним», оскільки дозу наркотика вартістю в сотні гривень можна замінити упаковкою лікарського засобу ціною 30–50 гривень, а ефект буде подібним. Таким чином, вживання певних лікарських засобів призводить до продовження існуючої наркотичної залежності або заміни її на іншу.

Така ситуація вимагає відповідної державної реакції, належної відповіді на фактично новий спосіб і метод наркоманії. Мова йде про організаційно-правові заходи, у тому числі про заборону відкритого обігу окремих речовин та встановлення відповідальності за порушення таких нормативних приписів. Найсуворіший вид відповідальності – кримінальна – є найжорсткішим проявом реакції з боку держави на те чи інше явище в суспільстві.

Водночас варто погодитися з О.В. Козаченко, який зазначає, що винятково важливе значення в кримінально-правових нормах приділяється точному встановленню предмета злочинного посягання, що дає змогу, з одного боку, правильно кваліфікувати діяння, а з іншого – попередити незаконне притягнення особи до кримінальної відповідальності [1, с. 2].

З огляду на зазначене доцільно розпочати з визначення поняття наркотизму.

Термін «наркотизм» вживається у вузькому значенні (стосовно наркоманії), у розширеному (щодо наркоманії й токсикоманії) та в найбільш широкому (стосовно адиктивних речовин, спроможних викликати залежність). Водночас у науковій літературі виділяють ознаки наркотизму як соціального явища: адиктивну поведінку, що набула масових форм; виникнення особливих соціальних груп споживачів адиктивних речовин; поширення адиктивної субкультури; виникнення специфічних соціальних відносин; трансформацію соціальної структури під впливом наркотизму [2, с. 8].

О.М. Гумін зауважує, що навіть глибоке вивчення психофізичної природи наркотизму без урахування його соціальних аспектів не змогло б дати вичерпну відповідь на запитання про сутність явища. Ці аспекти враховуються під час дослідження причин наркоманії, токсикоманії, алкоголізму в ракурсі захворювання, соціального явища й стратегії боротьби зі злочинністю. На наркотизм розповсюджуються особливості функціонування соціальних явищ. Поза своїм соціальним змістом наркотизм характеризується діалектичною єдністю всіх ознак і властивостей: масовістю та соціальною зумовленістю, історичною змінністю та здатністю протистояти різним впливам, пристосованістю та видозмінюваністю [3, с. 142].

Наркотизм являє собою складне соціальне явище, яке потребує розробки нових і вдосконалення вже існуючих заходів попередження й боротьби з останнім, як організаційного, так і правового характеру. Так, наркотизм включає в себе *наркоманію* (хворобливу психічну пристрасть, що викликана хронічною інтоксикацією внаслідок вживання наркотичних речовин), *токсикоманію*

(хворобливий психічний стан, викликаний хронічною інтоксикацією внаслідок зловживання психотропними, летючими ароматичними речовинами та сильнодіючими лікарськими засобами, які викликають стійкі психічні й фізичні зміни в осіб, які зловживають ними); *полінаркоманію* (хворобливий стан, викликаний хронічною інтоксикацією наркотичними засобами, які належать до різних класифікаційних груп); *протиправні діяння* (наприклад, наркобізнес), предметом яких є речовини й засоби, які під час зловживання ними викликають пристрасть, або залежність (наркоманію, токсикоманію, полінаркоманію) [4, с. 9–10].

З огляду на положення чинного антинаркотичного законодавства в основі поняття наркотизму закладене поняття правопорушення, предметом якого виступають наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги та прекурсори.

Так, наркотичні засоби – це включені до переліку речовини природного чи синтетичного походження, препарати, рослини, які становлять небезпеку для здоров'я населення в разі зловживання ними та викликають стан залежності, що призводить до захворювання на наркоманію. Цей перелік затверджується Кабінетом Міністрів України за поданням Міністерства охорони здоров'я України.

Для віднесення того чи іншого засобу до предмета наркотизму засіб або речовина повинні мати такі ознаки:

а) медичну ознаку – зловживання засобом чи речовиною здатне викликати негативні наслідки у вигляді симптомів прогресуючої хвороби – наркоманії (токсикоманії), однак за умови, що таке зловживання викликає суспільно значущі негативні наслідки;

б) соціальну ознаку – вживання речовини викликає такі негативні зміни в особистості та її поведінці, які негативно впливають на існування соціальних зв'язків цієї особи з тими, хто не зловживає наркотиками. Немедичне зловживання наркотичними засобами або психотропними речовинами здатне викликати зміни в сприйнятті навколишнього світу, пізнавальних здібностей, мотивації вчинків, розпад особистості до ступеня нездатності соціального функціонування;

в) фізичну ознаку – наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги та прекурсори не лише є предметами матеріального світу, а й мають також інші атрибути: точну хімічну формулу, агрегатний стан, певні кількісні та якісні показники;

г) юридичну ознаку – предметом наркотизму можуть бути тільки та речовина й засіб, які вказані відповідними актами міжнародного та державного характеру [5, с. 38–39].

Варто визначити, до якої групи речовин обмеженого обігу належать лікарські засоби, які стали предметом нашого дослідження.

Так, у чинному законодавстві наведені такі дефініції:

– наркотичні засоби – речовини природні чи синтетичні, препарати, рослини, включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. У свою чергу кодеїн (хімічна формула – 3-метилморфін) належить до наркотичних засобів, обіг яких обмежений, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» від 6 травня 2000 р. № 770 (у редакції від 2 листопада 2016 р.) [6];

– аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин – заборонені до обігу на території України речовини синтетичні чи природні, не включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, хімічна структура й властивості яких подібні до хімічної структури та властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких вони відтворюють;

– прекурсори наркотичних засобів і психотропних речовин – речовини, які використовуються для виробництва, виготовлення наркотичних засо-

бів, психотропних речовин та включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів;

– психотропні речовини – речовини природні чи синтетичні, препарати, природні матеріали, включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів [7];

– сильнодіючі лікарські засоби – лікарські засоби, віднесені до сильнодіючих центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я [8];

– сильнодіючі речовини – лікарські, побутові, промислові та інші хімічні речовини, здатні своїм впливом на живий організм заподіяти йому шкоди;

– одурманюючі засоби – отруйні лікарські засоби, сильнодіючі лікарські засоби, різноманітні токсичні речовини промислового, побутового та іншого призначення (ацетон, бензин, розчинники, лаки, фарби, дихлофос тощо);

– допінг – засоби й методи, які входять до переліку заборонених Антидопінговим кодексом Олімпійського руху.

Отже, у разі вживання тих чи інших ліків у встановленому лікарем порядку, дозуванні та терміни такий прийом ліків не несе в собі загрозу виникнення певної залежності як виду наркотичної. Однак вживання особою таких ліків зі значним перебільшенням дозування, систематично, а також у сукупності з іншими наркотиками, їх аналогами чи прекурсорами в більшості випадків призводить до виникнення наркотичної залежності (наприклад, у разі вживання ліків, які містять кодеїн, виникає залежність від опіатів).

Водночас поведінка особи, яка вживає лікарські засоби як замінник того чи іншого наркотичного засобу, не відрізняється від стану абстиненції. У такому разі настають характерні для будь-якого виду наркоманії наслідки як фізіологічного, так і соціального характеру.

Визначити, що та чи інша особа перебуває в стані наркотичного сп'яніння, а також що цей фізіологічний стан особи викликаний унаслідок вживання визначених лікарських засобів, можливо лише за рахунок проведення відповідних експертних досліджень. Так, у разі виявлення в особи зовнішніх ознак наркотичного сп'яніння (звужені чи дуже розширені зіниці, які не реагують на світло, сповільненість або, навпаки, підвищена жвавість чи рухливість ходи, мови, почервоніння обличчя чи неприродна блідість [9]) проводиться її огляд лікарем у закладі охорони здоров'я щодо виявлення стану наркотичного сп'яніння. При цьому проведення лабораторних досліджень на визначення наркотичного засобу, психотропної чи іншої речовини обов'язкове. Метою такого лабораторного дослідження є виявлення або уточнення наявних речовин, що здатні спричинювати стан сп'яніння. Такий стан може бути викликаний унаслідок прийому лікарських засобів для полегшення чи зняття стану абстиненції.

Окрім того, в оперативно-розшуковій діяльності правоохоронці досить часто зустрічаються з особами, які зовні мають ознаки наркотичного сп'яніння, а при собі мають певні пігулки, таблетки, сиропи тощо. У свою чергу синдром наркотичного сп'яніння – стан, що виникає після прийому наркотичних засобів, – включає певні психічні, соматичні й неврологічні симптоми, специфічні для кожного виду наркотика.

Однак, незважаючи на те, що поведінка такої особи може становити правопорушення (наприклад, хуліганські дії, пограбування, заволодіння транспортним засобом тощо) і що подекуди в основі такої протиправної діяльності лежить стан наркотичного сп'яніння, викликаного вживанням окремих лікарських засобів, згідно із чинним кримінальним законодавством такий стан не виступає як обставина, що вимагає застосування засобів кримінально-правового впливу.

Таким чином, можемо дійти висновку, що певні лікарські засоби характеризуються наркогенним потенціалом, набули широкого вжитку як замінник

окремих видів наркотиків і стали застосовуватись із метою полегшення абстиненції. Коло таких лікарських засобів досить значне та не може складати вичерпний перелік, що суттєво спростило б питання обмеження їх обігу. Також фармацевтичний ринок постійно пропонує нові лікарські засоби, які в разі вживання чітко за призначенням лікаря та із суворим додержанням дозування не здатні викликати залежність, схожу на наркотичну, не змінюють психоемоційний стан тощо. Єдиним способом дієвого обмеження таких лікарських засобів є встановлення рецептурного продажу останніх.

Відтак унаслідок своїх психофармакологічних властивостей окремі лікарські засоби, здатні в разі перевищення встановленого дозування полегшувати стан абстиненції, замінювати ефект певних наркотиків, викликаючи подібний ефект (наприклад, кодеїновмісні препарати), необхідно віднести до категорії аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин. На користь цього свідчить те, що в хімічній структурі таких лікарських засобів наявні заборонені до обігу на території України синтетичні чи природні речовини, не включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, хімічна структура та властивості яких подібні до хімічної структури й властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких вони відтворюють. Саме такі засоби використовуються особами з наркотичної залежністю з метою заміни наркотиків або тимчасового полегшення ломки.

Вживання окремих видів лікарських засобів із метою заміни певного наркотика нині перетворюється на соціальну практику та фактично утворює новий вид наркоманії, що свідчить про типовість і достатню поширеність такої антигромадської поведінки.

Стан наркотичного сп'яніння може бути викликаний не лише внаслідок застосування певного виду наркотика, а й у результаті вживання окремих лікарських засобів, до складу яких входять речовини, включені до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів як наркотики. Водночас такі речовини фактично відповідають деяким необхідним ознакам предмета наркотизму та становлять аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин.

Ключові слова: предмет наркотизму, наркотична залежність, стан абстиненції, лікарські засоби, аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин.

Статтю присвячено дослідженню проблем предмета наркотизму та його співвідношенню з лікарськими засобами, які вживаються особою як замінник того чи іншого наркотичного засобу. Вважаємо, що вживання лікарських засобів у такий спосіб і з визначеною метою нині перетворюється на соціальну практику та фактично утворює новий окремий вид наркоманії.

Статья посвящена исследованию проблем предмета наркотизма и его соотношению с лекарственными средствами, которые используются лицом в качестве заменителя того или иного наркотического средства. Полагаем, что применение лекарственных средств таким образом и с определенной целью на данный момент превращается в социальную практику и фактически образует новый отдельный вид наркомании.

This article is devoted to the problems of narcotics subject and its relationship with drugs taken by a person as a substitute of a narcotic drug. It is proved that the use of drugs in a manner and with a specific purpose in the event turns into a social practice and essentially creates a brand new kind of addiction.

Література

1. Козаченко О.В. Поняття предмету наркотизму і його кримінально-правове значення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кри-

мінологія; кримінально-виконавче право» / О.В. Козаченко ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2000. – 19 с.

2. Сердюк О.О. Наркотизм як соціальне явище: його тенденції та напрямки профілактики : автореф. дис. ... канд. соціол. наук : спец. 22.00.03 «Соціальні структури та соціальні відносини» / О.О. Сердюк ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – 20 с.

3. Гумін О.М. Проблеми наркотизму населення як передумови насильницької поведінки / О.М. Гумін // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2009. – № 4. – С. 140–146.

4. Козаченко А.В. Предмет наркотизма : [учеб. пособие] / А.В. Козаченко, Н.А. Мирошниченко. – О. : Тетра, 1999. – 64 с.

5. Мирошниченко Н.А. Кримінально-правова боротьба з розповсюдженням наркоманії : [навч. посібник] / Н.А. Мирошниченко, В.О. Козаченко. – 2-ге вид., доп. – О. : Юридична література, 2005. – 160 с.

6. Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770 (у редакції від 2 листопада 2016 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/770-2000-%D0%BF.

7. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори : Закон України від 15 лютого 1995 р. № 60/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 10. – Ст. 60.

8. Про лікарські засоби : Закон України від 4 квітня 1996 р. № 123/96-ВР// Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 22. – Ст. 86.

9. Про затвердження Інструкції про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції : Наказ Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства охорони здоров'я України від 9 листопада 2015 р. № 1452/735 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1413-15.

УДК 343.2/7

Д. Балобанова,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАГАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА (НА ПРИКЛАДІ ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН)

За будь-якими об'єктивно існуючими системами визнається право на розвиток. З огляду на цей підхід інколи пишуть, що розвиток – це спрямована й незворотна якісна зміна системного об'єкта [1, с. 76]. Розвиток також може розумітись як послідовність таких незворотних кількісних і якісних змін відкритої системи взаємодіючих об'єктів, які складаються в загальну спрямованість змін цієї системи за власний історичний час [2, с. 295]. А.М. Міклін вважає: «Під розвитком розуміються стійкі зміни якісного стану систем, пов'язані з переходом на новий рівень цілісності та збереженням їхніх еволюційних можливостей» [3, с. 40]. Вказівка на «еволюційні можливості» дає змогу підкреслити нескінченність розвитку.

Одним із таких об'єктів, які зазнають якісних змін, є правова система, яка є не застиглою й нерухомою, а навпаки, досить динамічною системою. Розвиток правової системи детермінований насамперед унікальними історичними й географічними факторами розвитку суспільства, що відображають національний менталітет, стан економічного розвитку та своєрідність державної форми, особливо державного (політичного) режиму, ступінь спадкоємності й запозичення в праві, що зумовлює її неповторність і відносну стійкість у часі. Крім того, останнім часом суттєвий вплив на розвиток національних правових систем та окремих їхніх елементів справляє участь держав у різних міжнаціональних і міждержавних утвореннях (таких як Європейський Союз, НАТО тощо). Саме під впливом останнього фактора значних змін зазнає кримінальне право України, яке має «включити» в себе інститут відповідальності юридичних осіб, «виробити» положення про кримінальні проступки, розвинути ідею багатоколійності кримінально-правових наслідків тощо.

Крім таких першорядних факторів, що впливають на розвиток правової системи, можна вказати ще на похідні, проте не менш важливі та впливові чинники, до яких можна віднести зміни в пріоритетах, під якими варто розуміти примат міжнародного права над національним, внутрішньодержавним правом, а також зміну ролі й значення судової практики. Причому останній чинник знаходить вияв як у державах загального права, де завжди визнавалась визначальна роль судового прецеденту, так і в країнах, які традиційно належали до романо-германської правової сім'ї.

Розвиток усієї правової системи можна простежити через зміни таких її компонентів, як правові норми та принципи, об'єктивовані в нормативно-правових актах, правових прецедентах, нормативно-правових договорах, правових звичаях тощо (нормативна підсистема – це те, що вважають джерелами права), і правозастосування.

На підставі аналізу тих змін, що відбуваються в нормативній підсистемі й правозастосуванні, можна зробити висновок щодо основних тенденцій розвитку будь-якої правової системи. Оскільки вся правова система є занад-

© Д. Балобанова, 2016

то широким явищем і дослідження її виходить за межі сфери наших інтересів, вважаємо за доцільне проаналізувати саме динаміку кримінальної правової системи, тобто правової системи в такій її частині, як кримінальне право. Тенденціями розвитку в кримінальному праві та законодавстві можуть бути часткові зміни, такі як гуманізація кримінальної відповідальності або посилення кримінальної репресії, у тому числі через пеналізацію чи депеналізацію, процеси криміналізації та декриміналізації, спрощення правозастосування тощо, а також реформа всієї цієї системи.

Зазначені тенденції з певними особливостями характеризують не лише вітчизняну правову систему, якій останнім часом притаманні різкі коливання, а й досить «усталені» правові системи таких країн, як Велика Британія, Сполучені Штати Америки, Франція, Федеративна Республіка Німеччина. Хоча «амплітуда» цих змін, їх різкість і зміст можуть суттєво відрізнятись одна від одної.

У сучасній Англії основними джерелами права, у тому числі й кримінального, є статути (парламентське законодавство) та судові прецеденти. Відсутність в Англії кримінального кодексу є специфічною особливістю кримінального права, яка постає з усього шляху історичного розвитку англійського права. Хоча деякі важливі питання Загальної частини кримінального права на сьогодні отримали законодавче вирішення, водночас значна їх частина досі існує в тому вигляді, у якому вони були сформульовані в судових прецедентах. Так само сьогодні відповідальність за деякі злочини встановлюється за загальним правом. Це означає, що їх визначення можна знайти не в парламентському акті, а в рішеннях суду. Наприклад, незважаючи на те, що основоположними актами, які регулюють відповідальність за злочинне позбавлення життя, є Закон про вбивство 1957 р. та Закон про дітовбивство 1938 р., визначення вбивства, ознаки різних видів вбивства можна знайти лише в загальному праві [4, с. 583].

Розвиток англійського кримінального права відбувається через розвиток «загального» права, тобто шляхом «накопичення» масиву судових прецедентів. При цьому мають місце певні правила використання таких рішень, насамперед однакове вирішення подібних справ. Р. Кросс зазначав: «У системі, заснованій на прецедентному праві, суддя під час розгляду останньої в часі справи зобов'язаний брати до уваги ці норми й принципи, тоді як в інших правових системах вони слугують лише матеріалом, який суддя може враховувати під час постановлення власного рішення» [5, с. 26]. При цьому вищий суд може анулювати рішення нижчого суду, а в деяких випадках – і свої попередні рішення. Окрім того, будь-яка правова норма, у тому числі прецедент, може бути змінена парламентським актом. Водночас суди не мають права встановлювати кримінальну відповідальність за нові злочинні дії чи розширювати вже існуючі склади злочинів. Це правило було підтверджене в 1972 р. рішенням у справі Нуллера, яке винесла палата лордів, відмовившись підтвердити наявність таких повноважень у судів.

Отже, можна зробити висновок, що динаміка правозастосування в англійському праві прямо пропорційна розвитку правових норм, оскільки норми багато в чому дорівнюють рішенням суду.

Навіть друга група основних джерел сучасного кримінального права Англії – статутне право – формується з прецедентів шляхом їх накопичення й оформлення в статути. Досить часто видання статуту відбувалось під впливом певного казусу, як відповідь на питання, що постало в судовій справі. Наприклад, саме так з'явилось нове формулювання зґвалтування (це було пов'язано з розглядом справи Моргана та відповідним звітом за цією справою) [4, с. 7]. Однак статут після його прийняття не стає чимось непорушним,

в англійському праві велике значення надається його судовому тлумаченню, щодо якого також вироблені певні правила.

З кінця 1960-х рр. розвиток кримінального законодавства в Англії відбувався шляхом видання законів, переважно тих, що регулюють Особливу частину кримінального права, і лише з 1970-х рр. починають видавати закони, які регулюють Загальну частину. Розвиток кримінального законодавства в Англії з кінця 1960-х рр. відбувався насамперед шляхом видання законів, що регулюють Особливу частину кримінального права. Закони, у яких тим чи іншим чином розкривались питання Загальної частини, почали видаватись із середини 1970-х рр. До таких належать Закони про кримінальне право 1967 р. та 1977 р., Закон про кримінально караний замах 1981 р., Закон про злочин (призначення покарань) 1997 р., Закон про злочин та інше порушення порядку 1998 р., Закон про повноваження кримінальних судів (покарання) 2000 р., Закони про виправлення правопорушників 1974 р. та 2007 р. (що визначають проблеми цілей і застосування покарань), Закон про збройні сили 2006 р. Варто зазначити, що дуже часто норми матеріального кримінального права містяться в законах кримінально-процесуального характеру, які регламентують питання призначення покарання: Законі про повноваження кримінальних судів 1973 р., Законі про магістратські суди 1980 р., Законах про кримінальну юстицію 1982 р., 1991 р. та 2003 р., Законі про поліцію та докази в кримінальних справах 1984 р., Законі про поліцію 1997 р., Законі про кримінальну юстицію та імміграцію 2008 р. Особливістю цих джерел і правозастосовної практики є деталізація відповідальності окремих категорій правопорушників, насамперед молодих (до 21 року) злочинців. Ця тенденція знаходить вияв переважно в процесі призначення покарання та його виконання. Часто заходи кримінально-правового характеру супроводжуються різними заходами виховного чи освітнього характеру.

Розвиток кримінального права та законодавства США може бути охарактеризований декількома тенденціями. По-перше, це застосування загального права Англії в поєднанні з місцевим статутним правом, проте при цьому, на відміну від консервативної англійської системи, використовується шлях «гнучкої правотворчості», насамперед у зв'язку з діяльністю Верховного суду США.

По-друге, особливість законодавства й права США визначається американським федералізмом, через який відсутня єдина кримінально-правова система. Це зумовило правовий дуалізм, який означає, що на території кожного штату діє право цього штату, а за певних умов застосовується федеральне право, наприклад: 1) злочини з «федеральним елементом» (щодо федеральних посадових осіб або у зв'язку з їх діяльністю, злочини, які зачіпають інтереси декількох штатів, посягання проти федеральних установ та служб або США в цілому); 2) злочини, вчинені на територіях федерального значення. Крім того, хоча в основу численних систем законодавства, які існують на території держави, покладені єдині принципи, не можна ігнорувати також історичну специфіку, зумовлену колоніальним минулим країни. Оскільки в XV – XVII ст. сучасні американські території належали Великій Британії, Франції, Іспанії та Нідерландам, вплив їхньої юридичної спадщини по-різному відчувається залежно від географічного розташування американських штатів [6, с. 7]. Кожна з локальних систем законодавства має свої характерні риси: у деяких штатах взагалі немає кримінального кодексу як окремого комплексного нормативного акта; в інших кримінальне законодавство встановлює лише загальні принципи, протиправність і караність певних діянь; деякі штати створили повноцінне кодифіковане законодавство, яке всебічно регулює всі відносини, пов'язані з притягненням особи до кримінальної відповідальності, призначенням їй по-

карання, звільненням від покарання тощо. Зокрема, таким є Кримінальний кодекс штату Луїзіана; більше того, правова система цього штату взагалі належить до континентального типу.

По-третє, простежується певна «децентралізація» у зв'язку з широко розповсюдженою в штатах практикою регулювання кримінально-правових відносин за допомогою підзаконних актів, які видаються не лише вищими органами виконавчої влади, а й іншими адміністративними органами.

Досить нетиповим є інститут призначення покарання на рівні федерального законодавства. Історія його розвитку характеризується постійною зміною розуміння меж судової влади під час вирішення питань про призначення особі виду й розміру покарання. Так, на початку 1980-х рр. була проведена глобальна реформа кримінального законодавства, результатом якої стало створення Федеральної комісії з призначення покарань та наступне видання нею Керівництв з призначення покарань (далі – Керівництва). Ці Керівництва за своєю сутністю є аналогом підзаконного акта, проте містять також ознаки закону: практично мають вищу юридичну силу, ніж статті Зводу законів США. Кожного року Комісія з призначення покарань аналізує судову практику та оновлює Керівництва таким чином, щоб вони найбільш повно регулювали всі складні питання призначення покарання. Результатом такого постійного звуження кола судових повноважень є формалізовані правила, що конкретно вказують, яке покарання та в якому розмірі має бути застосоване в конкретному випадку.

Крім цього, особливе місце в правотворчості посідають федеральні суди та Верховний суд США, рішення якого з відповідних питань є обов'язковими для всіх судів країни, а отже, тлумачення здійснює свій вплив на розвиток права та законодавства.

Невід'ємною частиною американського правового простору у сфері кримінального права є «практичний ретрибутивізм», що впливає на каральне спрямування кримінального законодавства. Злочини проти життя та здоров'я особи, статеві й наркотичні злочини є традиційно репресивно караними [6, с. 245–246].

У правовій системі Франції закон традиційно перебуває на першому місці серед усіх джерел кримінального права, головну роль відіграють Конституція Франції 1958 р. та Кримінальний кодекс Франції 1992 р. Розвиток кримінального права Франції після прийняття Кримінального кодексу Франції в 1992 р. можна охарактеризувати трьома основними напрямами: 1) приматом загальнолюдських цінностей над державними інтересами, що багато в чому пояснюється фактом появи першої Декларації прав людини та громадянина 1789 р. саме у Франції; 2) приматом міжнародного права над національним, що пов'язано з активною та значною участю Франції в створенні різних міжнародних і європейських інституцій (від Ліги Націй до Європейського Союзу); 3) намаганням встановити сувору відповідність між репресивними заходами та принципом законності й адекватності заходів протидії найбільш небезпечним проявам злочинної поведінки.

У цілому Кримінальний кодекс Франції 1992 р. характеризується значною наступністю щодо Кримінального кодексу Франції 1810 р. (Кодексу Наполеона). Так, була збережена термінологія, ідея поділу злочинних діянь на три основні групи (злочини, проступки та порушення), основні види покарання. Збереглася система Особливої частини, де злочини проти особи й проти власності розташовані поруч та утворюють «блок» посягань на приватні інтереси. Деякі види злочинів увійшли до Кримінального кодексу Франції без особливих змін, інші зазнали незначного редагування, спрямованого на уточнення їх диспозицій. Отже, можна зробити висновок, що динаміка кримінального права Франції характеризується наступністю щодо форми, хоча

зазнає корегування змісту. Водночас варто вказати на еволюцію положень Кримінального кодексу Франції про дію кримінального закону в часі й просторі, введення кримінальної відповідальності юридичних осіб, запровадження поняття «зменшена осудність» та закріплення широкого кола способів індивідуалізації кримінальної відповідальності й покарання. Такі зміни багато в чому залежали від боротьби двох шкіл у кримінальному праві (теорії «нового соціального захисту» та неокласичної кримінально-правової школи), яка відбувалась упродовж тривалого часу розробки проекту кодексу (з 1974 р. до прийняття чинного кодексу) та залежала від «перемоги» прихильників того чи іншого напряму в керівництві країни.

Незважаючи на наявність кодифікованого нормативного акта у сфері кримінального права та визнання як його джерела ще й Конституції Франції, Кримінально-процесуального кодексу Франції, спеціальних законів, інших кодексів, які можуть встановлювати кримінальну відповідальність, судова практика досить часто йде шляхом створення нових норм. Особливе місце в цьому процесі посідає Касаційний суд Франції, який, наприклад, у 1958 р. своїм рішенням визнав правомірність заподіяння шкоди в умовах «стану необхідності», що дало можливість визнавати стан крайньої необхідності обставиною, яка звільняє від кримінальної відповідальності, з подальшим закріпленням відповідних положень у кримінальному законодавстві.

Особливість кримінального законодавства Федеративної Республіки Німеччина пов'язана з його неповною кодифікацією: воно представлене не лише Кримінальним кодексом 1871 р., а й численними некодифікованими кримінально-правовими нормами, що містяться в різних законах та утворюють так зване додаткове кримінальне законодавство. На розвиток кримінального права Німеччини вплинули значні історичні події, пов'язані з переходом від Імперії до Веймарської республіки, потім період гітлерівського правління та Другої світової війни, окреме існування Федеративної Республіки Німеччина й Німецької Демократичної Республіки та їх об'єднання в 1990 р.

З 1953 р. у Федеративній Республіці Німеччина почалась робота з підготовки загальної реформи кримінального законодавства. Основними напрямами цієї реформи визначались такі: 1) досягнення мети ресоціалізації злочинця; 2) визначеність кримінального права з огляду на загрози правопорядку з боку діяння, а не з етичних оцінок; 3) лібералізація законодавства; 4) гуманізація законодавства [4, с. 409]. Труднощі в реформуванні кримінального законодавства створило об'єднання Німеччини в 1990 р., що зумовлювалось різницею в правових системах двох держав на території Західної та Східної Європи. Це призвело до того, що навіть зараз інколи застосовуються відповідні положення законодавства Німецької Демократичної Республіки, особливо щодо діянь, які були вчинені на території Німецької Демократичної Республіки до набрання чинності Договором про об'єднання Німеччини.

Як і в інших європейських країнах, у зв'язку з вступом Федеративної Республіки Німеччина в міжнародні співтовариства та Європейський Союз у кримінальному праві відчувається значний вплив норм міжнародного права та розвиток нормативного регулювання відповідальності за міжнародні злочини й злочини міжнародного характеру. Крім того, значна увага приділяється розвитку нового універсального напряму дії кримінального права в інтересах усієї міжнародної спільноти та розмежування компетенцій з іншими державами.

Беручи за точку відліку момент прийняття Кримінального кодексу України 5 квітня 2001 р. та набрання ним чинності 1 вересня 2001 р., можна визначити дві основні, протилежні за суттю, риси розвитку кримінального законодавства. Одна з них визначається пом'якшенням кримінальної репресії (гуманізацією), а друга – посиленням відповідальності за деякі злочинні прояви та запроваджен-

ням кримінальної відповідальності за певні діяння (криміналізацією й пеналізацією) [7, с. 28–31].

В ідеалі взаємодія цих тенденцій повинна визначатись гнучкістю тактики кримінальної репресії, що змінюється на різних етапах. Об'єм кримінальної репресії залежить від об'єктивних і суб'єктивних факторів. Об'єктивні фактори включають урахування стану структури, динаміки та рівні профілактики злочинності, а суб'єктивні – рівень правосвідомості й правової культури суспільства [8, с. 37–38].

Об'єктивний фактор має слугувати підставою для зміни меж кримінальної відповідальності (їх розширення або звуження) залежно від кримінологічних показників злочинності. Варто враховувати всі наявні статистичні дані про стан, динаміку та інші характеристики злочинності. Однією з підстав криміналізації є типовість і достатня поширеність антигромадської поведінки, проте з урахуванням ступеня суспільної небезпеки й страху населення перед злочинністю, та динаміка суспільно небезпечних діянь з урахуванням причин та умов, що їх зумовлюють [9, с. 89–93]. Не має криміналізуватись діяння, яке є непоширеним або, навпаки, поширеним настільки, що протидія йому кримінально-правовими засобами буде вкрай неефективною.

Більш складним та інколи суперечливим виглядає вплив суб'єктивного фактора. Так, з підвищенням рівня правової культури й правосвідомості суспільства з'являється можливість звуження сфери кримінальної відповідальності та залишення її тільки для протидії найбільш небезпечним проявам людської поведінки (таким як тероризм, насильницькі злочини, торгівля людьми, злочини проти власності, корупційні правопорушення тощо). Проте в деяких випадках зростання нетерплячості суспільства до деяких злочинів може викликати посилення відповідальності за їх вчинення.

Однак, крім громадської правосвідомості та правової культури, суб'єктивний фактор характеризується таким явищем, як законодавча воля. Законодавча воля визначає сутність правового рішення, являє собою задум творця права, який він хоче втілити в змісті права. На жаль, сьогодні суб'єктивізм законодавчої волі перетворюється на домінуючий фактор під час прийняття рішень у сфері кримінально-правового регулювання та характеризується намаганням вирішити за допомогою кримінального права й законодавства всі політичні, економічні та соціальні проблеми, що призводить до підвищення рівня криміналізації суспільства, зростання зневаги до кримінального закону та інших подібних негативних наслідків.

Другою тенденцією динаміки кримінального законодавства України є гуманізація відповідальності. Гуманізм у кримінальному праві – це не лише мінімум репресії та її максимальна м'якість, а й сумісність мінімуму та м'якості репресії із завданнями охорони суспільства від злочинів і злочинців. Гуманізації кримінальної відповідальності шляхом декриміналізації діянь, пом'якшення санкцій або внесення змін до Загальної частини Кримінального кодексу України були присвячені 15 законів, прийнятих за період чинності Кримінального кодексу України 2001 р. Незважаючи на таку незначну їх кількість, варто визнати, що деякі з них дійсно підтвердили своє найменування, хоч і не без деяких застережень. Водночас траплялись випадки, коли один і той же закон одночасно пом'якшував і посилював кримінальну репресію.

Аналіз змін, які вже внесені до Кримінального кодексу України на сьогодні та запропоновані в різних законопроектах у майбутньому, свідчить про ухил у бік посилення кримінальної репресії. За період 2002–2016 рр. було прийнято близько 100 законів, які тим чи іншим шляхом посилювали кримінальну репресію. Більшість із них спрямовані на посилення санкцій чинних норм та створення спеціальних складів, що розширюють сферу кримінальних заборон і підсилюють їхній

каральний вплив. Крім того, посилення кримінальної репресії характеризувалось розширенням окремих ознак уже існуючих складів злочинів, що призводить до втягнення в «орбіту» кримінального закону дедалі більшої кількості осіб. Про законопроекти годі й говорити: майже всі вони спрямовані на введення нових статей або посилення відповідальності за вже існуючі злочини, вказують на інші шляхи підвищення суворості кримінальної репресії.

Отже, дослідження динаміки кримінального законодавства України дає змогу дійти висновку про певну однобічність щодо його рівного еволюційного розвитку. Надмірність кримінальної репресії не лише зберігається в Кримінальному кодексі України, а й постійно зростає. Особливе місце в розвитку кримінального права та законодавства України на сучасному етапі посідає тенденція, пов'язана із запровадженням (у деяких випадках розвитком) у вітчизняне законодавство й доктрину «нових» ідей і концептів, які вже знайшли своє місце в законодавстві більшості країн світу, таких як юридичні особи як учасники кримінальних правовідносин, заходи кримінально-правового характеру, відмінні від покарання, інститут кримінальних правопорушень та поділ їх на види тощо.

Ключові слова: розвиток, кримінальне законодавство, кримінальне право, тенденції, гуманізація, репресія.

Статтю присвячено визначенню загальних тенденцій розвитку сучасного кримінального права та законодавства України в поєднанні з аналізом відповідних тенденцій у деяких зарубіжних країнах. Зроблено висновок про певну однобічність розвитку кримінального законодавства України з ухилом у репресивність.

Статья посвящена определению общих тенденций развития современного уголовного права и законодательства Украины совместно с анализом соответствующих тенденций в некоторых зарубежных странах. Сделан вывод об определенной односторонности развития уголовного законодательства Украины с уклоном в репрессивность.

This article is devoted to the definition of the general trends of modern criminal law and legislation development in Ukraine combined with the analysis of relevant trends in some foreign countries. A certain one-sidedness of the criminal legislation with an emphasis in repressive in Ukraine was concluded.

Література

1. Морозов В.Д. Диалектика: системы и развитие / В.Д. Морозов, В.В. Морозов. – Минск : Вышэйшая школа, 1978. – 224 с.

2. Материалистическая диалектика как общая теория развития. Философские основы теории развития / под общ. ред. Л.Ф. Ильичева. – М. : Наука, 1982. – 496 с.

3. Миклин А.М. Категория развития в марксистской диалектике / А.М. Миклин, В.А. Подольский. – М. : Мысль, 1980. – 166 с.

4. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части : [учебник для магистров] / под ред. Н.Е. Крыловой. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2013. – 1054 с.

5. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; пер. с англ. Т.В. Апаровой ; под общ. ред. Ф.М. Решетникова. – М. : Юридическая литература, 1985. – 238 с.

6. Полянський Є.Ю. Кримінально-правова доктрина США : [монографія] / Є.Ю. Полянський. – О. : Юридична література, 2014. – 304 с.

7. Балобанова Д.О. Гуманізація чи посилення репресії – сучасні тенденції динаміки кримінального законодавства України / Д.О. Балобанова / / Гуманізація кримінальної відповідальності та демократизації кримінального судочинства : матер. Міжнар. наук.-практ. симпозіуму (м. Івано-Франківськ, 18–19 листопада 2016 р.). – Івано-Франківськ : РВВ Івано-Франківського ун-ту права ім. Короля Данила Галицького, 2016. – С. 28–31.

8. Квашис В.Е. Гуманизм советского уголовного права / В.Е. Квашис. – М. : Юридическая литература, 1969. – 151 с.

9. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.О. Балобанова ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2007. – 200 с.

УДК 343.2

Ю. Коломиец,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры уголовного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

СОВРЕМЕННОЕ ПОНИМАНИЕ ИДЕОЛОГИИ

Юридическая наука независимой Украины начала свое становление с разрушения идеологических основ государства и права. Теоретические положения, разработанные советскими учеными, признали излишне идеологизированными. Современные научные исследования, осуществляемые без учета влияния на общество различных идеологических форм и процессов, стали поверхностными. Роль права как регулятора общественных отношений была сильно преувеличена, в результате чего форма права начала довлеть над содержанием. Возникла уверенность в том, что с помощью установленных государством норм права, а также с помощью принуждения, которым обеспечивается их исполнение, можно решить любые политические, экономические и социальные проблемы. В результате были подорваны и авторитет права, и авторитет государства. Очевидным стало то, что форма, лишенная содержания, теряет свой смысл; общество и государство, лишенные общей идеи, обречены на разрушение; человек, лишенный надежды и веры в лучшее, обречен на вечные страдания.

От идеологического вакуума, в котором мы оказались после распада Советского Союза, наука перешла к идеологическому плюрализму, когда различные виды идеологий борются за право воздействовать на общественное и индивидуальное сознание. В сложившихся условиях необходимо выяснить, что следует понимать под идеологией, каково ее значение в жизни государства, общества и отдельно взятой личности.

Единого определения идеологии среди научных исследований нет. И хотя учеными выявлены и обоснованы критерии научности идеологии (такие как объективность, рациональность, эссенциалистская направленность, системность и практическая проверяемость), синтезировать существующие определения идеологии не удалось. Существует мнение, согласно которому идеология – это «текст, который соткан из паутины различных концепций и прослеживается сквозь множество разных историй». Возможно, важнее понять, что является действительно существенным внутри каждой из генеалогических линий, а что может быть отброшено, нежели пытаться принудительно соединить их в некую «великую глобальную теорию» [1, с. 1].

Можно согласиться с замечанием О.Ю. Малиновой относительно того, что словом «идеология» мы следом за Т.А. Алексеевой обозначаем понятие, которое по-разному интерпретируется в рамках тех или иных концепций и, таким образом, имеет множество определений, что не мешает ему казаться узнаваемым [2, с. 8].

Однако без четкого определения понятия идеологии в научных исследованиях обойтись нельзя, от него зависит сущность и содержание идеологии, а также механизм ее функционирования.

Учитывая то, что долгое время отечественная наука находилась под влиянием марксистско-ленинской идеологии, анализ понятия идеологии следует начать с советского периода.

В марксистской литературе идеология определялась как система идей и теорий, ценностей и норм, идеалов и директив действия, выражающих интересы, цели и задачи определенного общественного класса, способствующих

© Ю. Коломиец, 2016

закреплению либо устранению существующих общественных отношений. По своему теоретическому содержанию идеология считалась совокупностью политических, правовых, нравственных, философских, эстетических и других идей, отражающих в конечном счете экономические отношения общества с позиции определенного общественного класса [3, с. 9].

По мере становления советской власти необходимость в классовом подходе к определению идеологии отпала, поэтому в 1988 г. в «Советском энциклопедическом словаре» понятие идеологии давалось уже без классовой окраски. Однако стремление к созданию целостной картины мира на основании идеологии осталось. Идеология рассматривалась как система политических, правовых, нравственных, религиозных, эстетических и философских взглядов и идей, в которых осознаются и оцениваются отношения людей к действительности [4, с. 476].

Данное определение получило дальнейшее развитие в работах современных ученых. Так, В.С. Малицкий пришел к следующим выводам относительно идеологии: «Идеология – это не просто идеологическое учение, а целая идеологическая структура общества, которую можно определить как систему философских, научных, эстетических, этических, правовых, политических, экономических, социологических знаний и ценностей о Вселенной, обществе, человеке, о месте и роли индивидов в мироздании, о смысле жизни личности в мире» [5, с. 12].

Новизной исследований В.С. Малицкого стало то, что идеология определяется им уже не как система взглядов и идей, а как система знаний и ценностей.

Это не единственная попытка наполнить новым содержанием понятие идеологии. Например, Г.А. Дычковская пишет о двух разных по содержанию основных подходах: «Идеология – совокупность ложных, частичных, эмоционально-субъективных представлений, разрушающих нормальное развитие социума. <...> Идеология – объективно существующая система ценностей, оценок, верований, которая включает в себя цель деятельности и идеал становления общества» [6, с. 3].

В кандидатской диссертации Р.А. Троско идеология предстает как система идей, гипотез, концепций и теорий, отражающих и выражающих интересы прогрессивных общественных групп [7, с. 18].

Советская наука находилась в условиях достаточно определенных социальных идеалов и стратегий, имела устоявшиеся философские основания и методологические установки, поэтому ее категориальный аппарат был хорошо отработан и представлял единое целое. Смена социальных идеалов и ценностей, а также внедрение новых методологических подходов нарушили четкость и согласованность категориального аппарата науки. В результате определения одного и того же понятия даются через различный категориальный аппарат. Это ясно видно из приведенных определений идеологии. Между тем такие понятия, как идея и идеал, ценности и оценки, взгляды, представления, установки и верования, знания, гипотезы, концепции и теории, имеют разное смысловое значение.

Увидеть это можно на уровне философской метафизики через основные логические (взаимосвязанные) звенья процесса ответа на вопрос, который В.Н. Бондаренко предложил представить в виде схемы (см. рис. 1) [8].

Рис. 1.

Каждый человек приходит в этот мир с вопросами: кто я и каково мое место в этом мире? Затем возникает проблема выбора ориентира, определяющего цель и смысл жизни. Прежде чем понять свое место в этом мире, человеку необходимо осознать и понять природу его возникновения. Фактически в мире существуют две гипотезы, объясняющие его происхождение: 1) мир сотворен Богом; 2) наш мир есть результат долгой эволюции, основанной на законах естественного отбора Ч. Дарвина. На основании данных гипотез возникают идеалистическая и материалистическая концепции взаимоотношения человека с миром. Дальнейшее развитие и обоснование концепции приводит к формированию теории, которая имеет исходную методологическую базу, первичный эмпирический базис, логику, основной массив теоретического знания. Выведенные теоретические знания могут превратиться в парадигму – совокупность фундаментальных научных установок, представлений и терминов, принимаемую и разделяемую научным сообществом и объединяющую большинство его членов [9]. Развиваясь, научная теория становится частью научно-исследовательской программы. В рамках научно-исследовательской программы теория может объединяться с другими теориями, связанными с ней развивающимся основанием, общностью основополагающих идей и принципов. Так возникают идеи, в которых осознаются и оцениваются отношения людей к действительности. Являясь мысленным прообразом какого-либо действия, предмета или явления, идеи объединяются в определенную систему, которую можно назвать идеологией.

Из вышесказанного следует, что каждый ученый, давая определение идеологии, по-своему прав. Идеи и идеалы, ценности и оценки, взгляды, представления, установки и верования, знания, гипотезы, концепции и теории являются составными элементами идеологического учения. Более того, даже те ученые, которые идеологией считают совокупность ложных, частичных, эмоционально-субъективных представлений, тоже правы, так как идеологическое учение строится на гипотезе, которую можно в любой момент опровергнуть. Несмотря на свою иллюзорность, идеология продолжает выполнять важные функции в жизни общества, поэтому, определяя понятие идеологии, нецелесообразно делать акцент на том, что она является совокупностью ложных, частичных, эмоционально-субъективных представлений. Однако это необходимо учитывать в ходе научных исследований.

Большинство научных разработок рассчитаны на разумность и рациональность общества, однако большая часть его членов таковыми не являются.

Ученые пытаются доказать свою правоту, пользуясь линейной структурой доказательства: «тезис – связь с аргументами – аргументы». Данный ход мысли будет понятен образованным, рационально мыслящим людям. Всем же остальным он покажется неубедительным по принципу «не знаю, как, но не так». Проблема в том, что они воспринимают не логический, а совсем иной вид убеждения – через органы чувств, гормоны и эмоции.

Неудивительно, что О.Ю. Малинова пишет о двух уровнях идеологии: «На уровне социума идеология предстает как широкий набор символических форм (то есть не только идей, но и образов, действий и даже вещей – всего, что может быть наделено смыслом). На уровне индивидов – не только в виде более или менее осознанных убеждений, но и интерпретационных кодов, которые усваиваются в процессе социализации и чаще всего не подвергаются рефлексии» [2, с. 27].

Можно согласиться с тем, что набор символических форм идеологического воздействия довольно широкий, однако говорить об идеологии как о широком наборе не только идей, но и образов, действий и даже вещей было бы неправильно с точки зрения линейной логики.

Наряду с такими символическими формами убеждения, как образ, действие, вещь, интерпретационный код, можно поставить слово или языковую форму воздействия, идея же имеет самостоятельное значение. Только благодаря идее перечисленные символы объединяются в систему и приобретают смысл.

На уровне обыденного сознания идеология воспринимается как идея – ответ на вопрос о месте и роли индивидов в мироздании, о смысле жизни личности в мире. На уровне сознания профессионалов-теоретиков идеология воспринимается как сложная идеологическая структура. Например, по мнению В.С. Малицкого, в целом идеологическая структура состоит из сорока элементов: от основополагающего учения идеологии до идеологических предметов и сооружений, включая систему идеологического воздействия и идеологических организаций [5, с. 12]. О сложной организационной структуре идеологий еще во второй половине 1990-х гг. писал нидерландский ученый Т.А. ван Дейк. Его рассуждения об идеологиях звучат так: «Они представляют собой сложные, иерархические организационные структуры, которыми контролируются (социальные) установки, представляющие сами по себе сложные схематические структуры, включающие в себя общие мнения о конкретных социально значимых проблемах. <...> Идеологии не являются также списками некоторых норм и ценностей. Эти нормы и ценности являются общими для социальных групп, члены которых имеют сходные цели и интересы. В содержательном плане идеологии организованы таким образом, что заключенная в них социальная информация способствует защите этих целей и интересов. <...> Идеологии не являются также «статичными» формами социального познания. Напротив, они выступают как гибкие структуры, предназначенные для стратегической, а следовательно, быстрой и эффективной обработки социальной информации» [10, с. 75–76].

Подобные рассуждения наталкивают на мысль о том, что идеология – не просто совокупность идей о ценностях мироздания, но и идеи о механизме влияния мировоззренческих идей на общественное и индивидуальное сознание, который включает в себя символические формы передачи смысла идей, а также институты, учреждения, организации внедрения содержания этих идей.

На основании изложенных аргументов можно предложить следующее определение идеологии: идеология – это система философских, научных, эстетических, этических, правовых, политических, экономических, социологических идей о Вселенной, обществе, человеке, о месте и роли индивидов в мироздании, о смысле жизни личности в мире, а также о механизме влияния мировоззренческих идей на общественное и индивидуальное сознание через символические формы, государственные и социальные институты.

Ключевые слова: идеология, идеологическое воздействие, символические формы идеологического воздействия, идеологическая структура.

Статья посвящена изучению современного понимания идеологии. На уровне философской метафизики проанализированы существующие определения понятия идеологии. Раскрывается вопрос о символических формах идеологического воздействия и механизме влияния мировоззренческих идей на общественное и индивидуальное сознание.

Статтю присвячено вивченню сучасного розуміння ідеології. На рівні філософської метафізики проаналізовані існуючі визначення поняття ідеології. Розкривається питання про символічні форми ідеологічного переконання та механізм впливу світоглядних ідей на суспільну й індивідуальну свідомість.

The article is devoted to the study of the modern understanding of ideology. Existing definitions of notion of ideol-

ogy have been analyzed at the level of philosophical metaphysics. Is explained question about symbolic forms of ideological influence and mechanism of influence of philosophical ideas on social and individual consciousness.

Литература

1. Eagleton T. Igeology. An introduction / T. Eagleton. – London ; New York : Verso, 1991. – 243 p.
2. Малинова О.Ю. Концепт идеологии в современных политических исследованиях / О.Ю. Малинова // Политическая наука. Политическая идеология в современном мире : сб. науч. трудов / ред. и сост. вып. О.Ю. Малинова. – М. : РАН ИНИОН, 2003. – С. 8–31.
3. Яковлев М.В. Идеология (противоположность марксистско-ленинской и буржуазных концепций) / М.В. Яковлев. – М. : Мысль, 1979. – 271 с.
4. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров. – М. : Советская энциклопедия, 1988. – 1600 с.
5. Малицкий В.С. Идеология: сущность, структура, исторические типы : автореф. дисс. ... докт. филос. наук : спец. 09.00.11 «Социально-философский анализ» / В.С. Малицкий ; Ростовский гос. ун-т. – Ростов-на-Дону, 2006. – 41 с.
6. Дичковська Г.О. Інтегративна ідеологія: конфронтаційні лінії та смислові тотожності між Сходом і Заходом України / Г.О. Дичковська // Визвольний шлях. – 2007. – № 8. – С. 3–10.
7. Троско Р.А. Содержание, структура и функции научной идеологии: особенности анализа в современной социальной философии : автореф. дисс. ... канд. филос. наук : спец. 09.00.11 «Социально-философский анализ» / Р.А. Троско ; Алтайский гос. ун-т. – Барнаул, 2006. – 19 с.
8. Бондаренко В.Н. О взаимодействии философской метафизики и права (статья первая) / В.Н. Бондаренко // Евразийский юридический журнал. – 2015. – № 1(80). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : https://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7127:2015-03-12-10-57-04&catid=262:2012-02-07-11-41-44.
9. Парадигма [Электронный ресурс]. – Режим доступа : https://ru.wikipedia.org/wiki/Парадигма.
10. Герасимов В.И. Идеология и дискурс в работах Т.А. ван Дейка (реферативный обзор) / В.И. Герасимов // Политическая наука. Политическая идеология в современном мире : сб. науч. трудов / ред. и сост. вып. О.Ю. Малинова. – М. : РАН ИНИОН, 2003. – С. 74–85.

УДК 343.23(477)

М. Дмитрук,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОСТУПОК У ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ЗАКОНОТВОРЧОСТІ

Гостру дискусію в сучасній кримінально-правовій доктрині викликала піднята знову ідея реформування чинного кримінального й адміністративного законодавства України в напрямі створення інституту кримінального проступку. Ідея кримінального проступку, як вказують учені, справді не є новою. Вказана категорія досліджувалась у контексті «злочинів, що розглядаються товариськими судами» в 1950–1960 рр., а також у контексті «малозначних злочинів» у 1970–1980 рр., проте не була сприйнята законодавцем.

Запровадження цього інституту передбачене Концепцією реформування кримінальної юстиції від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 (далі – Концепція) шляхом поділу кримінальних діянь на кримінальні проступки та злочини [1, с. 838]. Із цього питання було створено робочу групу в складі 42 осіб. Такими вченими – членами вказаної робочої групи, як В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк, В.О. Навроцький, С.В. Ківалов, В.М. Куц, О.А. Банчук, І.Б. Коліушко, було опубліковано низку науковий статей, що висвітлювали ознаки, місце, концептуальну модель інституту кримінального проступку. На жаль, вказану робочу групу було створено на громадських засадах, формат її діяльності залишився невизначеним, а більшість її членів були високопосадовцями правоохоронних органів [2], тому не дивно, що після 3 років її існування відсутній консолідований результат діяльності (у вигляді проекту законодавчого акта). Напевно, більше з політичних мотивів вказану робочу групу було ліквідовано Указом Президента України «Про ліквідацію деяких допоміжних органів, утворених Президентом України» від 20 лютого 2015 р. № 96/2015 [3].

Запровадження досліджуваного інституту в кримінальне законодавство планувалось упродовж 6 місяців після прийняття Кримінального процесуального кодексу України [4], проте вказаний строк давно минув, а єдиного напряму в запровадженні цього інституту не вироблено. У зв'язку із цим певний інтерес викликають проекти законів, що подавались до законодавчого органу, з питання запровадження інституту кримінального проступку.

Проблеми реформування законодавства про адміністративні правопорушення та запровадження інституту кримінальних проступків досліджували такі вчені, як В.І. Борисов, Д.О. Балобанова, Н.Л. Березовська, І.П. Голосніченко, О.О. Кашкаров, Ю.Ю. Коломієць, В.М. Куц, Н.А. Мирошниченко, Н.М. Мирошниченко, В.О. Навроцький, О.В. Острогляд, В.О. Туляков, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк та інші. Водночас подані на сьогодні проекти законів щодо запровадження інституту кримінального проступку потребують аналізу на предмет співвідношення їх із завданнями, що передбачені в Концепції.

Метою статті є дослідження системи кримінальних проступків у проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712, а також підходів до визначення діянь, які мають належати до системи кримінальних

 © М. Дмитрук, 2016

проступків. Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» від 26 лютого 2012 р. № 10126 подавався групою народних депутатів України в складі В.М. Стретовича, С.П. Головатого, Д.М. Притики, Е.В. Шишкіної [5]. Інший проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» від 3 березня 2012 р. № 10146 подавався В.Д. Швецем [6].

Вказаний проект було критично оцінено на інтернет-конференції «Щодо проблеми введення в систему законодавства України інституту кримінальних проступків», у зв'язку із чим його аналіз не є актуальним.

Питання запровадження інституту кримінального проступку пропонувалось вирішити також в інших проектах, частково в проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» від 12 грудня 2012 р. № 0894, а також у проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 (далі – законопроект № 4712). Розглянемо останній, оскільки саме в ньому запропоновано детально розроблену концепцію запровадження інституту кримінального проступку. У Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 (далі – законопроект № 4712) [7], у якому запропоновано запровадження інституту кримінальних проступків та інші зміни кримінального законодавства.

Досить ґрунтовний критичний аналіз законопроекту № 4712 було надано такими вченими, як В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, А.О. Байда, з більшістю зауважень яких можна погодитись, і лише з окремими – ні [8, с. 318–330]. Проаналізувати хоча б основні зміни, запропоновані в законопроекті № 4712, у роботах такого об'єму неможливо, у зв'язку із чим розглянемо лише основні положення цього проекту в контексті запровадження кримінального проступку щодо визначення системи кримінальних проступків, а також способу запровадження інституту кримінального проступку.

Згідно із законопроектом № 4712 Особливу частину Кримінального кодексу України (далі – КК України) пропонувалось поділити на дві книги: «Злочини» та «Кримінальні проступки».

До кримінальних проступків пропонувалось віднести всього 173 статті, які містять 185 простих складів проступків, з яких 91 простий склад проступків, що нині є адміністративними проступками, передбаченими Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) і Митним кодексом України, проте не є управлінськими правопорушеннями, та 100 простих складів проступків, які за чинним КК України є злочинами невеликої тяжкості [9].

Подібну позицію (про що свідчать положення пояснювальної записки до законопроекту № 4712) щодо засад запровадження інституту кримінального проступку у своїх публікаціях займав М.І. Хавронюк. Учений пропонував віднести до системи кримінальних проступків близько 90 простих складів проступків, які передбачені КУпАП і Митним кодексом України та мають бути криміналізовані з установленням за їх вчинення найменш суворих кримінальних покарань, і близько 100 простих складів проступків, які нині є злочинами невеликої тяжкості, передбаченими КК України.

При цьому М.І. Хавронюк як один з основних доказів трансформації такої кількості складів адміністративних правопорушень розглядає те, що чинний КУпАП передбачає можливість засто-

сування за адміністративні правопорушення арешту (у 24 випадках), виправних робіт (у 13 випадках), громадських робіт (у 17 випадках), конфіскації (у 75 випадках), великого розміру штрафу (1,3–5 тис. неоподаткованих мінімумів доходів громадян – у 40 випадках). Загалом до судової юрисдикції сьогодні належать понад 150 складів адміністративних проступків [10, с. 182–186]. Вказане свідчить про те, що законопроект № 4712 було розроблено під «впливом» ідей М.І. Хавронюка.

Вважаємо, що вказаний проект є більш досконалим порівняно з іншими проектами законів, оскільки в ньому проведено систематизацію понять, які використовуються в тексті чинного КК України, та включено їх до додатку № 2, запропоновано правила кримінально-правової кваліфікації та інші позитивні моменти.

Ми не згодні з позицією авторів законопроекту № 4712 щодо визначення його назви, оскільки за змістом цього проекту пропонується суттєве реформування деліктного законодавства, як кримінального, так і адміністративного, проте з назви можна зробити висновок, що законопроектом № 4712 пропонується усунення певних технічних неузгодженостей між положеннями чинного законодавства України та положеннями Кримінального процесуального кодексу України.

В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький та А.О. Байда стверджують: «Поділ суспільно небезпечних діянь на категорії злочинів та кримінальних проступків є досить трудомістким процесом, для якого зовсім недостатньо формального перейменування поняття «злочин» на «кримінальне правопорушення», перенесення менш тяжких злочинів до окремої Книги 2 Особливої частини КК України («Кримінальні проступки») зі встановленням за них відповідних видів покарань» [8, с. 328–330]. Позиція вказаних учених у контексті досліджуваного проекту є обґрунтованою (оскільки в законопроекті № 4712 передбачено зайву криміналізацію), проте в контексті запровадження інституту кримінального проступку основними завданнями мають бути такі:

а) правильне співвіднесення об'єктивно-суб'єктивних ознак того чи іншого діяння з його назвою (порушення, проступок, злочин);

б) узгодження інституту кримінального проступку з іншими інститутами кримінального законодавства (зокрема, з інститутом класифікації злочинів та іншими);

в) узгодження кримінального законодавства, у тому числі нового інституту кримінального проступку, з адміністративним законодавством та іншими галузями законодавства.

Щодо структури Особливої частини КК України, яка пропонується в законопроекті № 4712, вважаємо, що більш вдалим було б одночасне розміщення злочинів та кримінальних проступків в одних і тих же структурних підрозділах Особливої частини КК України, а не в окремих книгах, що спростило б застосування тексту кримінального закону.

Не згодні ми із системою діянь, які авторами законопроекту № 4712 пропонується віднести до кримінальних проступків. У пояснювальній записці зазначено, що до кримінальних проступків запропоновано віднести адміністративні правопорушення та порушення митних правил, які не є управлінськими. Аналіз складів діянь, які пропонується віднести до кримінальних проступків, свідчить про те, що до вказаних діянь пропонується віднести здебільшого саме управлінські правопорушення, зокрема такі: ст. 477 «Ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу», ст. 478 «Порушення права на користування приміщеннями під час виборчої кампанії», ст. 481 «Ненадання копії виборчого протоколу», ст. 482 «Невиконання рішення виборчої комісії, комісії з референдуму», ст. 492 «Грубе порушення митних правил», ст. 521 «Порушення правил утримання диких тварин у неволі або в напіввільних умовах»,

ст. 559 «Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху», ст. 552 «Порушення вимог законодавства щодо встановлення і використання спеціальних світлових або звукових сигнальних пристроїв», ст. 612 «Прояв неповаги до суду» тощо.

За змістом правовідносин, у яких реалізуються вказані діяння, ці діяння є управлінськими, що, на нашу думку, свідчить про необхідність збереження їх у системі адміністративних або митних правопорушень.

Загалом варто зазначити, що не можна визнати той чи інший проект закону «поганим» або «гарним»; питання полягає в тому, яких цілей намагається досягти законодавець, приймаючи той чи інший закон, у врегулюванні суспільних відносин засобами кримінального права.

Вважаємо законопроект № 4712 надмірно «проєвропейським», оскільки ним пропонується віднести низку адміністративних правопорушень до кримінальних діянь, що може мати зворотний результат у правовому регулюванні в разі його прийняття, а саме недієвість положень Кримінального кодексу України.

Діяння, які запропоновано віднести до кримінальних проступків, не узгоджуються з підставами криміналізації, а питання дотримання вказаних правових заборон залежить більше від дієвості засобів правового впливу, ніж від виду засобу правового впливу (адміністративного чи кримінального).

Аналіз позицій учених, якими розроблено законопроект № 4712, та науковців, якими висловлено низку критичних зауважень, свідчить про те, що принциповими положеннями щодо запровадження інституту кримінального проступку, з приводу яких у науковому середовищі сформувались протилежні погляди, є такі:

– запровадження інституту кримінального проступку має здійснюватись в окремому законі або в межах КК України;

– запровадження кримінального проступку має здійснюватись шляхом зміни термінології «злочин» на «кримінальне правопорушення» або без такої (в останньому випадку кримінальний проступок буде розглядатись як окреме діяння);

– запровадження інституту кримінального проступку повинне змінювати класифікацію злочинів або не має її змінювати (в останньому випадку кримінальний проступок буде розглядатись як окреме діяння).

Головним принциповим питанням, яке, як свідчить вказана дискусія, не знайшло свого вирішення, є питання про те, з якою метою має бути запроваджено інститут кримінального проступку та які завдання він має вирішувати в разі його запровадження. Авторами законопроекту № 4712 проведена кропітка робота, однак, на нашу думку, запропонована в ньому система кримінальних проступків є криміналізацією, хоча й зовнішньо ніби формальною.

Перспективами подальших розвідок інституту кримінальних проступків є дослідження критеріїв відмежування кримінальних проступків від злочинів та зв'язку й шляхів впливу вказаних критеріїв на систему кримінальних проступків.

Ключові слова: кримінальний проступок, законотворчість, проект закону, теорія, кримінальне правопорушення, види, злочин.

Статтю присвячено аналізу проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 щодо запровадження інституту кримінального проступку. Проаналізовано систему кримінальних проступків, запровадження яких запропоноване авторами вказаного проекту закону, а також підходи до визначення діянь, які мають бути віднесені до кримінальних проступків.

Статья посвящена анализу проекта Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно реализации положений Уголовного процессуального кодекса Украины» от 16 апреля 2014 г. № 4712 о введении института уголовного проступка. Проанализирована система уголовных проступков, введение которых предложено авторами указанного проекта закона, а также подходы к определению действий, которые должны быть отнесены к уголовным проступкам.

This article analyzes the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine regarding the implementation of the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine" dated April 16, 2014 № 4712 on the introduction of the institute of the criminal offense. Analyzed the system of criminal offenses, the introduction of which prompted the authors of the draft law, as well as approaches to the definition of actions to be referred to a criminal misdemeanor.

Література

1. Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів : Указ Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 (станом на 1 вересня 2011 р.) // Офіційний вісник України. – 2008. – № 27. – Ст. 838.

2. Про робочу групу з питань реформування законодавства про адміністративні правопорушення та запровадження інституту кримінальних проступків : Розпорядження Президента України від 30 травня 2012 р. № 98/2012-рп [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/98/2012-%D1%80%D0%BF.

3. Про ліквідацію деяких допоміжних органів, утворених Президентом України : Указ Президента України від 20 лютого 2015 р. № 96/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/96/2015/paran16#n16.

4. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=243411044.

5. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків : проект Закону України від 26 лютого 2012 р. № 10126 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42706.

6. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків : проект Закону України від 3 березня 2012 р. № 10146 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42733.

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України : проект Закону України від 16 квітня 2014 р. № 4712 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50664.

8. Тацій В.Я. Ще одна спроба «гуманізації» кримінального законодавства України / В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, А.О. Байда // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 2(2). – С. 312–330.

9. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50664.

10. Хавронюк М.І. Концепцією визначено: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Настав час розмежувати / М.І. Хавронюк // Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 11–12 жовтня 2012 р.) / редкол. : В.Я. Тацій, В.І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2012. – С. 182–186.

УДК 343.2

Д. Михайленко,
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

НОРМА ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОСНОВНОГО РУБЕЖУ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Як було встановлено в попередніх дослідженнях [30; 31; 32], норма про незаконне збагачення в редакції ст. 368-2 Кримінального кодексу України (далі – ККУ), що діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., могла виконувати функції одночасно двох рубежів протидії корупції (основного й завершального), проте фактично використовувалась лише як резервна підстава кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора. Цей висновок зумовив необхідність структуризації дослідження норми про незаконне збагачення, яка діяла в зазначені періоди часу, на два відносно відокремлені напрями: 1) вивчення ст. 368-2 ККУ з урахуванням цілі її створення та у зв'язку зі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (при цьому незаконне збагачення оцінюється як елемент завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції); 2) аналіз ст. 368-2 ККУ з урахуванням реальної практики її застосування як випадково виділеного суміжного корупційного злочину (при цьому незаконне збагачення оцінюється як елемент основного рубежу зазначеної вище протидії). Водночас норма про незаконне збагачення в редакції згідно із законом України від 14 жовтня 2014 р. (діяла з 26 січня 2015 р. по 4 березня 2015 р.) та в редакції згідно із законом України від 12 лютого 2015 р. (діє з 5 березня 2015 р. й донині) сформована так, що виникає ризик усунення її функції як елемента основного рубежу кримінально-правової протидії корупції в Україні.

З огляду на зазначене необхідно встановити, які групи діянь, що раніше отримували кваліфікацію за ст. 368-2 ККУ, сьогодні можуть вважатись декриміналізованими; з'ясувати, які наслідки це може спричинити для механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні; запропонувати (за необхідності) рішення, яке усунуло б окреслену правову невизначеність і ризики та стабілізувало б групу норм ККУ, що покликані протидіяти корупції. Саме наведене становить мету роботи.

За основу дослідження береться гіпотеза, згідно з якою поряд із нормою про незаконне збагачення в моделі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, яка виконувала б функцію елемента завершального рубежу протидії корупції, у ККУ потребується окрема норма, що встановлювала б кримінальну відповідальність за корупційні діяння, які не можуть бути кваліфіковані за існуючими статтями ККУ та є суспільно небезпечними, що підтверджено усталеною практикою їх кримінального переслідування. Така норма фактично формулювалась у ст. 368-2 ККУ в редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. і з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. та зумовлювала віднесення цієї статті також до елементів основного рубежу кримінально-правової протидії корупції.

Вирішення окреслених проблем на підставі наведеної гіпотези не досліджувалось в українській юриспруденції.

Для того щоб виявити, які групи діянь, що раніше отримували кваліфі-

© Д. Михайленко, 2016

кацію за ст. 368-2 ККУ, сьогодні можуть вважатись декриміналізованими, необхідно визначити, яким чином розмежовувалась зазначена стаття в редакції, що діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., з іншими статями ККУ. Для цього вивчено судову практику щодо застосування ст. 368-2 ККУ в зазначений період, а також теоретичні уявлення щодо меж її дії. З огляду на те, що норму про незаконне збагачення в окреслені періоди застосовували не досить інтенсивно, вивчено всі судові рішення, які доступні в Єдиному державному реєстрі судових рішень (виявлено лише 45 рішень за 25 кримінальними справами за ст. 368-2 ККУ, судові рішення за 6 справами, у яких відображена правова позиція сторони захисту, що була спрямована на зміну кваліфікації вчиненого зі статті про пасивний підкуп на статтю про незаконне збагачення, а також 2 постанови з висновками Верховного Суду України щодо розмежування ст. ст. 368 та 368-2 ККУ [38; 39]).

Як нами вже було встановлено [28, с. 79], головна відмінність незаконного збагачення від одержання хабара полягала в тому, що під час вчинення першого проступку отримання певної вигоди жодним чином не пов'язане з минулою чи наступною діяльністю службової особи. Під час одержання хабара-підкупу останній зумовлює дії по службі, а під час одержання хабара-винагороди передається за них. Отже, за незаконного збагачення в службової особи відсутній намір вчиняти дії по службі в інтересах будь-яких осіб за вигоду або її отримання не здійснюється за минулу діяльність службовця. Такий підхід ґрунтувався на судовій практиці щодо оцінки давання-одержання хабара-винагороди, яка фактично мала місце до введення в дію норми про незаконне збагачення.

Зазначене розуміння критеріїв відмежування незаконного збагачення (у редакції ст. 368-2 ККУ до внесених законом України від 14 жовтня 2014 р. змін) від злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, було підтримане в юридичній літературі лише частково. Так, зазначається, що розмежовувати склади злочинів, передбачені ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, варто за ознаками об'єктивної сторони: хабар одержується службовою особою за виконання або невиконання будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища; якщо ж службова особа отримує майнову вигоду без умови виконання (невиконання) нею будь-яких дій із використанням наданої їй влади чи службового становища, такі дії утворюють склад незаконного збагачення [1, с. 56]. Таким чином, у більш пізніх роботах у період дії ст. 368-2 ККУ утвердилось розуміння, що норма про одержання хабара не охоплює надання хабара-винагороди, тому таку діяльність необхідно кваліфікувати за нормою про незаконне збагачення.

Наведений висновок підтверджувався також варіантами встановлення розмежувальної ознаки для ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, які пропонувались депутатами під час конструювання норми про незаконне збагачення. Так, склад незаконного збагачення уточнено негативною ознакою «за відсутності ознак хабарництва» згідно з поправками депутата І.В. Вернидубова за результатами розгляду 2 лютого 2011 р. проекту закону України від 17 грудня 2010 р. № 7487 [42] Комітетом з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. Як альтернативний варіант введення розмежувальної ознаки в склад незаконного збагачення вносились пропозиції депутатів Ю.В. Прокопчука та В.Д. Швеця, за якими незаконним збагаченням визнавалося б діяння, не пов'язане з вчиненням або невчиненням із використанням наданої влади чи службового становища будь-якої дії або бездіяльність в інтересах особи, яка надає таку вигоду, чи в інтересах будь-якої іншої особи [37]. У подальшому законом України від 18 квітня 2013 р. № 221-18 [41] зазначена розмежувальна ознака була трансформована в «за

відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу».

У зв'язку із цим варто не лише погодитись, а й наголосити на тезі, що встановлення причинного зв'язку між отриманням певної вигоди та поведінкою належного суб'єкта на службі як обов'язкова ознака об'єктивної сторони одержання хабара має виключати інкримінування норми ККУ про відповідальність за незаконне збагачення [19, с. 30].

З огляду на наведені зауваження буде досліджуватись судова практика щодо застосування ст. 368-2 ККУ в її редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. Вивчення зазначених судових рішень, а також результатів наукових досліджень інших учених дає змогу не тільки виділити низку ознак, за відсутності яких суди виключали кваліфікацію дій особи за ст. 368 ККУ та віддавали перевагу ст. 368-2 ККУ, а й сформулювати важливі теоретичні положення щодо правової природи норми про незаконне збагачення за ККУ.

Правові ситуації, у яких суди віддавали перевагу нормі про незаконне збагачення, а не статті, що встановлює відповідальність за підкуп у публічному секторі управління, згруповані нижче залежно від тієї конкретної ознаки, відсутність якої дала змогу застосувати ст. 368-2 ККУ.

Перша група ситуацій пов'язана з відсутністю в службової особи можливості (як нормативної, так і фактичної) використовувати своє службове становище.

Так, обвинувачений одержав 350 000 грн за неповідомлення про виявлені ним порушення встановлення протипожежних дверей, проте згідно з посадовою інструкцією не мав необхідних повноважень щодо виявлення порушень і складання відповідних актів реагування, не входив до складу комісії з прийняття об'єктів першої черги реконструкції НСК «Олімпійський» в експлуатацію та, відповідно, не мав владних повноважень як працівник Державної інспекції техногенної безпеки щодо прийняття рішення про прийняття об'єкта в експлуатацію, а лише мав надати відповідь щодо технічного стану об'єктів, пов'язаних із протипожежною безпекою [12; 56]. З наведеного постає, що кваліфікація діяння винного за ст. 368 ККУ була виключена, оскільки він в описаній ситуації не мав можливості використати своє службове становище, про що також знали особи, які надавали йому неправомірну вигоду, а його висновок міг спричинити несприятливі наслідки лише в майбутньому через призначення з його врахуванням додаткової перевірки.

В іншій справі після укладання договору купівлі-продажу металобрухту між Прилуцькою нафтогазорозвідувальною експедицією ДП НАК «Надра України» «Чернігівнафтогазгеологія» та ПП «Інтерресурс» заступник начальника першого вимагав та отримав 18 250 грн за надання дозволу на порізку, завантаження й транспортування брухту чорних металів із території державного підприємства. Апеляційний суд виправив помилку суду першої інстанції, дійшовши висновку про відсутність ознак злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, і поширив на дії обвинуваченого норму про незаконне збагачення, виходячи з того, що отримання коштів не пов'язане з виконанням чи невиконанням певних дій із використанням службового становища, оскільки необхідність надання зазначеного вище дозволу нічим не передбачена, та закрив провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України, оскільки розмір отриманих коштів є меншим ніж 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) [58].

У подібних випадках варто мати на увазі, що коли винний застосовує обман щодо можливостей свого службового становища чи кола повноважень, то його дії містять уже ознаки шахрайства (ст. 190 ККУ) або службового викрадення (ч. 2 ст. 191 ККУ) та не можуть бути кваліфіковані як незаконне збагачення.

З огляду на зазначене обов'язково необхідно встановлювати, чи була обізнана особа, яка надавала неправомірну вигоду, з дійсними можливостями службовця та чи вводив в оману потерпілого останній щодо своєї компетенції з метою збагатитись. Зазначена обставина була оцінена судом, який відхилив прохання апелянта про зміну вироку суду першої інстанції [10] шляхом перекваліфікації його дій зі ст. 190 ККУ на ст. 368-2 ККУ. При цьому вказано, що оскільки тимчасово виконуючий обов'язки військового комісара Першотравневого РВК Донецької області знав, що не має можливості вирішувати питання про звільнення від призову на строкову військову службу за станом здоров'я, проте повідомив призовнику завідомо неправдиві відомості щодо можливостей свого службового становища, то одержання від останнього 500 дол. США було здійснене шляхом обману [52].

Однак суди не завжди розглядають можливість оцінки діяння винного як шахрайства. Наприклад, як незаконне збагачення були кваліфіковані дії Товстолузького сільського голови Тернопільського району Тернопільської області, який отримав 10 000 дол. США за підписання від імені сільської ради з приватним підприємцем договору оренди земельної ділянки площею 3,27 га, яка перебувала за межами населеного пункту, а отже, передача її в оренду не входила до його компетенції [17]. При цьому не було встановлено, чи застосовувався до підприємця обман щодо дійсних повноважень Товстолузького сільського голови. У справі ж щодо начальника Луганського ЛВУМГ філії «Управління магістральних газопроводів «Донбастрансгаз» ПАТ «Укртрансгаз», який, усвідомлюючи, що не має законних прав на реалізацію недіючого трубопроводу й видачу відповідного письмового дозволу на проведення робіт із розкопування ґрунту та його демонтажу, скористався необізнаністю про це зацікавленої особи й дав згоду на отримання 150 000 грн за прийняття зазначених рішень. За таких обставин суд кваліфікував дії винного за ст. 368-2 ККУ [5], що, як видається, є помилковим рішенням, оскільки був застосований обман, що зумовлює необхідність застосувати ст. 190 ККУ або ч. 2 ст. 191 ККУ. При цьому визначати, яка зі згаданих статей ККУ буде застосовуватись до конкретної ситуації, варто на підставі висновку Верховного Суду України [40]. За цим висновком обман, що застосовується під час викрадення чужого майна шляхом використання службового становища, має особливі, специфічні ознаки, які відрізняють його від обману під час шахрайства. Ця відмінність полягає в тому, що в першому випадку в основі обману (дезінформації), до якого вдається винна особа, завжди лежить протиправне використання нею свого службового становища. Без застосування можливостей службового становища обман є недієвим і нездійсненним. Цей обман є різновидом обману, який через підвищену суспільну небезпеку й специфічні ознаки був криміналізований в окрему форму злочинів проти власності (ч. 2 ст. 191 ККУ). У другому ж випадку заволодіння майном можливе без протиправного використання службового становища.

Наведені висновки судів за конкретними справами показують, що відсутність ознаки злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, правильно встановлюється в ситуаціях, коли надавання-одержання неправомірної вигоди зумовлене можливим чи здійснюваним порушенням інтересів особи та не пов'язане з використанням службового становища, оскільки службова особа не мала можливості вчинити діяння по службі або вчинення такого діяння нормативно не передбачалось, при цьому винний не застосовував обман. За таких умов одержання неправомірної вигоди суди кваліфікують за ст. 368-2 ККУ.

Варто звернути увагу на те, що в цьому разі постає необхідність провести розмежування статті про незаконне збагачення та статті про майнове

вимагання (ст. 189 ККУ), яка повинна застосовуватись у тих випадках, коли за викладених обставин службова особа ставить вимогу неправомірної вигоди, що має майновий характер, з погрозою, зокрема, обмеження прав, свобод чи законних інтересів потерпілого чи його близьких родичів або розголошення відомостей, які ці особи бажають зберегти в таємниці. Загалом у разі вчинення діяння особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, ст. 368-2 ККУ є загальною щодо ст. 189 ККУ.

Водночас інколи суди допускають помилки в застосуванні ст. 368-2 ККУ під час встановлення відсутності ознак підкупу за схожих обставин. Так, заступника начальника управління по забезпеченню програми приватизації ДАК «Національна мережа аукціонних центрів», який як ліцитатор під час проведення аукціону з продажу комунального майна 5 травня 2008 р. одержав 147 000 дол. США за забезпечення перемоги в цьому аукціоні, засуджено за ч. 3 ст. 368 ККУ та призначено покарання у вигляді позбавлення волі на 8 років і додаткові покарання [11]. Апеляційний суд, встановивши низку кримінально-процесуальних порушень і не поставивши під сумнів кваліфікацію вчиненого, вирок скасував, а справу повернув на новий судовий розгляд [54], під час якого суд дійшов висновку, що за передані грошові кошти підсудний не міг вчинити діяння по службі (вплинути на результат аукціону), оскільки всі необхідні дії щодо підготовки до проведення аукціону вже були здійснені. Покупець також не зміг пояснити, за що саме він надавав неправомірну вигоду. У зв'язку із цим суд правильно дійшов висновку про відсутність ознак хабарництва, проте застосував ст. 368-2 ККУ, яка на момент вчинення діяння ще не існувала. При цьому суд послався на ч. 1 ст. 5 ККУ щодо зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі [13]. Таке вирішення питання щодо застосування норми про незаконне збагачення співпадає з рекомендацією В.М. Киричка, на думку якого похідним висновком від тези про виділення законодавцем з 1 липня 2011 р. зі ст. 368 ККУ заздалегідь не обумовленого одержання неправомірної вигоди за вчинення незаконного діяння по службі в ст. 368-2 ККУ є те, що остання стаття, а також ст. 172-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, яка є її аналогом з адміністративною відповідальністю, мають зворотну в часі дію стосовно таких діянь, які раніше (до 1 липня 2011 р.) отримали оцінку за ст. 368 ККУ [24, с. 219]. Водночас необхідно звернути увагу на те, що під час введення в ККУ ст. 368-2, яка мала застосовуватись лише за відсутності ознак хабарництва, ст. 368 ККУ не зазнала у зв'язку із цим будь-яких змін, а тому за відсутності ознак складу одержання хабара необхідно закривати справу, а не застосовувати ст. 368-2 ККУ, яка не діяла на момент вчинення діяння. Зворотної ж у часі дії ст. 368-2 ККУ в описаних вище ситуаціях не може відбуватись, оскільки норма про незаконне збагачення містить негативну ознаку («за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу»), а ст. 368 ККУ не зазнавала з 1 липня 2011 р. таких змін, які звужували б коло забороненої цією статтею поведінки (окрім кола суб'єктів). Зазначене додатково свідчить про те, що законодавець не виводив із дії норми про одержання хабара на користь норми про незаконне збагачення від будь-яких діянь, проте, як показує аналіз судової практики, таке виведення було здійснене судовою системою, що варто пов'язувати із застосуванням до 1 липня 2011 р. ст. 368 ККУ за аналогією до діянь, які формально не містили ознак хабарництва, проте були суспільно небезпечними (зокрема, це стосується хабара-винагороди). Після 1 липня 2011 р. для застосування до таких випадків повною мірою стала придатна ст. 368-2 ККУ, що усунуло проблему аналогії, проте нівелювало ціль створення норми про незаконне збагачення.

Повертаючись до розглядуваної кримінальної справи, необхідно звернути увагу на доречне зауваження касаційного суду, який скасував вирок, адже суд передчасно дійшов висновку про зміну кваліфікації, оскільки не розмежував службові повноваження обвинуваченого, якими він був наділений як заступник начальника управління по забезпеченню програми приватизації ДАК «Національна мережа аукціонних центрів» у складі аукціонної комісії та одноособово [47]. Таким чином, суд касаційної інстанції звернув увагу на те, що заступник начальника управління незалежно від перебування в складі комісії мав можливість із використанням свого службового становища вплинути на процес підготовки аукціону та його перебіг, що не було досліджено судом.

Друга група ситуацій пов'язана з встановленням відсутності зумовленості службової діяльності неправомірною вигодою, що поширює на останню правовий режим подарунка.

Так, після укладання договору від імені КЕВ м. Миколаєва з підприємцем про спільну обробку земельної ділянки службова особа КЕВ м. Миколаєва шляхом порушення обмежень щодо використання службових повноважень і пов'язаних із цим можливостей одержав від зазначеного підприємця неправомірну вигоду у вигляді частини коштів, одержаних від збуту продуктів рубки (264 400 грн) [9; 55]. З контексту судових рішень постає, що в цьому випадку відсутня зумовленість дії з укладення договору з конкретним підприємцем одержанням неправомірної вигоди в майбутньому, тобто має місце «хабар-винагорода» (подарунок), який суд кваліфікував як незаконне збагачення. В іншій справі суд правильно змінив кваліфікацію із ч. 3 ст. 368 ККУ, за якою підтримувалось обвинувачення, на ч. 1 ст. 368-2 ККУ, оскільки було встановлено, що директор Львівського обласного центру репродуктивного здоров'я населення одержав 7 000 дол. США вже після вчинення дій по службі (прийняття особи на посаду лікаря) без попередньої домовленості про це [7], тобто неправомірна вигода не зумовлювала вчинення управлінського акту винним. З такою позицією погодився апеляційний суд, прямо назвавши при цьому зазначену неправомірну вигоду подарунком [53]. В аспекті, що досліджується, аналогічним чином були встановлені фактичні обставини та надана їм кваліфікація за ст. 368-2 ККУ в справі щодо начальника управління Укртрансінспекції в Автономній Республіці Крим, який, вказуючи на можливості свого службового становища та членство в Республіканському конкурсному комітеті по визначенню автомобільного перевізника на автобусних маршрутах Автономної Республіки Крим, повідомив потерпілому про те, що ним було вжито заходи для прийняття конкурсною комісією позитивного рішення на користь ТОВ «СТК» про передачу цьому підприємству відповідних маршрутів, чим створив в останнього переконання особистого зобов'язання за надану допомогу та запропонував передати йому як винагороду за це грошові кошти в сумі 10 000 дол. США, які в подальшому отримав через пособника [18]. З такою кваліфікацією апеляційний суд погодився [48]. Водночас як прокуратура, так і суд у зазначеній справі без будь-яких доводів не взяли до уваги ту обставину, що від потерпілого вимагали відмовитись від перемоги в конкурсі під загрозою постійних перевірок у майбутньому або сплатити 10 000 дол. США за кожен маршрут, що містить ознаки вимагання хабара (ч. 3 ст. 368 ККУ).

У цьому контексті варто звернути увагу на позицію, згідно з якою неправомірна вигода як предмет незаконного збагачення за своїм визначенням могла охоплювати лише ті її види, у кожному з яких була ознака неправомірності самої вигоди, тому й дії, вчинювані з таким предметом як тією особою, яка одержувала таку вигоду, так і тією особою, яка її надавала, були протиправними. У зв'язку із цим зазначалось, що не може бути предметом незаконного збагачен-

ня дарунок (пожертва) [24, с. 211]. З такою думкою погодитись не можна, оскільки одержання подарунків службовою особою публічного сектора регламентується ст. 8 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», за якою визначеним суб'єктам відповідальності за корупційні правопорушення забороняється безпосередньо або через інших осіб одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб у таких випадках: 1) за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами й органами; 2) якщо особа, яка дарує (здійснює) дарунок (пожертву), перебуває в підпорядкуванні такої особи. З огляду на це отримання неправомірної вигоди за обставин, що описані в наведених судових рішеннях, коли можна вести мову про хабар-винагороду, повною мірою відповідають такій ознаці неправомірної вигоди, як надання або одержання її без законних на те підстав. Тобто в цих ситуаціях дії як особи, яка надавала такий подарунок, так і особи, яка його отримувала, є протиправними, а тому і в разі одержання дарунків у сукупному розмірі, що відповідає вартості предмета незаконного збагачення (100 НМДГ), такі дії однозначно повинні визнаватись незаконними. При цьому слушною є думка В.М. Киричка, за якою законодавець виділив один із видів одержання хабара (мова йде про одержання хабара у вигляді подяки після вчинення дій по службі без попередньої домовленості про це (хабар-винагорода)), що раніше кваліфікувалось за ст. 368 ККУ, та встановив за вчинення такого діяння адміністративну відповідальність, якщо розмір неправомірної вигоди не перевищує 100 НМДГ, і кримінальну відповідальність за ст. 368-2 ККУ, якщо розмір неправомірної вигоди перевищує 100 НМДГ [24, с. 217]. При цьому варто зазначити лише, що надання-одержання хабара-винагороди до введення статті про незаконне збагачення, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 368 ККУ, не були злочинними діями, а кримінальна відповідальність за таку поведінку наставала фактично за аналогією у зв'язку з роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України, що було викладене в п. 3 його Постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5, за яким відповідальність за ст. 368 ККУ настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він зумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралась чи ні вона це робити. Тому вважаємо за доцільне вести мову не про виділення законодавцем цієї форми незаконного збагачення зі складу одержання хабара, а про впорядкування практики притягнення до кримінальної відповідальності осіб за одержання хабара-винагороди за відсутності підстав до цього, тобто деюре про криміналізацію цього діяння в ст. 368-2 ККУ. Останнє також означає, що дії особи, яка надала хабар-винагороду, не можуть бути кваліфіковані за ст. 369 ККУ та сьогодні не зумовлюють кримінальну відповідальність навіть за аналогією, як це було раніше.

До введення в ККУ норми про незаконне збагачення в науковій літературі були накопичені правові позиції в контексті полеміки щодо оцінки дій службової особи під час одержання хабара-винагороди. Критичний аналіз існуючих теоретичних підходів до вирішення цієї проблеми в попередній нашій роботі [29] дав можливість належним чином аргументувати наведені висновки щодо криміналізації одержання хабара-винагороди в ст. 368-2 ККУ.

Наведене в подальшому було додатково підтверджено висновком Верховного Суду України [39], за яким під час розмежування норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених ст. 368 ККУ (у редакції від 18 квітня 2013 р.) та ст. 368-2 ККУ (у редакції від 7 квітня 2011 р.), необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну

від незаконного збагачення) завжди зумовлене вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи, будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. За незаконного збагачення така зумовленість відсутня, оскільки як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій із використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб.

Закономірним у зв'язку з викладеним є те, що судова практика, яка тривалий час застосовувала ст. 368 ККУ до випадків давання-одержання подарунка (хабара-винагороди), виходячи із суперечливого тлумачення ознак об'єкта й об'єктивної сторони хабарництва (а як виявляється сьогодні, і з фактичним застосуванням аналогії закону про кримінальну відповідальність), з введенням в Україні в дію норми про незаконне збагачення змінила існуючий підхід до оцінки описаних діянь на користь ст. 368-2 ККУ. Саме з огляду на це необхідно вести мову не про виділення зі складу злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, такої його форми, як одержання хабара-винагороди, і поміщення підстави кримінальної відповідальності за це діяння в новостворену ст. 368-2 ККУ, а про криміналізацію такого діяння нормою про незаконне збагачення.

Таким чином, у разі визнання одержаної неправомірної вигоди подарунком у зв'язку з тим, що грошові кошти надавались уже після здійснення управлінського акту та без попередньої домовленості, усувається можливість застосування ст. 368 ККУ, і за наявності необхідних умов виникає необхідність кваліфікувати дії винного за ст. 368-2 ККУ чи ст. 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення (у разі, коли отримана неправомірна вигода оцінюється в суму, що менша чи дорівнює 100 НМДГ). Такий висновок укріпився після змін, внесених до ККУ законом України від 18 квітня 2013 р. [41], за якими ст. 370 ККУ була перейменована з «Провокація хабара та комерційного підкупу» на «Провокація підкупу». При цьому очевидно, що наведена стаття стосується також провокації діянь, передбачених ст. ст. 368 і 369 ККУ, які з огляду на назву ст. 370 ККУ також визнаються підкупом. Зазначене підтверджується також у дослідженнях кримінологів, у яких надання й одержання неправомірної вигоди (хабарництво), тобто ст. ст. 368 і 369 ККУ, розглядається як підкуп у сфері публічної службової діяльності [63]. У зв'язку з тим, що надання-одержання подарунка (хабара-винагороди) не можна віднести до діяльності, яка характеризується як підкуп, додатково знаходить підтвердження висновок про неможливість її оцінки за ст. ст. 368 і 369 ККУ. Зазначене демонструє правильність підходу судів України до кваліфікації надання-одержання подарунка (хабара-винагороди) за ст. 368-2 ККУ в аналізованій редакції.

Третя група ситуацій пов'язана з використанням службовою особою знань чи інформації, які вона отримала у зв'язку зі здійсненням службової діяльності.

Так, начальник відділу організації й безпеки дорожнього руху Служби автомобільних доріг у Дніпропетровській області був засуджений за ст. 368-2 ККУ за одержання 270 000 грн (з яких 78 013,50 грн він мав намір залишити собі) за надання сприяння підприємцю в отриманні дозволу на розміщення 15 двосторонніх рекламних носіїв у межах смуги відведення автомобільної дороги шляхом створення сприятливих умов підготовки необхідного техніко-правового обґрунтування та супроводу поетапного проходження документів із метою мінімізації підприємницького ризику. При цьому, як встановив суд, відділ, яким керував засуджений, виконав покладену на нього функцію, і передача грошей цим не

зумовлювалась та не пов'язувалась із цим, а дії, які вчинив винний, не мали вирішального значення для кінцевого рішення про видачу відповідного дозволу [2]. Питання про відсутність підстав застосування ст. 368-2 ККУ в апеляційному порядку не розглядалось [51].

В іншій справі суди як першої [61], так і апеляційної [50] інстанцій погодились із кваліфікацією дій директора ДП «Вінницький науково-дослідний та проектний інститут землеустрою» за ст. 368-2 ККУ, який одержав 170 000 грн за сприяння (виходячи із судових рішень – фактично консультування) у вирішенні питання щодо відведення у власність земельної ділянки на території Журбинецької сільської ради найбільш економним способом, при цьому винний не був уповноваженим на прийняття рішення щодо відведення земельної ділянки у власність. Схожа справа щодо директора КП «Узберіжжя», який був засуджений за ст. 368-2 ККУ, одержавши сумарно 12 500 дол. США за надання допомоги (консультування, збирання інформації про необхідний пакет документів) ТОВ «Сервіс зв'язок плюс» щодо підписання з Одеською міською радою договору оренди частини пляжу, користуючись при цьому своїм становищем і знайомствами [14; 57]. Фактично аналогічна в цьому контексті справа щодо керуючого справами виконавчого комітету Дрогобицької міської ради, який одержав 13 000 дол. США за надання допомоги в придбанні у власність торговельних місць на ринку у вигляді підготовки проекту договору купівлі-продажу торгових місць на ринку, технічного паспорта, висновку щодо відповідності об'єкта будівельно-технічним нормам, позову до Дрогобицького міськрайонного суду про визнання права власності [4].

Правильною вважаємо також кваліфікацію дій головного спеціаліста з питань земельних відносин управління агропромислового розвитку Білгород-Дністровської райдержадміністрації, який, добре знаючи структуру органів райдержадміністрації, володіючи великою кількістю особистих контактів із різними посадовими особами в ланцюжку погоджень відведення земельних ділянок і знаючи, як можна усунути тяганину під час розгляду документів або своєчасно усунути будь-які недоліки під час їх оформлення, одержав 20 000 дол. США за допомогу в прискоренні отримання розпорядження про право власності на земельну ділянку водного фонду площею 3 га, хоча в його компетенцію цей комплекс питань не входив [15]. Фактично такими ж є обставини, встановлені в справі заступника начальника відділу судової роботи юридичного управління департаменту комунальної власності Одеської міської ради, який, користуючись відомою йому за характером служби інформацією та знаючи фактичні процедури щодо укладення договорів оренди комунального майна, отримав 7 000 дол. США за організацію передачі в оренду підвального приміщення площею 100,9 м^2, хоча не міг прийняти чи вплинути на рішення щодо цього питання [16]. В іншій справі суди як першої [8], так і апеляційної [49] інстанцій застосували ст. 368-2 ККУ до дій старшого оперуповноваженого відділу організації викриття податкових злочинів ГВ ПМ ДПІ у м. Чернігові, який отримав на вказаний ним рахунок 100 000 грн за допомогу в питаннях, що перевірялись слідчими, і не міг приймати процесуальні рішення в кримінальній справі.

У наведених правових ситуаціях *одержання неправомірної вигоди було здійснене за неправомірне сприяння особам шляхом надання послуг посередника чи консультанта, що стало можливим у зв'язку з володінням службовою особою знаннями або інформацією, які вона отримала у зв'язку з виконанням службової діяльності, без виконання дій із використанням службового становища та без здійснення впливу на прийняття рішень особою, уповноваженою на виконання функцій держави*. Таке використання знань та інформації, здобутих за час перебування на посаді,

не відповідає передбаченим законом про кримінальну відповідальність ознакам об'єктивної сторони підкупу та може становити злочин, передбачений ст. 368-2 ККУ.

Четверта група ситуацій пов'язана зі ступенем конкретизації діянь службової особи, за які надається неправомірна вигода.

Так, начальника відділу погашення прострочених податкових зобов'язань СДПІ по роботі з ВПП у м. Харкові засуджено за ст. 368-2 ККУ за завуальоване (під виглядом оплати послуг різних видів за підробленими документами) одержання із 47 підприємств сумарно 92 935 грн як неправомірної вигоди. Хоча суд не аргументував відсутність ознак підкупу, проте з вироку постає, що означені кошти перераховувались на рахунок підприємця на прохання винної особи як допомога ДПІ без домовленості за будь-які дії у відповідь, фактично за збереження добрих стосунків [3].

Ключовою для проведення розмежування між ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, у тому числі в ситуаціях, що є аналогічними до описаної, є справа щодо заступника начальника податкової міліції – начальника слідчого відділу ДПА у Полтавській області, який одержав 7 000 дол. США за використання своїх повноважень і становища під час досудового слідства щодо службових осіб ТОВ «Скломонтаж». Суд першої інстанції засудив податківця за ч. 1 ст. 368-2 ККУ, вказавши, що доказами в справі не доведено, які саме конкретні дії мав вчиняти чи не вчиняти підсудний за отримані гроші [6]. Апеляційний суд не погодився з таким висновком і встановив, що неправомірна вигода була одержана за бездіяльність підсудного й підконтрольних йому слідчо-оперативних працівників щодо повної та всебічної перевірки пов'язаних суб'єктів господарської діяльності, а також обмежене нарахування у зв'язку із цим суми несплачених податків, і застосував ч. 3 ст. 368 ККУ [59]. Касаційний суд знову змінив кваліфікацію дій податківця на ч. 1 ст. 368-2 ККУ, зазначивши, що він отримав винагороду, лише скориставшись своєю посадою начальника слідчого відділу, а не за конкретні дії [60]. Верховний Суд України, переглядаючи судові рішення в цій справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 400-12 Кримінального процесуального кодексу України 1960 р. (що зумовлює обов'язковість його висновків для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, і для всіх судів України), підтримав позицію апеляційного суду та визнав, що незаконна винагорода за описаних обставин була отримана не просто так, а за вчинення певних дій, що вказало на наявність у діях підсудного ознак хабарництва та виключило можливість кваліфікації цього діяння за ознаками незаконного збагачення [38].

Логіка застосування судами різних інстанцій норм матеріального права за наведеними справами дає змогу зробити висновок, що одержання неправомірної вигоди службовою особою не буде містити ознак підкупу, *якщо така вигода була надана з метою підлабузництва, для встановлення «добрих» стосунків, «на всяк випадок», тобто не за конкретні службові діяння*.

У юридичній літературі існує дискусія щодо того, чи повинні дії службової особи, за які вона одержує неправомірну вигоду, мати конкретний характер (бути чітко визначеними), чи також допускається можливість надання неправомірної вигоди за вигідну спрямованість діяльності службової особи. Прихильники однієї позиції вважають, що неправомірна вигода може надаватись незалежно від конкретних зобов'язань виконати визначену дію [23, с. 66]. Виплачуючи службовій особі «на всяк випадок» винагороду, коруптер бажає уникнути можливих неприємних випадковостей і мати підтримку в майбутньому [27, с. 77]. Тому, як вважають прихильники такого підходу, підкуп матиме місце й у випадках, коли неправомірна вигода передається з метою

забезпечення в загальній формі певної спрямованості в діяльності службової особи. При цьому хоча самі дії, які службова особа буде виконувати в інтересах особи, не конкретизуються, проте обидва учасники злочинної угоди виходять із того, що в усій своїй діяльності корупціонер враховуватиме інтереси коруптера та здійснюватиме для нього найбільше сприяння [25, с. 82].

На думку інших авторів, така позиція не відповідає закону. При цьому зазначається, що за неправомірну вигоду можуть бути виконані будь-які, проте конкретні дії, а також що підкуп не матиме місце, коли матеріальні блага передаються службовій особі за «збереження доброго ставлення», «на всяк випадок» тощо [26, с. 40; 20, с. 133–134]. ККУ пов'язує з отриманням неправомірної вигоди здійснення дій або утримання від них, а дія – це завжди щось конкретне. Не можна давати неправомірну вигоду за загальне добре ставлення, оскільки ставлення не є дією. Саме така позиція підтримується Пленумом Верховного Суду Республіки Білорусь, відповідно до п. 3 відповідної постанови якого [34] та рекомендацій за результатами огляду судової практики [33] вирок суду повинен містити вказівку, за виконання яких конкретних дій (бездіяльність) по службі посадова особа одержала хабар.

Проте вважаємо, що у випадках давання неправомірної вигоди за неуточнені дії часто має місце не відсутність конкретності в діях службовця, які «купуються», а ситуація, за якої зміст таких дій сторонам повністю ясний, тому їх конкретизація не потрібна. Тому варто погодитись із тим, що в ситуації, коли як для корупціонера, так і для коруптера цілком очевидно, про яку конкретну дію йде мова, неправомірна вигода може бути надана за мовчазною згодою [22, с. 71; 44, с. 207]. На такі ситуації звертається увага в п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації [36], за яким під час отримання хабара за загальне протегування чи потурання по службі конкретні дії (бездіяльність), за які він отриманий, на момент його прийняття не обмовляються хабародавцем і хабароодержувачем, а лише усвідомлюються ними як вірогідні, можливі в майбутньому. Водночас у п. 4 раніше діючої постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації [35] закріплювався інший підхід, за яким у вироку необхідно вказувати, у чому конкретно виразились наведені вище дії (бездіяльність) за хабар. Саме тому в більшості випадків надання неправомірної вигоди «на всяк випадок» не потрібна конкретність угоди між сторонами підкупу, оскільки вона постає з характеру їх взаємин [20, с. 134]. В інших ситуаціях складу підкупу не буде, а такі побори службових осіб зі службово залежних осіб можна кваліфікувати залежно від інших умов як службові зловживання (за ст. 364 ККУ) чи як незаконне збагачення (за ст. 368-2 ККУ). З огляду на наведене доцільно статті про кримінальну відповідальність за підкуп (ст. ст. 354, 368–369 ККУ) та зловживання впливом (ст. 369-2 ККУ) доповнити вказівкою на те, що дії, які повинна виконати службова особа, мають бути визначені, тобто зрозумілі для сторін підкупу в момент вчинення злочину.

На підставі проведеного дослідження судової практики щодо застосування ст. 368-2 ККУ підтверджується теоретичний висновок професора В.І. Тютюгіна [46, с. 34], за яким незаконне збагачення суб'єкта в разі одержання ним неправомірної вигоди може здійснюватись двома способами: або шляхом її надходження до винного від іншої особи, тобто внаслідок надання останньою такої вигоди та її прийняття службовою особою, або за рахунок вчинення відповідних дій самою службовою особою без надання такої вигоди іншою особою.

Таким чином, норма про незаконне збагачення в її редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., виконуючи також функцію елемента основного рубежу протидії корупції, фак-

тично використовувалась як резервна підстава кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора (здебільшого щодо пасивного підкупу (ст. 368 ККУ)). Також привертає увагу те, що зазначена норма могла протиправно використовуватись із метою уникнення кримінальної відповідальності за пасивний підкуп у публічному секторі, що зумовлювалось слабкою розробкою на початкових етапах дії норми про незаконне збагачення ознак, які розмежовують її зі злочином, передбаченим ст. 368 ККУ.

У зв'язку з наведеним та з огляду на наявність у ст. 368-2 ККУ негативної ознаки складу цього злочину («за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу») з плином часу була вироблена судова практика щодо встановлення відсутності ознак пасивного підкупу в публічному секторі на користь застосуванням норми про незаконне збагачення, яка ґрунтувалась на результатах наукових досліджень ознак хабарництва (давання й одержання хабара) та обов'язковому для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, і для всіх судів України висновку Верховного Суду України, який був викладений у його постанові від 7 листопада 2013 р. в справі № 5-29кс13 (зазначений висновок також підтверджений у постанові Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. в справі № 5-5кс15).

Правові ситуації, у яких суди віддавали перевагу нормі про незаконне збагачення, а не статті, що встановлює відповідальність за підкуп у публічному секторі управління, можна згрупувати залежно від тієї конкретної ознаки, відсутність якої дала змогу застосувати ст. 368-2 ККУ. Так, судами України було визнано, що саме за нормою про незаконне збагачення (ст. 368-2 ККУ), а не за нормою про пасивний підкуп у публічному секторі (ст. 368 ККУ) мають оцінюватись діяння в таких правових ситуаціях:

1) коли надання-одержання неправомірної вигоди зумовлене можливим чи здійснюваним порушенням інтересів особи та не пов'язане з використанням службового становища, оскільки службова особа не мала можливості вчинити діяння по службі або вчинення такого діяння нормативно не передбачалось, при цьому винний не застосовував обман;

2) коли одержана неправомірна вигода є подарунком, оскільки вона надавалась уже після здійснення управлінського акту та без попередньої домовленості, тобто попередньо вчинені дії чи бездіяльність службової особи не зумовлювались наданням такої вигоди;

3) коли одержання неправомірної вигоди було здійснене за неправомірне сприяння шляхом надання послуг посередника чи консультанта, що стало можливим у зв'язку з володінням службовою особою знаннями чи інформацією, які вона отримала у зв'язку з виконанням службової діяльності, без виконання дій із використанням службового становища та без здійснення впливу на прийняття рішень особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

4) коли вигода була надана з метою підлабузництва, для встановлення «добрих» стосунків, «на всяк випадок», тобто не за конкретні службові діяння, оскільки дії, які повинна була виконати чи не виконати службова особа, були невизначені (незрозумілі для сторін підкупу в момент вчинення злочину).

При цьому варто звернути увагу на те, що до введення в дію в Україні норми про незаконне збагачення наведені вище правові ситуації кваліфікувались за ст. 368 ККУ (одержання хабара). З активацією норми про незаконне збагачення в Україні відпала необхідність застосовувати до зазначених правових ситуацій ст. 368 ККУ (при цьому таке застосування здійснювалось попри суттєві заперечення, вироблені наукою кримінального права), і в процесі реалізації ст. 368-2 ККУ в співвідношенні зі ст. 368 ККУ було визнано, що за описаних обставин відсутні ознаки одержання хабара (у подальшому, з 18 травня 2013 р., – прийняття пропозиції, обі-

цянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою).

Зазначене викриває існуючу до введення в дію норми про незаконне збагачення аналогію в застосуванні ст. 368 ККУ, оскільки використання ст. 368-2 ККУ до описаних вище ситуацій за залишення норми про пасивний підкуп у публічному секторі (ст. 368 ККУ) без змін означало встановлення того, що ознаки цього злочину відсутні. Такий висновок є важливим також у зв'язку з тим, що особи, які були засуджені за ст. 368 ККУ (одержання хабара) за обставин, що відповідають виявленим у цьому дослідженні й викладеним правовим ситуаціям, мають право на перегляд обвинувальних вироків в апеляційному чи касаційному порядку або Верховним Судом України з підстав, передбачених п. 1 чи п. 3 ч. 1 ст. 445 Кримінального процесуального кодексу України, результатом якого має стати закриття провадження в справі у зв'язку з відсутністю в їхніх діях складу кримінального правопорушення – одержання хабара (п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України).

За таких обставин виклад ст. 368-2 ККУ в новій редакції згідно із законами України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII і від 12 лютого 2015 р. № 198-VIII та, відповідно, суттєве переформатування ознак складу незаконного збагачення створює ситуацію фактичної декриміналізації з 26 січня 2015 р. виділених вище чотирьох груп суспільно небезпечних діянь. При цьому наведена законодавцем зміна редакції норми про незаконне збагачення, судячи з пояснювальних записок до відповідних законопроектів, не мала на меті виключити кримінальну відповідальність за означені діяння, а така декриміналізація є побічним, не прогнозованим законодавцем ефектом узгодження норми про незаконне збагачення в Україні з моделлю ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. У зв'язку з наведеним особи, засуджені за діяння, караність якого законом усунена (у цьому випадку – за діяння, які відповідають ознакам однієї з виділених вище чотирьох груп правових ситуацій), підлягають негайному звільненню від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74 ККУ).

Очевидно, що декриміналізація, про яку йдеться, не відповідає природі цього явища як процесу визнання на державному рівні втрати криміналізованим діянням суспільної небезпечності, відсутність необхідності подальшої боротьби з ним за допомогою ККУ та виключення норм, що передбачають відповідальність за його вчинення, із чинного закону про кримінальну відповідальність [62, с. 27]. Така невідповідність пов'язана насамперед із відсутністю саме визнання того, що виділені вище діяння втратили суспільну небезпечність, тому відпала необхідність подальшої боротьби з ними за допомогою ККУ. Привертає увагу також те, що виключення кримінальної відповідальності виділених чотирьох груп діянь не відповідає критеріям декриміналізації, які виділяються в науці кримінального права [45, с. 476–477]. Саме у зв'язку із цим таку декриміналізацію варто назвати фактичною *(de facto)*.

При цьому навіть якщо допустити ту незначну, як видається, вірогідність, що суди України у своїй практиці залишать за нормою про незаконне збагачення (у редакціях, що діють із 26 січня 2015 р.) функцію елемента основного рубежу протидії корупції та продовжать її використання як резервної підстави кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора, усе одно поза кримінально-правовою забороною залишаться діяння щодо одержання неправомірної вигоди в розмірі до 1 000 НМДГ службовими особами публічного сектора, якщо такі діяння не будуть містити ознаки інших корупційних злочинів, окрім того, що передбачений ст. 368-2 ККУ. За таких обставин особи, які були засуджені за незаконне збагачення в зазначених вище чотирьох правових ситуаціях, користуючись зворотною дією в часі закону про кримінальну відповідальність підлягають не-

гайному звільненню від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74 ККУ).

При цьому існування підстав для криміналізації виділених чотирьох груп діянь підтверджується багаторічною практикою їх кримінального переслідування. Крім того, у досліджуваній ситуації мова йде про фактичну декриміналізацію, яка є непрогнозованою й випадковою у зв'язку з безсистемністю дій законодавця, його прорахунками логіко-формального та внутрішньосистемного характеру, що в науці кримінального права визнається як один із шляхів, які можуть приводити до прогалин у кримінальному законі [21, с. 14–15; 64, с. 9].

Саме з урахуванням наведеного за встановленого вище стану кримінального закону без проведення декриміналізації та внаслідок безсистемних дій законодавця з'явились прогалини в ньому в частині дії норми про незаконне збагачення, що деформує механізм кримінально-правового впливу на корупційні злочини та руйнує системність цього інституту. За таких умов створюється підґрунтя для ухилення від кримінальної відповідальності за підкуп та інші суспільно небезпечні форми отримання неправомірної вигоди.

У цьому контексті привертає увагу думка Н.А. Савінової, згідно з якою наріжним каменем оцінок ефективності інформації в ККУ як джерела законодавчого регулювання захисту й примусу є не стільки зміст, обсяг і способи подання інформації, що вкладається в диспозицію та санкцію законодавцем, скільки обґрунтованість причин і розуміння цілей такого наповнення, а також наслідків, викликаних кримінально-правовими новелами в суспільстві [43, с. 136]. Описана ситуація, спричинена непродуманим та інтенсивним втручанням законодавця в матерію кримінального закону, демонструє й підтверджує те, що в разі нерозуміння законодавцем наслідків такого втручання постає висока ймовірність виникнення деформацій механізмів кримінально-правової протидії цілим групам злочинів. Наведене також демонструє важливість урахуванням постулатів теорії кримінальної законотворчості під час внесення змін до ККУ.

На підставі зазначеного можна зробити висновок про необхідність усунення описаної прогалини в кримінальному законі шляхом конструювання в ККУ статті, яка поряд із нормою про незаконне збагачення (ст. 368-2 ККУ) як елементом виключно завершального рубежу протидії корупції охоплювала б коло суспільно-небезпечних діянь, які не можуть бути кваліфіковані за статтями про інші корупційні злочини, пов'язані з отриманням неправомірної вигоди в розмірі 100 НМДГ та більше, для криміналізації яких існують необхідні підстави. Така стаття має виконувати функцію виключно елемента основного рубежу протидії корупції, передбачати резервну підставу кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора та застосовуватись також до виділених вище чотирьох груп правових ситуацій.

З урахуванням функції цієї статті її варто розмістити в Розділі XVII Особливої частини ККУ відразу після статей про корупційні злочини, які належать до основного рубежу протидії корупції в публічному секторі. Її зміст має бути викладений у такій редакції:

«Стаття 369-3. Одержання неправомірної вигоди

1. Одержання службовою особою неправомірної вигоди в значному розмірі за відсутності ознак іншого злочину, окрім незаконного збагачення, – карається <...>.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі, – карається <...>.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі, – карається <...>.

Примітка. Значним розміром неправомірної вигоди є такий, що перевищує суму в сто неоподаткову-

ваних мінімумів доходів громадян, великим розміром – що перевищує суму в двісті неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, особливо великим розміром – що перевищує суму в п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян».

Формулювання пропонованої статті «за відсутності ознак іншого злочину, окрім незаконного збагачення» покликане спрямувати її застосування виключно щодо діянь, що не містять ознак інших злочинів основного рубежу протидії корупції, а в разі розмежування цієї статті зі статтею про незаконне збагачення, яка є елементом завершального рубежу протидії корупції, перевага має надаватись запропонованій ст. 369-3 ККУ. Останнє положення ґрунтується на принципі, за яким правові інструменти кожного рубежу протидії корупції не можуть застосовуватись в ідеальній сукупності, а норми завершального рубежу включаються щодо конкретної життєвої ситуації лише в тому разі, коли норми попереднього не спрацьовують (не можуть бути застосовані). При цьому в статті про незаконне збагачення варто зазначити, що вона застосовується «за відсутності ознак іншого злочину».

У зв'язку з назвою пропонованого складу злочину «Одержання неправомірної вигоди» назви ст. ст. 368 та 369 ККУ необхідно змінити та привести їх у відповідність до суті цих злочинів, уніфікувавши підхід законодавця щодо назв статей про підкупи (ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4, 369 ККУ), за яким такі назви вказують на те, якого спеціального суб'єкта підкуповують. Так, у ст. 368 ККУ назву варто змінити на «Пасивний підкуп службової особи публічного сектора», а в ст. 369 ККУ – на «Активний підкуп службової особи публічного сектора».

Ключові слова: корупційні злочини, незаконне збагачення, підкуп, декриміналізація, подарунок.

Статтю присвячено вивченню норми про незаконне збагачення як елемента основного рубежу протидії корупції в Україні. У роботі встановлюється, які групи діянь, що раніше отримували кваліфікацію за ст. 368-2 Кримінального кодексу України, сьогодні фактично декриміналізовані. Описуються наслідки, які це спричинило для механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні. Пропонується рішення, яке усунуло б встановлену правову невизначеність і ризики, а також стабілізувало б групу норм Кримінального кодексу України, що покликані протидіяти корупції.

Статья посвящена изучению нормы о незаконном обогащении как элемента основного рубежа противодействия коррупции в Украине. В работе устанавливается, какие группы деяний, ранее получавших квалификацию по ст. 368-2 Уголовного кодекса Украины, сегодня фактически декриминализированы. Описываются последствия, которые это повлекло для механизма уголовно-правового противодействия коррупционным преступлениям в Украине. Предлагается решение, которое устранило бы установленную правовую неопределенность и риски, а также стабилизировало бы группу норм Уголовного кодекса Украины, которые призваны противодействовать коррупции.

The article is devoted to the study of the rule on illegal enrichment as an element of the main line of counteracting corruption in Ukraine. The work establishes which groups of acts previously qualified under art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, today they are actually decriminalized. The consequences that this entailed for the mechanism of criminal legal counteraction to corruption crimes in Ukraine are described. A solution is proposed that would eliminate the established legal uncertainty and risks, as well as stabilize the group of norms of the Criminal Code of Ukraine, which are designed to counteract corruption.

Література

1. Авраменко О.В. Незаконне збагачення: проблеми кримінально-правової кваліфікації / О.В. Авраменко, І.Б. Газдайка-Василишин // Протидія корупції: європейський досвід та українські реалії : тези міжнар. наук.-практ. конф. (20–21 квітня 2012 р.). – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 55–57.

2. Вирок Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 28 квітня 2012 р. в справі № 403/58/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24272319.

3. Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 3 вересня 2013 р. в справі № 2011/9706/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33248457.

4. Вирок Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 21 лютого 2014 р. в справі № 442/994/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/38243948.

5. Вирок Кам'янобрідського районного суду м. Луганська від 19 березня 2014 р. в справі № 436/3236/13к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/38337178.

6. Вирок Київського районного суду м. Полтави від 21 березня 2012 р. в справі № 1-574/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33879302.

7. Вирок Личаківського районного суду м. Львова від 28 жовтня 2013 р. в справі № 1/463/16/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/36388398.

8. Вирок Новозаводського районного суду м. Чернігова від 28 лютого 2013 р. в справі № 2515/13769/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/29722873.

9. Вирок Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 15 липня 2013 р. в справі № 1420/3328/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32578991.

10. Вирок Першотравневого районного суду Донецької області від 12 квітня 2012 р. в справі № 0539/513/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/22613796.

11. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 18 червня 2012 р. в справі № 1-755/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/24986527.

12. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 27 травня 2013 р. в справі № 1-166/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31417262.

13. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 27 червня 2013 р. в справі № 1-556/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/32105513.

14. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 3 червня 2013 р. в справі № 1522/14052/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/32188543.

15. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 13 червня 2014 р. в справі № 1522/4476/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39446702.

16. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 18 грудня 2013 р. в справі № 1/522/753/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/36201366.

17. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21 серпня 2012 р. в справі № 1915/11311/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/27277376.

18. Вирок Центрального районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 20 травня 2013 р. в справі № 122/9859/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/31312214.

19. Дудоров О.О. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О.О. Дудоров, Т.М. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 28–34.

20. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Б.В. Здравомыслов. – М. : Юридическая литература, 1975. – 168 с.

21. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / М.А. Кауфман ; Всероссийская гос. налоговая академия Министерства финансов РФ. – М., 2009. – 51 с.

22. Квициния А.К. Взяточничество и борьба с ним / А.К. Квициния. – Сухуми : Алашара, 1980. – 183 с.

23. Кириченко В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву / В.Ф. Кириченко. – М. : Изд-во АН СССР, 1959. – 184 с.

24. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.

25. Кирпичников А.И. Некоторые вопросы борьбы со взяточничеством / А.И. Кирпичников // Правоведение. – 1968. – № 3. – С. 79–85.

26. Коржанский Н.И. Квалификация следователем должностных преступлений : [учеб. пособие] / Н.И. Коржанский. – Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1986. – 72 с.

27. Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество / Н.П. Кучерявый. – М. : Госюриздат, 1957. – 187 с.

28. Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Д.Г. Михайленко ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2009. – 264 с.

29. Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Д.Г. Михайленко ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2009. – 264 с.

30. Михайленко Д.Г. Місце норми про незаконне збагачення у механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам / Д.Г. Михайленко // Молодий вчений. – 2015. – № 2(17). – С. 807–812. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2015/2/489.pdf.

31. Михайленко Д.Г. Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики / Д.Г. Михайленко // Новітні тенденції законотворчості у сфері кримінального права : матер. інтернет-конф. (м. Одеса, 20 квітня 2015 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/inter-conf_ugolpravo_20150420.doc.

32. Михайленко Д.Г. Функції норми про незаконне збагачення в Україні / Д.Г. Михайленко // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : зб. матер. III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 3 квітня 2015 р.) / МВС України ; Харківський нац. ун-т внутр. справ ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 125–129.

33. О судебной практике по делам о взяточничестве (по материалам обзора судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь за 2003 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.court.by/justice_RB/ik/obzor/2003/c4ee042d6fee1918.html.

34. О судебной практике по делам о взяточничестве : Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 июня 2003 г. № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravo.by/pdf/2003-77/2003-77(042-050).pdf.

35. О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2000 г. № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supcourt.ru.

36. О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 г. № 24 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supcourt.ru.

37. Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 7487 «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» (повторне друге читання; розгляд у Комітеті з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією 5 квітня 2011 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

38. Постанова Верховного Суду України від 7 листопада 2013 р. в справі № 5-29кс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua.

39. Постанова Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. в справі № 5-5кс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua.

40. Постанова Верховного Суду України від 14 листопада 2013 р. в справі № 5-30кс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua.

41. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/221-18.

42. Про засади запобігання і протидії корупції : проект Закону України від 17 грудня 2010 р. № 7487 [Електронний ресурс]. – Ре-

жим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

43. Савінова Н.А. Кримінально-правова комунікація у дискурсі ефективності кримінально-правового регулювання / Н.А. Савінова // Право України. – 2015. – № 9. – С. 136–141.

44. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов. – К. : Наукова думка, 1978. – 303 с.

45. Туляков В.О. Основания теории декриминализации / В.О. Туляков // Сучасний вимір держави та права : зб. наук. праць / за ред. В.І. Терентьєва, О.В. Козаченка. – Миколаїв : Іліон, 2008. – С. 476–477.

46. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : [навч.-практ. посібник] / [В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, С.В. Гізимчук] ; за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2014. – 232 с.

47. Ухала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 липня 2014 р. в справі № 5-1727км14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/40581538.

48. Ухвала Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 30 липня 2013 р. в справі № 122/9859/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/32806118.

49. Ухвала Апеляційного суду Чернігівської області від 25 квітня 2013 р. в справі № 2515/13769/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/31003831.

50. Ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 3 вересня 2013 р. в справі № 127/9537/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33698939.

51. Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 25 липня 2013 р. в справі № 11/774/1030/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/32705632.

52. Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 28 лютого 2013 р. в справі № 0539/513/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33263838.

53. Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 4 березня 2014 р. в справі № 1/463/16/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/37503522.

54. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 21 серпня 2012 р. в справі № 11/796/1656/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33885538.

55. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 2 жовтня 2013 р. в справі № 784/3935/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33890358.

56. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 5 грудня 2013 р. в справі № 11/796/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/35985266.

57. Ухвала Апеляційного суду Одеської області від 13 серпня 2013 р. в справі № 1522/14052/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/33066595.

58. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 8 квітня 2014 р. в справі № 544/673/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/38219369.

59. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 26 липня 2012 р. в справі № 11/1690/581/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/26939149.

60. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 р. в справі № 5-4776к12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27900300.

61. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 8 травня 2013 р. в справі № 127/9537/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/31095212.

62. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці / П.Л. Фріс // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 1. – С. 19–28.

63. Цитряк В.Я. Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В.Я. Цитряк ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2014. – 20 с.

64. Черепенникова Ю.С. Пробелы в особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации и способы их восполнения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Ю.С. Черепенникова ; Московская гос. юрид. академия им. О.Е. Кутафина. – М., 2010. – 26 с.

УДК 343.21(477)

Є. Вечерова,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права, докторант
Національного університету «Одеська юридична академія»

НОРМАТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Сучасний розвиток права, який протікає в складних соціальних умовах, дає змогу погодитись із думкою про те, що сьогодні існують проблеми у сфері традиційної юридичної ідеології та пов'язаної з нею юридичної реальності (юридичного бачення й розуміння подій, що відбуваються), які не повною мірою забезпечують потреби практики.

Одним із приватних випадків цієї проблематики є усталені підходи щодо тлумачення нормативності кримінального права, які базуються на юридичному позитивізмі.

На нашу думку, нормативність кримінального права не варто ототожнювати з його нормативним характером (сукупністю кримінально-правових норм). Нормативність – це властивість кримінального права, а нормативний характер – це його ознака (зовнішній прояв нормативності як властивості кримінального права). Норма кримінального права – основа його нормативності, структурними компонентами якої також є функції й принципи кримінального права.

Тому з огляду на іманентність нормативності кримінального права актуальним є питання більш ретельного дослідження такого важливого її структурного компонента, як функції кримінального права.

Аналіз останніх досліджень показує, що заявлена тема має комплексний характер. Окремі її аспекти фрагментарно вивчались на рівні теорії держави та права (наприклад, С.І. Вележевим, Я.В. Гайворонською, В.К. Горобцем, Л.І. Заморською, Е.Г. Ліпатовим, А.С. Палазяном, І.В. Патерило, І.А. Полонкою та іншими вченими), у кримінально-правовій площині (О.М. Коваленко, Є.Л. Стрельцовим, С.Ю. Тімохіним, В.Д. Філімоновим та іншими авторами).

З огляду на наведене метою статті є спроба розгляду функцій як структурного елемента нормативності кримінального права, що забезпечує його динаміку та дає змогу відповісти на запитання про те, навіщо нам кримінальне право.

У теорії держави й права функції права зазвичай визначаються як основні напрями правового впливу, які виражають роль права в упорядкуванні суспільних відносин [1, с. 109].

Нами не виявлено принципових розбіжностей між інтерпретацією функцій права та функцій кримінального права.

Так, О.І. Бойцов вважає: «Функції кримінального права характеризують ту роль, яку воно як соціальний інститут відіграє в задоволенні потреб суспільства, соціальних груп та індивідів, які його складають» [2, с. 48]. На переконання вченого, функції дають змогу віднайти відповіді на запитання про те, у чому соціальний зміст кримінального права, які завдання потрібно вирішити за допомогою цієї галузі, на досягнення яких результатів можуть (або повинні) бути орієнтовані застосовувані в його межах засоби впливу на поведінку людей [2, с. 48].

С.Ю. Тімохін функції кримінального права визначає як об'єктивні, відносно стійкі, специфічні властивості цієї галузі права як правового регулятора суспільних відносин, що зумовлені особливостями притаманних їй предмета й метода кримінально-правового регулю-

© Є. Вечерова, 2016

вання та такі, що забезпечують можливість вирішення завдань кримінального права [3, с. 9].

А.С. Оцяця під функцією кримінального права пропонує розуміти «основний напрям кримінального впливу на суспільні відносини» [4, с. 11]. На думку дослідника, цей напрям є своєрідною відповіддю на потреби суспільного розвитку, результатом законодавчої політики, що концентрує ці потреби та трансформує їх у позитивне право [4, с. 12].

О.М. Коваленко робить висновок про те, що функції кримінального права є сутнісною, об'єктивною характеристикою кримінального права, яка виражає здатність останнього до результативного впливу на суспільні відносини та поведінку людей. Вони визначають таку властивість цієї галузі, яка зберігається за нею постійно. Змінам підлягають лише їх кількість і зміст [5, с. 11].

До наведеного можемо лише додати, що за постійної константності функцій кримінального права як таких змінам підлягають не лише їх кількість і зміст, а й зміст кримінально-правових норм, види та розміри покарань тощо, тобто конкретні шляхи їх досягнення [6, с. 21].

Функції є внутрішнім потенціалом права, його енергією. Тобто функції права – це те, що робить його живим, приводить до дії, примушує працювати. Явище існує остільки, оскільки здійснює свої функції, функціонує [7, с. 79].

Соціальне управління – це процес, конститутивним елементом якого поряд з об'єктом здійснення, часовими й просторовими координатами завжди є напрям [8, с. 97].

На нашу думку, функції кримінального права, власне, виступають саме тим напрямом, що визначає вектор впливу останнього на соціальне життя, свідомість і поведінку людей.

Інакше кажучи, функції кримінального права – це структурний елемент нормативності кримінального права, який забезпечує його динаміку [9, с. 14–19].

Подібний хід думок актуалізує постановку принаймні двох принципово важливих запитань: що ж лежить в основі функцій права (кримінального права) та від чого залежить ефективність їх впливу на соціальне життя, свідомість і поведінку людей?

Щодо відповіді на перше запитання, на нашу думку, першоосновою права загалом і його функцій зокрема є аксіосфера права, тобто його ціннісний вимір (система цінностей, що є значущою для особи, суспільства й держави в певний час і в певному просторі та яку право віддзеркалює) [10, с. 86, 121].

Праву як різновиду нормативно-оціночного відображення світу властиве визначення належних форм (норм) поведінки з огляду на прийняті в суспільстві цінності, а отже, також оцінка конкретної поведінки як правомірної чи неправомірної вже з огляду на ці прийняті норми, які можуть зумовлюватись не лише безпосередньо (цінностями), а й опосередковано (наслідками негативної оцінки реальної ситуації та способом її виправлення; причому другий випадок більш характерний саме для кримінального права) [11, с. 17]. Тобто завдяки цінностям право реалізує свої основні соціальні функції [11, с. 7].

Щодо відповіді на запитання про те, від чого залежить ефективність впливу функцій на соціальне життя, свідомість і поведінку людей, варто погодитись із висловленою в літературі позицією про те, що ефективність функцій права багато в чому залежить від того, наскільки точно вони відображають і наскільки ефективно захищають існуючі в суспільстві цінності. Ефективність функцій права в ціннісному плані пов'язана також із тим, наскільки держава за допомогою їх реалізації встановлює правові межі якомога соціально комфортнішого, суспільно більш прийнятного варіанта існування індивіда в суспільстві та формує правову модель гармонійного поєднання державних, суспільних та особистих інтересів [12, с. 15].

Про ціннісну обґрунтованість права пише також К.В. Горобець: «Легітимність сучасного права – це питання його ціннісної обґрунтованості» [10, с. 57].

Подібну позицію займає І.В. Патерило, стверджуючи, що ціннісна природа права є необхідною умовою його ефективного функціонування [11, с. 7].

Як бачимо, цінності – важливі підвалини права [11, с. 7]. Вони виступають одночасно першоосновою функцій права та запорукою їх ефективності.

Навіть з етимологічної позиції терміни «функції» та «цінності» є дуже близькими за значенням.

Так, У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» зазначено, що функціональність – це практичність, корисність [13, с. 1335]. Це поняття є похідним від терміна «функціональний» (тобто пов'язаний із виконанням певної функції) [13, с. 1335]. У свою чергу функція (від лат. functio – виконання, здійснення) – це призначення, роль будь-чого [13, с. 1335].

Цінність – це важливість, значущість; явище, предмет, що має те чи інше значення, важливе або суттєве в якому-небудь значенні [14]. Цінності як позитивна чи негативна значущість об'єктів оточуючого світу для людини, групи, суспільства в цілому визначається не їх властивостями самими по собі, а втягненням у сферу людської життєдіяльності, інтересів і потреб, соціальних відносин; критерій та засоби оцінки цієї значущості відображаються в моральних принципах і нормах, ідеалах, установках, цілях [15, с. 1481].

Цінності безпосередньо пов'язані з людиною та віддзеркалюють зацікавлене ставлення людей до світу, що їх оточує.

У філософсько-правовому сенсі цінностями є об'єкти, явища, ідеї, суспільні процеси та їх властивості, до яких людина ставиться як до таких, що задовольняють її соціальні потреби, інтереси, бажання та які вона залучає до сфери своєї життєдіяльності. Цінності виступають невід'ємним складником культури суспільства та віддзеркалюються у свідомості людей [11, с. 9].

Цікаво, що цінності в правовій сфері самі по собі не є регулятивами, оскільки не встановлюють жодні правила, їх варто відносити до сфери правового впливу, а не правового регулювання [10, с. 180]. Цінності самі по собі не є також нормативними, оскільки не встановлюють межі дозволеного; проте вони актуалізуються в момент, коли ці межі порушуються внаслідок індивідуального акту дії, спрямованого на досягнення глибоко індивідуалізованої мети або як результат позбавлення, втрати [10, с. 180].

Що стосується взаємозв'язку нормативності й цінностей, то, на наше переконання, функції ніби виконують роль «впускного клапана», або «провідника», через який цінності потрапляють до сфери нормативності права (кримінального права), пронизуючи потім собою кожен із її структурних елементів та знаходячи остаточну фіксацію в нормативно-правових приписах.

Щодо цього О.М. Мороз слушно пише: «Право – це державно-нормативне закріплення цінностей, юридичний спосіб їх існування» [16, с. 6].

Отже, констатуючи взаємообумовленість нормативності та цінностей, варто зазначити, що, з одного боку, цінності віддзеркалюються (проявляються) у нормативності, а з іншого – саме цінності, несучи в собі елементи належності, надають нормативності загальнообов'язкового та загальнозначущого характеру.

Ціннісне сприйняття людьми об'єктів суспільного життя зумовлюється конкретно-історичними умовами розвитку людства, місцем особи, соціальних спільнот у системі певних економічних і соціально-політичних відносин, ступенем розвитку потреб та інтересів людей. За своєю природою й сутністю цінності становлять синтез об'єктивних і суб'єктивних, індивідуальних і соціально-класових, національно-етнічних і загальнолюдських засад. Вони слугують мірою, якою зрештою вимірюється людське життя [11, с. 10].

Інакше кажучи, цінності правової сфери – це досить рухлива, гнучка й адаптивна система [10, с. 59, 121], яка залежить від багатьох факторів (насамперед часових і просторових параметрів).

Необхідно розрізняти два основні типи цінностей правової сфери – цінності права (або цінності в праві) та власну цінність права, які, становлячи діалектичну єдність [11, с. 7], виражають сутнісний аспект аксіосфери права [10, с. 60].

Право – це елемент соціокультурної реальності [17, с. 225]. Воно є цінним, оскільки може внаслідок своїх змістовних і формальних властивостей задовольнити потреби, бути інструментом реалізації й погодження інтересів тощо. Цінність права є похідною від більш загальних людських цінностей. Право закріплює та охороняє численні цінності суспільного життя: свободу, справедливість, життя, здоров'я, гідність, матеріальний добробут, здорове довкілля, працю, сім'ю тощо. Ці цінності не лише становлять зміст і сутність права, а й слугують його метою, цілями окремих правових норм і правових інститутів [18, с. 159].

Можна погодитись із думкою про те, що існування в межах права цінностей інших сфер є показником його інтегральної природи як простору здійснення міжособистісних, міжнародних і міжцивілізаційних комунікацій. Тому твердження про те, що якщо в праві існують моральні цінності, то воно є моральним за своєю природою, так само безпідставне, як і твердження про те, що захист власності в межах права перетворює його на економічний феномен [10, с. 155].

Щодо власної цінності права варто мати на увазі, що право в цілому не має призначення, призначення мають лише окремі його елементи. Воно може бути зрозуміле як система, що виникає тільки для обслуговування соціальних завдань і не має самоцінності [19, с. 13].

У такому аспекті певний інтерес становить думка І.В. Патерило, яка під цінністю права пропонує розуміти «його позитивну значущість у задоволенні потреб учасників суспільного життя, яка формується як щодо кожної окремої людини чи означених соціальних спільнот, так і щодо суспільства в цілому» [11, с. 16]. Учений вважає: «Головна цінність права в громадянському суспільстві полягає в упорядкуванні свободи. Завдяки праву свобода перетворюється на конкретні юридичні права. Право при цьому виступає умовою й основою свободи, а свобода – метою права» [11, с. 16].

Доречно звернути увагу на вираження функцій права в каркасі діалектики форми й змісту [19, с. 23–24]. У застосуванні до нормативних систем категорії форми та змісту є центральною парою категорій, на основі яких може бути більш глибоко з'ясовано сутність функцій права (кримінального права).

Як зазначається в спеціалізованій літературі, змістом функцій права є, з одного боку, об'єктивна реальність, тобто існуюча сукупність суспільних відносин, умов життя людей, суспільних потреб та інтересів, а з іншого – система засобів здійснення та предмет дії права в певному напрямі й певним чином [19, с. 23–24]. На галузевому рівні в останньому випадку, на нашу думку, ідеться саме про врахування специфіки предмета й методу конкретної галузі права.

Форма здійснення функцій права – це способи (шляхи) правового впливу на свідомість і волю конкретної людини з метою впорядкування (введення в законне русло) її поведінки [20, с. 8].

Виокремлюють інформаційну, виховну та комунікативну форми здійснення функцій права. Вони відповідають основним етапам процесу реалізації функцій права, характеризуючи глибину (ступінь) та інтенсивність впливу права на індивіда [20, с. 8].

Інформаційна форма як початковий етап реалізації функцій права являє собою вплив певної соціальної інформації (державно-вольової природи) на свідомість і волю людини з метою підго-

товки її до діяльності в правовій сфері [20, с. 8].

Виховна форма реалізації функцій права характеризує такий спосіб впливу, який полягає в упровадженні у свідомість людини суми правових знань, установок, переконань, ціннісних уявлень, що сприяють виробленню мотивації поведінки [20, с. 8].

Комунікативна форма здійснення функцій права характеризує здатність права бути засобом спілкування, зв'язку між членами суспільства. Цінність права як комунікативного засобу полягає в його спрямованості на формування правових відносин, що передбачають наявність взаємних збалансованих прав та обов'язків учасників [20, с. 8].

На наше переконання, усе, що стосується властивостей функцій права та їх розгляду крізь призму форми й змісту, повною мірою стосується також функцій кримінального права як різновиду останніх.

Щодо конкретного переліку функцій кримінального права в літературі представлена ціла «палітра» різнохарактерних думок науковців.

У контексті нашого дослідження особливий інтерес становить підхід, згідно з яким усі функції кримінального права пропонується поділяти на явні (відомі) та приховані (латентні) [2, с. 50–51].

Основна ідея такого поділу зводиться до того, що реалізація деяких функцій кримінального права забезпечується вирішенням поставлених перед галуззю завдань, спрямованих на очікувані наслідки. Однак кримінальне право, реалізуючи ці завдання, водночас здійснює й інші функції, притаманні йому безвідносно до того, усвідомлюються вони суб'єктами, які формулюють його завдання, або залишаються за межами їх розуміння [2, с. 50–51].

Особливостями явних функцій кримінального права є те, що вони, по-перше, здійснюються виключно в межах кримінально-правового регулювання, а не кримінально-правового впливу; по-друге, вони можуть піддаватись впливу суб'єктивних факторів, оскільки є законодавчо встановленими [5, с. 13]. Явні функції кримінального права, що співвідносяться з намірами його творців, знаходять вираження в кримінальному законі у вигляді сформульованих у ньому завдань. Вирішуються такі завдання чи ні – це вже інше питання. Однак безсумнівним є те, що всі доцільні заходи кримінально-репресивної якості, починаючи з конструювання кримінального закону, вживаються для вирішення відомих завдань [2, с. 50–51].

Наприклад, у ст. 1 Кримінального кодексу України мова йде про такі його завдання, як «правове забезпечення охорони прав і свобод людини й громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру й безпеки людства, а також запобігання злочинам».

Отже, завданнями кримінального права можна вважати його явні (формалізовані в кримінальному законі) функції, які відображають розуміння законодавцем утилітарно-практичного призначення кримінального права [2, с. 50–51].

Подібної позиції щодо розуміння завдань кримінального права дотримується С.Ю. Тімохін, на думку якого завдання кримінального права – це «імперативи, які формулює та явним чином задає у вигляді норм кримінального закону законодавець, виходячи з того, що слідування цим імперативам забезпечує досягнення цілей кримінального права» [3, с. 9–10].

Якщо ж виходити з того, що кримінальному праву притаманні також латентні функції (тобто ті, які не вказані в кримінальному законодавстві як його завдання та, відповідно, здійснюються в межах того сегменту кримінально-правового впливу, що перебуває поза межами кримінально-правового регулювання), які зумовлюють його існування як такого, то варто спробувати їх виявити.

Так, В.Д. Філімонов наділяє кримінальне право лише однією охоронною функцією, підрозділяючи її на дві складові частини: функцію попередження злочинів і їх суспільно-небезпечних наслідків (попереджувальна функція) та функцію відновлення порядку суспільних відносин, порушених вчиненням злочину (відновлювальна функція, або функція відновлення соціальної справедливості) [21, с. 16, 60].

А.С. Оцяця, загалом погоджуючись із тим, що основною функцією кримінального права є охорона найважливіших суспільних відносин від посягань на них, яка включає в себе попереджувальну й каральну дію, до інших функцій кримінального права відносить регулятивну, відновлювальну та виховну [4, с. 10].

О.М. Коваленко [5, с. 8], В.І. Антипов [22, с. 4] та С.Ю. Тімохін [3, с. 9] пишуть про охоронну, регулятивну, попереджувальну та виховну функції кримінального права, які, на їхню думку, у сукупності й покликані гарантувати суспільну безпеку.

Н.О. Лопашенко вважає, що кримінальному праву притаманні попереджувально-охоронна та регулятивна функції [23, с. 78].

О.І. Чучаєв стверджує, що поряд з охоронною й попереджувальною існує також виховна функція кримінального права [24, с. 8].

В.В. Мальцев виділяє охоронну, регулятивну функції та функцію забезпечення справедливості в кримінальному праві [25, с. 394].

Найбільш розгорнутий характер має позиція О.І. Бойцова, який виокремлює сім основних функцій кримінального права: превентивну, регулятивну, правовідновлювальну, ціннісно-орієнтаційну, соціально-інтегративну, системно-правову та функцію забезпечення легітимності державної влади [2, с. 52–53].

На нашу думку, під час визначення конкретного переліку функцій кримінального права необхідно відштовхуватись насамперед від специфіки його предмета.

Загальновідомо, що головним предметом обслуговування кримінального права є злочинність як феномен, що руйнує громадянське суспільство.

Тому покладання на кримінальне право загальнодержавних або більш спеціальних завдань, які взагалі не можна виконати, буде зумовлювати не лише правові, а й інші, причому навіть більш значні наслідки [6, с. 21], сприятиме такому негативному явищу, як дисфункціональність кримінального права, коли воно існує, проте не виконує свої функції та перешкоджає їх виконанню (приносить шкоду) [6, с. 10, 25–27].

Кримінальне право – лише частина права на безпеку, яке не може бути забезпечене жодними іншими засобами, крім кримінального закону. Інакше воно втрачає власну ідентичність, перетворюється на всеосяжне мегаправо, що навряд чи виправдано [27, с. 25].

Інакше кажучи, кримінальне право – не панацея від усіх бід, а «ultima ratio» (останній аргумент). І очікувати від нього більше того, ніж воно може дати, не варто.

В.М. Коган слушно зазначає, що серед засобів державного впливу на суспільні відносини кримінальне право посідає таке ж місце, як серед засобів лікування посідає ніж хірурга. Водночас автор констатує, що поки існує кримінальне право, воно існує тому, що суспільство не в змозі забезпечити бажану для нього поведінку людей тільки засобами моралі чи засобами інших галузей права [28, с. 141, 43].

Про те, що до функцій кримінального права потрібно підходити максимально прагматично та не ідеалізувати їх, зазначає також Є.Л. Стрельцов, на думку якого головне завдання кримінального права полягає в створенні якісної правової бази регламентації боротьби зі злочинністю [6, с. 21].

З огляду на викладене вважаємо за доцільне виділяти в кримінальному праві чотири базові функції: охоронну, регулятивну, превентивну та правовідновлювальну. Виховання, на нашу дум-

ку, – це не окрема функція кримінального права, а радше форма реалізації інших основних функцій кримінального права (охорони, регулювання, превенції та правовідновлення).

Таким чином, підбиваючи загальні підсумки проведеного в статті дослідження, можемо резюмувати:

1) функції кримінального права – це структурний елемент нормативності кримінального права, який забезпечує його динаміку та допомагає знайти відповідь на запитання про те, навіщо нам кримінальне право. Вони являють собою основні напрями (вектори) впливу кримінального права на соціальне життя, свідомість і поведінку людей та визначають таку властивість цієї галузі, яка зберігається за нею постійно (є константною). Змінам підлягають лише їх кількість, зміст і конкретні шляхи досягнення;

2) першоосновою функцій кримінального права та водночас запорукою їх ефективності виступає аксіосфера кримінального права (система цінностей, яка є значущою для особи, суспільства й держави в певний час і в певному просторі та яку кримінальне право віддзеркалює) та власна цінність кримінального права (його інструментальна утилітарність із позиції задоволення потреб особи, суспільства й держави);

3) змістом функцій кримінального права є, з одного боку, об'єктивна реальність, тобто існуюча сукупність суспільних відносин, умов життя людей, суспільних потреб та інтересів, а з іншого – предмет і метод кримінального права;

4) форми здійснення функцій кримінального права – це способи (шляхи) кримінально-правового впливу на свідомість і волю конкретної людини з метою впорядкування (введення в законне русло) її поведінки. Існують три форми здійснення функцій кримінального права: інформаційна, виховна та комунікативна;

5) під час визначення конкретного переліку функцій кримінального права відштовхуватись потрібно насамперед від специфіки його предмета. Покладання на кримінальне право вирішення тих питань, які явно не входять до сфери його компетенції, є однією з причин такого негативного явища, як дисфункціональність кримінального права.

Ключові слова: нормативність кримінального права, функції кримінального права, завдання кримінального права, динаміка кримінального права, аксіосфера кримінального права.

У статті розглядаються функції як структурний елемент нормативності кримінального права, що забезпечує його динаміку та допомагає відповісти на запитання про те, навіщо потрібне кримінальне право. Стверджується, що вони визначають таку властивість цієї галузі, яка зберігається за нею постійно (є константною). Змінам підлягають лише їх кількість, зміст і конкретні шляхи досягнення. Доводиться, що першоосновою функцій кримінального права та водночас запорукою їх ефективності виступає аксіосфера кримінального права. Аргументується, що під час визначення конкретного переліку функцій кримінального права відштовхуватись потрібно насамперед від специфіки його предмета. Покладання на кримінальне право вирішення тих питань, які явно не входять до сфери його компетенції, є однією з причин такого негативного явища, як дисфункціональність кримінального права.

В статье рассматриваются функции как структурный элемент нормативности уголовного права, который обеспечивает его динамику и помогает ответить на вопрос о том, зачем нужно уголовное право. Утверждается, что они определяют такое свойство этой отрасли, которое сохраняется за ней постоянно (является константным). Изменениям подлежат только их количество, содержание и конкрет-

ные пути достижения. Доказывается, что первоосновой функций уголовного права и одновременно залогом их эффективности выступает аксиосфера уголовного права. Аргументируется, что при определении конкретного перечня функций уголовного права отталкиваться необходимо прежде всего от специфики его предмета. Возложение на уголовное право решения тех вопросов, которые явно не входят в сферу его компетенции, является одной из причин такого негативного явления, как дисфункциональность уголовного права.

The article deals with the function as a structural element of normative criminal law, which provides its dynamics and helps answer the question of why do we need criminal law. It is alleged that they define a property of this industry, which remains her constant (a constant). Changes should only be the number, content and specific ways to achieve it. It is proved that a fundamental principle of criminal law functions at the same time guarantee their effectiveness appears axiosphere criminal law. It is argued that in determining the specific list of criminal law functions must first be repelled on the specifics of its subject matter. Laying on criminal law solutions of the issues that are not explicitly included in the scope of its competence, it is one of the reasons for such negative phenomena as dysfunctional criminal law.

Література

1. Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах : [учеб.-метод. пособие] / А.В. Малько. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2002. – 300 с.

2. Уголовное право России. Общая часть : [учебник] / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб. : Издательский дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2006. – 1064 с.

3. Тимохин С.Ю. Функции, задачи и цели уголовного права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / С.Ю. Тимохин ; Дальневосточный гос. ун-т. – Владивосток, 2002. – 204 с.

4. Оцяця А.С. Охоронна функція кримінального права України: концептуальні основи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / А.С. Оцяця ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2014. – 19 с.

5. Коваленко О.Н. Задачи и функциональные возможности уголовного права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / О.Н. Коваленко ; Самарский гос. ун-т. – Самара, 2012. – 20 с.

6. Стрельцов Є.Л. Діалектика кримінального права / Є.Л. Стрельцов // Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані : [монографія] / за ред. О.В. Козаченка, Є.Л. Стрельцова. – Миколаїв : Іліон, 2016. – С. 7–22.

7. Абрамов А.И. Понятие функции права / А.И. Абрамов // Журнал российского права. – 2006. – № 2. – С. 71–83.

8. Сорокин П.А. Социальная и культурная динамика / П.А. Сорокин ; пер. с англ., вст. статья и коммент. В.В. Сапова. – М. : Астрель, 2006. – 1176 с.

9. Вечерова Є.М. Функції і принципи як категорії, що опосередковують динаміку та статику кримінального закону / Є.М. Вечерова // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2014. – Вип. 1. – Т. 3. – С. 14–19.

10. Горобец К.В. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс : [монография] / К.В. Горобец. – О. : Феникс, 2013. – 218 с.

11. Патерило І.В. Право як ціннісна категорія : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень» / І.В. Патерило ; Київський ун-т права НАН України. – К., 2006. – 22 с.

12. Алмазова З.Л. Социальные и ценностные основы регулятивной функции права в современной России : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / З.Л. Алмазова ; Кубанский гос. ун-т. – Краснодар, 2016. – 31 с.

13. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с.

14. Ценность [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tolkslovar.ru/ts416.html.

15. Советский энциклопедический словарь / науч.-ред. совет : А.М. Прохоров и др. ; гл. ред. С.М. Ковалев. – М. : Советская энциклопедия, 1980. – 1600 с.

16. Мороз Е.Н. Правовая норма как ценность : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Е.Н. Мороз ; Южно-Уральский гос. ун-т. – Челябинск, 2013. – 28 с.

17. Заморська Л.І. Правова нормативність та її інституціоналізація в Україні : [монографія] / Л.І. Заморська. – О. : Фенікс, 2013. – 304 с.

18. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / М.В. Цвік ; за ред. М.В. Цвіка та О.В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 572 с.

19. Палазян А.С. Функциональная характеристика права : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / А.С. Палазян ; Московский ун-т МВД России. – М., 2009. – 47 с.

20. Константинова А.В. Формы осуществления функций права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / А.В. Константинова ; Южно-Уральский гос. ун-т. – Челябинск, 2014. – 28 с.

21. Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права / В.Д. Филимонов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 198 с.

22. Уголовное право Украины. Общая часть : [учебник] / [Ю.В. Александров, В.И. Антипов, Н.В. Володько и др.] ; под ред. В.А. Клименко, Н.И. Мельника. – К. : Атіка, 2002. – 448 с.

23. Лопашенко Н.А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н.А. Лопашенко. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 339 с.

24. Уголовное право России. Общая часть : [учебник] / под ред. А.И. Рарога. – М. : Ин-т междунар. права и экономики им. А.С. Грибоедова, 1998. – 320 с.

25. Мальцев В.В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности / В.В. Мальцев. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 694 с.

26. Оцяця А.С. Охоронна функція кримінального права України: концептуальні основи : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / А.С. Оцяця ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2014. – 201 с.

27. Генрих Н.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Н.В. Генрих ; Академия права и управл. ФСИН. – Рязань, 2011. – 62 с.

28. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия / В.М. Коган. – М. : Наука, 1983. – 182 с.

КОМПЛЕКСНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

УДК 343.13

І. Гловюк,
доктор юридичних наук, доцент,
в.о. завідувача кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УЧАСТІ АДВОКАТА В СУДОВО-КОНТРОЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ: ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ ТА ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОРЕАЛІЗАЦІЇ

В умовах зміни ідеології кримінального провадження внаслідок набуття чинності Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. (далі – КПКУ) на перший план виходить питання забезпечення ефективності досудового провадження. З теоретичної точки зору питання ефективності досудового провадження необхідно розглядати в широкому аспекті з таких позицій:

– крім цільового підходу визначення ефективності (ефективною є діяльність, під час якої були досягнуті попередньо заплановані результати (мета) [1, с. 109]), має застосовуватись також виділений у доктрині підхід до розуміння ефективності як рівня збалансованості інтересів [2, с. 200], що зумовлено необхідністю дотримання балансу публічних і приватних інтересів у ході кримінального провадження;

– досудове розслідування як стадія кримінального провадження включає в себе не лише правозастосовну, а й іншу правореалізаційну діяльність;

– досудове розслідування є складною багатофункціональною системою, елементи якої мають різні цілі, що, відповідно, дає змогу оцінювати ефективність досудового провадження як із позицій досягнення завдань окремої кримінально-процесуальної функції в ході досудового розслідування (а протилежність завдань основних кримінально-процесуальних функцій є очевидною через реалізацію кримінального провадження на основі змагальності), так і з позицій завдань досудового розслідування в комплексі, що постають із загальних завдань кримінального провадження та полягають у захисті особи, суспільства й держави від кримінальних правопорушень, в охороні прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також у забезпеченні швидкого, повного й неупередженого розслідування, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу та щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

У контексті останнього варто звернути увагу на те, що важливе значення для того, що жодна особа не має піддаватись необґрунтованому процесуальному примусу та що до кожного

© І. Гловюк, 2016

учасника кримінального провадження повинна застосовуватись належна правова процедура, має такий критерій ефективності кримінального переслідування, як пропорційність. Останнє положення, на нашу думку, може бути виділене як критерій ефективності, оскільки, по-перше, ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – ЄКПЛ) передбачає втручання в права, лише якщо це втручання є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення легітимної мети: в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням або злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) вказує, що будь-яке втручання в право особи на повагу до її приватного й сімейного життя становитиме порушення ст. 8 ЄКПЛ, якщо воно не здійснювалось «згідно із законом», не переслідувало легітимну ціль чи цілі відповідно до п. 2 та було «необхідним у демократичному суспільстві» в тому сенсі, що воно було пропорційним цілям, які мали бути досягнуті [3]; натомість кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ (ч. 5 ст. 9 КПКУ). По-друге, з огляду на те, що кримінальне переслідування реалізується за допомогою кримінально-процесуальних засобів не лише пізнавального, а й забезпечувального характеру, що включає в себе також застосування заходів забезпечення кримінального провадження, під час вирішення питання про ініціювання обрання конкретного заходу мають бути враховані положення ч. 3 ст. 132 КПКУ (потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання в права й свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора), ст. 5 ЄКПЛ та практика суду, зокрема, позиція ЄСПЛ, згідно з якою тримання під вартою відповідно до пп. «с» п. 1 ст. 5 ЄКПЛ має задовольняти вимогу пропорційності. Наприклад, у п. п. 29–32 рішення в справі «Амбрушкевич проти Польщі» (Ambruszkiewicz v. Poland) від 4 травня 2006 р. (заява № 38797/03) ЄСПЛ розглядав питання, чи було взяття заявника під варту конче необхідним для забезпечення його присутності в суді та чи могли інші, менш суворі заходи бути достатніми для досягнення цієї цілі [4]. Відповідно, ці положення повинні враховуватись під час проведення кримінально-процесуальних дій та прийняття кримінально-процесуальних рішень у ході кримінального переслідування, а також під час реалізації повноважень слідчого судді.

Стадія досудового розслідування характеризується найбільш істотними засобами обмеження конституційних та процесуальних прав і свобод особи в кримінальному провадженні, у зв'язку із чим законодавець розширив сферу судового контролю на цій стадії, передбачивши спеціально уповноваженого на це суб'єкта – слідчого суддю. Обсяг і характер питань, що вирішуються слідчим суддею в досудовому розслідуванні, їх важливість для учасників кримінального провадження дає змогу ставити питання про необхідність участі адвоката в їх вирішенні.

Питання представництва під час здійснення судового контролю в досудовому розслідуванні практично не піддаються спеціальним дослідженням, а розглядаються в межах більш загальних питань представництва в кримінальному провадженні та здійснення судового контролю в досудовому розслідуванні, у тому числі під час застосування запобіжних заходів. Зокрема, із цієї проблематики можна назвати праці таких авторів, як М. Бойкова, Ю. Бубир, І. Вань, Б. Ващук, О. Винокуров, А. Вишневський, Є. Дояр, О. Дроздов, В. Завтур, Я. Зейкан, Т. Ільєва, Т. Корчева, Д. Крикливець, К. Легких, К. Лисенкова, М. Макаров, О. Малахова, Р. Мартиновський, М. Ольховська, А. Питомець, В. Пожар, Д. Пономаренко, Т. Сівак, О. Старенький, Н. Стьопіна, О. Яновська та інші.

Однак низка питань щодо участі адвоката в різних кримінально-процесуальних статусах у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні залишились невирішеними в КПКУ, що висуває питання про можливість забезпечення особі кваліфікованої правничої допомоги під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження, оскарження дій чи бездіяльності, рішень слідчого, прокурора тощо. Тому метою статті є виявлення недоліків кримінально-процесуальної регламентації участі адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні та формулювання науково обґрунтованих пропозицій щодо їх усунення.

Варто звернути увагу на те, що КПКУ неуніфіковано регламентує участь представника, захисника у вирішенні певних питань слідчим суддею (більш детально про випадки участі адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні йдеться в іншому нашому дослідженні [5]), оскільки в деяких випадках (наприклад, у ст. ст. 151, 156, 172, 193, 290, 303 КПКУ) вказуються, крім особи, її представник, захисник, а в інших – ні. Такі неузгодженості у формулюванні суб'єктного складу осіб, які мають право ініціювати реалізацію повноважень слідчого судді або брати участь у їх вирішенні, викликають питання про те, що це: юридико-технічний недолік кримінального процесуального законодавства або свідоме рішення законодавця щодо обмеження можливості здійснення представництва під час реалізації повноважень слідчим суддею.

Так, особа, на яку було накладено грошове стягнення та яка не була присутня під час розгляду цього питання слідчим суддею, має право подати клопотання про скасування ухвали про накладення на неї грошового стягнення (ч. 1 ст. 147 КПКУ). Грошове стягнення може бути накладене на підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, цивільного відповідача, поручителя, батьків, опікунів і піклувальників неповнолітнього, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Питання про можливість/неможливість забезпечення представництва виникає в разі накладення грошового стягнення на свідка, потерпілого, цивільного відповідача, поручителя, батьків, опікунів і піклувальників неповнолітнього, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, оскільки КПКУ вказує лише на саму особу, на яку було накладено грошове стягнення та яка не була присутня під час розгляду цього питання слідчим суддею, як на суб'єкта подання клопотання про скасування ухвали про накладення на неї грошового стягнення, не згадуючи про можливість представництва цієї особи; це стосується також участі в судовому розгляді слідчим суддею відповідного клопотання.

Істотною прогалиною КПКУ є також те, що представництво заявника взагалі не згадується, хоча реальна необхідність у ньому існує, на що вже вказувалось у літературі [6, с. 214–215]. Зауважимо, що на практиці це призводить до того, що в деяких ухвалах слідчих суддів у контексті представництва заявника – фізичної особи констатується, що скаргу подала особа, яка не має права подавати скаргу [7–10]; ст. 60 КПКУ або будь-якими іншими нормами чинного кримінально-процесуального законодавства не передбачене право заявника мати представника та можливість представництва інтересів заявника в кримінальному провадженні, а отже, скарги повертаються особі, яка їх подала [11–12]. Проте з інших ухвал постає, що скарги, заяви представників заявників розглядаються [13–15], за ними відкриваються провадження [16–17]. Такий стан практики свідчить про відсутність правової визначеності в регламентації представництва заявника, що суперечить засаді верховенства права.

Не регламентоване також питання про представництво володільця майна, щодо якого розглядається клопотан-

ня про тимчасовий доступ до речей і документів, адже в ч. 4 ст. 163 КПКУ передбачається лише участь у розгляді клопотання саме особи, у володінні якої перебувають речі й документи, а про можливість участі її захисника, представника не згадується.

Не вирішено також питання про представництво володільця тимчасово вилученого майна (крім підозрюваного) у ст. 303 КПКУ в контексті оскарження неповернення тимчасово вилученого майна, на яке має право, якщо буквально тлумачити ст. 303 КПКУ, саме володілець тимчасово вилученого майна, а не його представник. Наприклад, в ухвалі слідчого судді зазначено, що 25 лютого 2013 р. адвокат ОСОБА_1 в інтересах приватного підприємства «Чайка» звернувся до суду зі скаргою щодо бездіяльності слідчого відділу прокуратури Харківської області, що полягає в неповерненні тимчасово вилученого майна згідно з вимогами ст. 169 КПКУ, а також у нездійсненні інших процесуальних дій. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 303 КПКУ на досудовому провадженні бездіяльність слідчого може бути оскаржена заявником, потерпілим, його представником чи законним представником, підозрюваним, його захисником або законним представником, володільцем тимчасово вилученого майна. Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 304 КПКУ скарга повертається, якщо скаргу подала особа, яка не має права подавати скаргу. Оскільки скарга подана адвокатом ОСОБА_1, тоді як володільцем тимчасово вилученого майна є приватне підприємство «Чайка», суддя дійшов висновку про повернення скарги з підстав подання її особою, яка не має права подавати скаргу [18].

Зауважимо, що в Узагальненні Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування» вказано, що результат аналізу судової практики свідчить про те, що неоднаково та не завжди обґрунтовано вирішується питання участі представника власника тимчасово вилученого майна в справах цієї категорії. Так, в одних випадках слідчі судді повертають скарги на бездіяльність слідчого, подані захисником в інтересах скаржника, оскільки захисник не є володільцем тимчасово вилученого майна. Так, ухвалою слідчого судді Ленінського районного суду міста Кіровограда від 29 жовтня 2015 р. скаргу адвоката К. в інтересах Ч. на бездіяльність слідчого, що полягає в неповерненні тимчасово вилученого майна, разом з усіма доданими до неї документами повернуто скаржнику К., оскільки скаргу на бездіяльність слідчого, що полягає в неповерненні тимчасово вилученого майна, подано не володільцем тимчасово вилученого майна, а його представником. В інших випадках слідчі судді обґрунтовано розглядають такі скарги на бездіяльність слідчого по суті, оскільки правовідносини, які виникають у зв'язку з такими скаргами, не виключають представництво. Так, ухвалою Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 30 листопада 2015 р. скаргу адвоката Р., який діє в інтересах ОСОБА_3, на бездіяльність начальника та слідчих щодо неповернення тимчасово вилученого майна в межах кримінального провадження № 32013050670000002 задоволено, оскільки слідчим органом не були надані докази на підтвердження того, що вилучені під час обшуку грошові кошти визнані речовими доказами [19]. Тобто на рівні узагальнення судової практики Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ позитивно вирішено питання про можливість представництва власника тимчасово вилученого майна (хоча, на наше переконання, мова має йти не лише про власника, а й про володільця тимчасово вилученого майна, оскільки саме він зазначений у ст. 303 КПКУ як суб'єкт оскарження), проте цього замало для уніфікації судової практики з окресленої проблеми.

Нечітко регламентована в контексті ст. 303 КПКУ також можливість представництва фізичної особи, якій відмовлено у визнанні потерпілим. Відповідно, у деяких ухвалах слідчих суддів вказується:

– відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 303 КПКУ правом на оскарження рішень прокурора, слідчого про відмову у визнанні потерпілим наділена безпосередньо особа, якій відмовлено у визнанні потерпілим, а тому в задоволенні скарги необхідно відмовити [20];

– на відміну від оскарження інших рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора на підставі п. п. 1–4, 7, 8 ч. 1 ст. 303 КПКУ, коли законом передбачене оскарження відповідних рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора певною особою (заявником, потерпілим, підозрюваним тощо) чи представником цієї особи, у разі оскарження постанови про відмову у визнанні потерпілим таке рішення прокурора або слідчого може оскаржити лише особа, якій відмовлено у визнанні потерпілою, а звернення зі скаргою представника цієї особи не передбачається. Це не виключає участь представника особи в розгляді такої скарги, однак звернення зі скаргою на рішення прокурора, слідчого про відмову у визнанні потерпілим є процесуальним правом, реалізація якого здійснюється безпосередньо особою, якій відмовлено у визнанні потерпілою, і не може бути доручене представнику [21];

– оскільки скаргу подано представником особи, якій відмовлено у визнанні потерпілим, то доходимо висновку, що провадження за скаргою відкрито помилково, а тому необхідно відмовити в задоволенні скарги як такої, що подана неналежною особою [22].

Водночас трапляються також випадки розгляду скарги адвоката – представника особи, якій відмовлено у визнанні потерпілим [23; 24]. При цьому адвокати-представники беруть участь у розгляді таких скарг [25; 26; 27]. Це також свідчить про відсутність правової визначеності в регламентації представництва особи, якій відмовлено у визнанні потерпілим, що суперечить засаді верховенства права.

Стаття 166 КПКУ містить важливу гарантію для особи, якій не надано фактичний доступ до речей і документів. Так, у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей і документів на підставі ухвали, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно з положеннями КПКУ з метою відшукання та вилучення зазначених речей і документів. Стосовно сторони захисту виникає питання, чи має вона право брати участь у розгляді клопотання про обшук, адже формулювання «згідно з положеннями цього Кодексу» відсилає до ч. 4 ст. 234 КПКУ, яка у свою чергу передбачає, що клопотання про обшук розглядається в суді в день його надходження за участю слідчого або прокурора. Однак якщо клопотання подане стороною захисту, доцільність участі в розгляді клопотання слідчого або прокурора дуже сумнівна, а доцільність участі сторони захисту, навпаки, необхідна.

Побіжно зазначимо, що відповідно до ч. 2 ст. 167 КПКУ в разі, якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення слідчому, прокурору або органу Національної поліції України за місцем проведення цих дій. Проведення обшуку здійснюється за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями КПКУ. Однак після ненадання тимчасового доступу володілець речей і документів, не зацікавлений у їх наданні, може їх сховати, знищити чи спотворити, адже для звернення до слідчого судді чи суду з клопотанням та для його розгляду необхідний певний час. Тому пропонуємо внести зміни до п. 8 ст. 164 КПКУ, передбачивши вказання в ухвалі, що в разі ненадання тимчасового доступу дозволяється проведення

обшуку, виконання якого доручається слідчому, прокурору або органу Національної поліції України за місцем проведення цих дій. За такої норми сторона захисту зможе залучати співробітників органу Національної поліції України для виконання ухвали слідчого судді, суду без звернення з клопотанням про обшук. У перспективі також варто розглянути можливість практичного впровадження пропозиції О. Старенького щодо того, що такі обшуки мають проводити не слідчий і не прокурор як представники сторони обвинувачення, оскільки сторона обвинувачення буде певною мірою ознайомлена з намірами захисника та його доказовою базою, відповідно, така ситуація не лише призводить до порушення засади змагальності кримінального провадження, а й до можливості розкриття адвокатської таємниці [28, с. 202].

Тому пропонуємо п. 8 ст. 164 КПКУ викласти в такій редакції: «8) вказівку на те, що під час невиконання ухвали слідчого судді, суду слідчий, прокурор проводять обшук, а сторона захисту залучає співробітників органу Національної поліції для його проведення, про що повідомляє слідчого». Крім того, ст. 164 КПКУ необхідно доповнити п. 9 такого змісту: «9) вказівку органу Національної поліції за місцем проведення цих дій, якому доручено забезпечення проведення обшуку під час невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів». Статтю 166 КПКУ пропонуємо виключити.

Участь у розгляді клопотань щодо речових доказів, передбачених п. п. 2, 4 та абз. 7 ч. 6 ст. 100 КПКУ, передбачається, як уже згадувалось, для захисника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 172); представника цивільного позивача (оскільки представник користується процесуальними правами цивільного позивача, інтереси якого він представляє); представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт (з огляду на формулювання «іншого власника майна» та те, що представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, користується процесуальними правами третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інтереси якої він представляє). Проте питання про представництво інших осіб, на майно яких накладено арешт із метою збереження речових доказів, у ч. 7 ст. 100 КПКУ н регламентується.

Певні зауваження виникають також під час аналізу ч. 10 ст. 290 КПКУ щодо встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження. У разі зволікання під час ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу й складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів. Клопотання розглядається слідчим суддею місцевого суду, у межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, не пізніше 5 днів із дня його надходження до суду з повідомленням сторін кримінального провадження. Тобто, незважаючи на те, що відповідний строк може бути встановлений не лише для сторін, а й для потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, на слідчого суддю не покладено обов'язок їх повідомлення, що викликає питання в контексті можливості застосування цієї кримінально-процесуальної санкції без відома й за відсутності зацікавлених осіб; як наслідок, питання про їх юридичне договірне представництво в цьому разі залишається відкритим. Відповідно, у контексті ч. 10 ст. 290 КПКУ варто передбачити насамперед необхідність повідомлення не тільки сторін, а й потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється

провадження, про розгляд клопотання, оскільки діюча нормативна регламентація цього питання суперечить ч. 3 ст. 21 КПКУ щодо того, що «кожен має право на участь у розгляді в суді будь-якої інстанції справи, що стосується його прав та обов'язків, у порядку, передбаченому цим Кодексом», оскільки такий порядок у КПКУ не врегульовано.

Більше того, як слушно зазначає О. Торбас, ч. 10 ст. 290 КПКУ не передбачає будь-яке обмеження часу для цивільного позивача, цивільного відповідача або їхніх представників. Хоча часто трапляються випадки, коли саме цивільний відповідач зацікавлений у затягуванні досудового розслідування. Тому вважаємо за доцільне розширити перелік суб'єктів, поданий у ч. 10 ст. 290 КПКУ, додавши до переліку осіб, які можуть бути обмежені під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, цивільного позивача, його представника чи законного представника, цивільного відповідача та його представника [29, с. 106], що також актуалізує питання про їх представництво.

Усі наведені недоліки не враховують, зокрема, правову позицію Конституційного Суду України, викладену в Рішенні у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). Зокрема, у цьому рішенні вказано:

– «Реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права»;

– «Правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом і формами та може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми й суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати»;

– «Право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі й формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права» [30].

Це вимагає формулювання більш загальних норм щодо правничої допомоги в галузевому законодавстві, у тому числі й кримінальному процесуальному.

Вирішення наведених питань представництва осіб у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні можливе шляхом узгодження деяких положень КПКУ з оновленими положеннями Конституції України щодо професійної правничої допомоги. Зокрема, ст. 59 Конституції України закріплює, що кожен має право на професійну правничу допомогу. Натомість ст. 20 КПКУ як засаду кримінального провадження формально передбачає забезпечення права на захист, що, з одного боку, жодним чином не тотожне праву на правничу допомогу, а з іншого – з огляду на положення ч. 4 ст. 20 КПКУ («Участь у кримінальному провадженні захисника підозрюваного, обвинуваченого, представника потерпілого, представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, не звужує процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, третьої особи, щодо майна якого вирішується питання про арешт») ця засада потенційно має більш широке змістове наповнення, ніж вказано в назві статті. О. Кучинська справедливо пропонує та обґрунтовує нову назву принципу – «принцип забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу», а також необхідність включення до його змісту положення, відповідно до якого кожна особа незалежно від процесуального статусу в кримінальному провадженні має право вільно, без неправомірних обмежень отримувати кваліфіковану правову допомогу у формах, передбачених кримінальним процесуальним законом, і в обсязі, необхідному для захисту її прав і законних інтересів [31, с. 5].

Однак вважаємо за доцільне надати певні пропозиції щодо уточнення назви відповідної засади. Оскільки професійна правнича допомога може бути надана різним учасникам кримінального провадження та в різних формах, доцільно закріпити назву засади як «забезпечення права на професійну правничу допомогу», що дасть змогу охопити абсолютно всі випадки задоволення потреб фізичної та юридичної особи в кваліфікованій правовій допомозі в кримінальному провадженні, у тому числі в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні, а також врахувати зміни до Конституції України. Відповідно, пропонуємо викласти ст. 20 КПКУ в такій редакції:

«Стаття 20. Забезпечення права на професійну правничу допомогу

1. Учасники кримінального провадження, а також особи, які беруть участь у провадженні процесуальних дій у кримінальному провадженні, мають право на професійну правничу допомогу у формах, які не заборонені чинним кримінальним процесуальним законодавством.

2. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити особі її право на професійну правничу допомогу та забезпечити право на професійну правничу допомогу з боку обраного нею або призначеного адвоката. Особливості надання професійної правничої допомоги в провадженні окремих процесуальних дій можуть бути регламентовані цим Кодексом.

3. Підозрюваний, обвинувачений (підсудний), виправданий, засуджений, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалось питання про їх застосування, має право на захист, що полягає в наданні можливості надати усні чи письмові пояснення з приводу підозри або обвинувачення, право збирати й подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватись професійною правничою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом.

4. У випадках, передбачених цим Кодексом та/або законом, що регулює надання безоплатної правничої допомоги, правнича допомога надається безоплатно за рахунок держави».

Ключові слова: адвокат, слідчий суддя, пропорційність, представництво, забезпечення права на професійну правничу допомогу.

Статтю присвячено дослідженню участі адвоката в судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні. Зазначено, що Кримінальний процесуальний кодекс України неуніфіковано регламентує участь представника, захисника під час вирішення певних питань слідчим суддею. Зокрема, це стосується представництва особи, на яку було накладено грошове стягнення, представництва заявника, представництва володільця майна, щодо якого розглядається клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, представництва володільця тимчасово вилученого майна (крім підозрюваного), представництва фізичної особи, якій відмовлено у визнанні потерпілим, представництва під час розгляду слідчим суддею клопотання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами. Для вдосконалення представництва осіб у судово-контрольних провадженнях у досудовому розслідуванні запропоновано нову редакцію ст. 20 Кримінального процесуального кодексу України під назвою «Забезпечення права на професійну правничу допомогу» з урахуванням змін до Конституції України.

Статья посвящена исследованию участия адвоката в судебно-контрольных производствах в досудебном расследовании. Отмечено, что Уголовный процессуальный кодекс Украины неунифицированно регламентирует участие представителя, защитника при решении определенных вопросов

следственным судьей. В частности, это касается представительства лица, на которое было наложено денежное взыскание, представительства заявителя, представительства владельца имущества, в отношении которого рассматривается ходатайство о временном доступе к вещам и документам, представительства владельца временно изъятого имущества (кроме подозреваемого), представительства физического лица, которому отказано в признании потерпевшим, представительства при рассмотрении следственным судьей ходатайства об установлении срока для ознакомления с материалами. Для совершенствования представительства лиц в судебно-контрольных производствах в досудебном расследовании предложена новая редакция ст. 20 Уголовного процессуального кодекса Украины под названием «Обеспечение права на профессиональную юридическую помощь» с учетом изменений в Конституцию Украины.

The article investigates the lawyer's participation in the judicial and control plants in the pre-trial investigation. It is noted that the Criminal Procedure Code of Ukraine regulates the non-unified representative participation, the defense in dealing with certain issues by the investigating judge. In particular, it refers to the person the representation to which was imposed a monetary penalty, the applicant's representative, representative of the property owner, in respect of which considered an application for temporary access to the things and documents, representative of the owner to temporarily seized property (other than a suspect), representative of a natural person who It refused to recognize the victims of representation when considering a request by the investigating judge on the term to review the materials. To improve representation of persons in judicial-control industries in the pre-trial investigation of proposed new wording of Art. 20 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, entitled "Ensuring the right to professional legal assistance" with regard to amendments to the Constitution of Ukraine.

Література

1. Лоскутов Т. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим : [монографія] / Т. Лоскутов ; за ред. Л. Лобойко. – Дніпропетровськ : Ліра, 2011. – 164 с.

2. Глинська Н. Поняття та сутність ефективності кримінально-процесуальної діяльності / Н. Глинська // Питання боротьби зі злочинністю. – 2008. – Вип. 16. – С. 187–205.

3. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Фельдман проти України» від 12 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/en/974_787.

4. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Хайредінов проти України» від 14 жовтня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_665.

5. Гловюк І. Адвокат як учасник судово-контрольних проваджень у досудовому розслідуванні / І. Гловюк // Адвокатура: минуле та сучасність : матер. VI Міжнар. наук.-практ. інтернет-конф. (м. Одеса, 12 листопада 2016 р.) / за заг. ред. Г. Ульянової. – О. : Фенікс, 2016. – С. 7–11. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://fa.onua.edu.ua/ua/science/sbornik2016/.

6. Крикливець Д. Щодо розширення суб'єктних меж судового захисту під час досудового розслідування / Д. Крикливець // Адвокатура: минуле та сучасність : матер. V Міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 14 листопада 2015 р.) / уклад. : І. Гловюк, О. Малахова, Л. Чекмарьова ; відп. за вип. М. Стоянов. – О. : Юридична література, 2015. – С. 213–216.

7. Ухвала слідчого судді Сихівського районного суду міста Львова від 17 жовтня 2016 р. (справа № 464/7637/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62113157.

8. Ухвала слідчого судді Рівненського міського суду від 15 квітня 2014 р. (справа № 569/5525/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53615730.

9. Ухвала слідчого судді Ленінського районного суду міста Кіровограда від 21

січня 2016 р. (справа № 405/411/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55491862.

10. Ухвала слідчого судді Сватівського районного суду Луганської області від 13 жовтня 2016 р. (справа № 426/12315/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62243324.

11. Ухвала слідчого судді Обухівського районного суду Київської області від 12 квітня 2013 р. (справа № 372/1708/13-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30612945.

12. Ухвала слідчого судді Обухівського районного суду Київської області від 9 квітня 2013 р. (справа № 372/1583/13-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30526344.

13. Ухвала слідчого судді Луцького міськрайонного суду Волинської області від 5 червня 2014 р. (справа № 161/8277/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47647399.

14. Ухвала Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 4 вересня 2015 р. (справа № 541/1740/15-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49626898.

15. Ухвала слідчого судді Монастириського районного суду Тернопільської області від 13 жовтня 2016 р. (справа № 603/587/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62016204.

16. Ухвала слідчого судді Краматорського міського суду Донецької області від 20 жовтня 2016 р. (справа № 234/15807/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62206632.

17. Ухвала слідчого судді Веселинівського районного суду Миколаївської області від 6 липня 2016 р. (справа № 472/590/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58817397.

18. Ухвала слідчого судді Червонозаводського районного суду міста Харкова від 26 лютого 2013 р. (справа №646/1664/13-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29593313.

19. Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/uploads/tinymce/files//B0.doc.

20. Ухвала слідчого судді Чигиринського районного суду Черкаської області від 15 березня 2016 р. (справа № 708/293/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/56461447.

21. Ухвала слідчого судді Залізничного районного суду міста Львова від 7 вересня 2016 р. (справа № 462/3170/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/58178559.

22. Ухвала слідчого судді Святошинського районного суду міста Києва від 9 грудня 2014 р. (справа № 1-кс/759/3741/14) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/49022037.

23. Ухвала Солом'янського районного суду міста Києва від 10 березня 2016 р. (справа № 1-кс/760/1691/16) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/61941029.

24. Ухвала слідчого судді Шосткинського міськрайонного суду Сумської області від 29 липня 2013 р. (справа № 589/4323/13-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/54417018.

25. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду міста Києва від 23 травня 2014 р. (справа № 757/10935/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/54947095.

26. Ухвала слідчого судді Суворовського районного суду міста Херсона від 4 вересня 2015 р. (справа № 668/10065/15-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/50278105.

27. Ухвала Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 15 березня 2016 р. (справа № 201/3405/16-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/56488846.

28. Starenkyi O. Obtaining of evidence by defender in pre-trial investigation applying

temporary access to objects and documents / O. Starenkiy // Evropsky politicny a pravni diskurz. – Vol. 3. – Issue 1. – P. 199–203.

29. Торбас О. Форми закінчення досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України : [монографія] / О. Торбас. – О. : Юридична література, 2015. – 168 с.

30. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09.

31. Кучинська О. Роль принципів кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. Кучинська ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2013. – 37 с.

УДК 343.132.1

Ю. Аленін,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
професор кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

О. Торбас,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПІДСТАВИ ОГЛЯДУ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Згідно зі ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування та судового розгляду, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності відповідно до своєї вини, а жоден невинуватий не був обвинувачений чи засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу та щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. З огляду на значний обсяг владних повноважень, якими володіють уповноважені особи органів досудового розслідування, найбільш повно значення завдань кримінального провадження проявляється під час проведення процесуальних дій, які значною мірою обмежують права й свободи людини. Саме тому суб'єкти владних повноважень під час здійснення досудового розслідування повинні неухильно дотримуватись вимог кримінального процесуального законодавства, що є основною гарантією забезпечення прав учасників кримінального провадження. Проте така вимога виконується далеко не завжди. Це може бути пов'язано або з нечіткістю формулювань законодавчих конструкцій, або з умисним порушенням вимог чинного КПК України працівниками органів досудового розслідування. Інколи ці підстави можуть траплятись одночасно. Яскравим прикладом є процесуальні порушення, які виникають під час проведення огляду транспортного засобу.

Огляд як слідча (розшукова) дія проводиться уповноваженими особами досить часто (майже в будь-якому кримінальному провадженні). Це пояснюється можливістю слідчого або прокурора безпосередньо дослідити речі, документи, приміщення тощо, які мають значення для кримінального провадження та зберегли на/в собі сліди, які в подальшому можуть бути предметом окремого дослідження. Досить часто огляд як слідча (розшукова) дія має проводитись невідкладно, адже будь-яке затягування з його проведенням може бути причиною втрати доказів, які в подальшому не можна буде відтворити. Саме тому, наприклад, у ч. 3 ст. 214 КПК України окремо зазначено, що огляд місця події в невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру

© Ю. Аленін, О. Торбас, 2016

досудових розслідувань. Водночас, незважаючи на широке застосування цієї слідчої дії, єдине розуміння огляду серед науковців і практиків відсутнє.

Згідно із ч. 1 ст. 223 КПК України слідчі (розшукові) дії – це дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Таким чином, огляд, будучи різновидом слідчих (розшукових) дій, також спрямований на збирання (або перевірку) доказів. На жаль, чинний КПК України не надає єдине й чітке тлумачення цієї слідчої дії. У ст. 237 «Огляд» КПК України вказується лише мета огляду – виявлення та фіксація відомостей щодо обставин вчиненого кримінального правопорушення. У цьому разі можна помітити певне дублювання положення ст. 233 КПК України, де також вказується мета слідчих (розшукових) дій, проте з нього неможливо зрозуміти саму суть аналізованого поняття. Очевидно, у чинному КПК України відсутнє визначення огляду як слідчої дії лише тому, що законодавець вважає наявність самого слова «огляд» достатнім для розуміння цього поняття. Однак, на нашу думку, з огляду на багатогранність цієї слідчої (розшукової) дії одного лише інтуїтивного розуміння її недостатньо.

У «Новому тлумачному словнику української мови» вказано, що огляд – це дія, яка полягає в уважному розгляданні кого-, чого-небудь з усіх боків, обдивлянні, послідовному розгляданні з метою обстеження, ознайомлення із чимось, у виявленні чого-небудь, оцінюванні чого-небудь у сукупності з певної позиції [1, с. 433]. А.В. Захарко скоротив таке визначення до «що бачу, те й пишу (і фіксую на технічний засіб)» [2, с. 397]. В.І. Цимбалюк пропонує таке визначення огляду: слідча (розшукова) дія, у ході якої виявляють, безпосередньо сприймають, оцінюють і фіксують стан, властивості й ознаки матеріальних об'єктів із метою отримання фактичних даних, що мають значення для встановлення істини в кримінальній справі [3, с. 144]. В.П. Колмаков під слідчим оглядом розуміє процесуальну дію слідчого, у якій він за участю вказаних у законі осіб виявляє, безпосередньо сприймає, досліджує, оцінює та фіксує стан, властивості й ознаки матеріальних об'єктів, пов'язаних із подією, що розслідується, з метою виявлення фактичних даних (доказів) і з'ясування обставин, які мають значення для встановлення істини в справі [4, с. 18].

Інші автори тлумачать термін «огляд» як слідчу дію, що полягає в безпосередньому сприйнятті та процесуальному фіксуванні зовнішніх ознак матеріальних об'єктів із метою виявлення й фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення [5, с. 397]; передбачену законом слідчу (розшукову) дію, суть якої полягає в безпосередньому сприйнятті, виявленні, вивченні й фіксації слідчим, прокурором станів, властивостей та ознак матеріальних об'єктів, які, можливо, пов'язані з вчиненням чи приховуванням кримінального правопорушення [6, с. 489]. За всього різноманіття поглядів науковців на визначення цього терміна можна помітити спільні риси в усіх дефініціях:

– огляд проводиться безпосередньо;

– огляд проводиться лише уповноваженими на те особами (слідчим або прокурором);

– огляд полягає в безпосередньому дослідженні (вивченні, спостереженні) предмета огляду;

– предметом огляду може бути виключно об'єкт матеріального світу;

– результати огляду фіксуються в спосіб, передбачений чинним кримінальним процесуальним законодавством, – у протоколі.

Вказані ознаки є загальними та відповідають будь-якому різновиду огляду. Водночас самих різновидів огляду в КПК України чимало, і кожен із них має свої процедурні й тактичні особливості, яких необхідно чітко дотримуватись. І чим більше будуть обмежені права людини під час проведення огляду, тим більше вимог до проведення та-

кої слідчої (розшукової) дії висувається законодавцем. Особлива увага приділяється огляду житла й іншого володіння особи.

Риса, яка якісно відрізняє КПК України 2012 р. від Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р., – це наявність більш-менш чіткого визначення житла та іншого володіння особи. Так, у ч. 2 ст. 233 КПК України вказано, що під житлом особи розуміється будь-яке приміщення незалежно від його призначення та правового статусу, яке перебуває в постійному чи тимчасовому володінні особи, пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також усі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом. Відповідно, під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які перебувають у володінні особи. Таким чином, ст. 233 КПК України чітко визначила транспортний засіб як інше володіння особи, а тому будь-які вимоги, які висуваються до проведення огляду житла, висуваються також до проведення огляду транспортного засобу. Це стосується насамперед обов'язку отримати ухвалу слідчого судді для проведення такого огляду.

Справді, у ст. 233 КПК України чітко зазначено, що ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи (транспортного засобу) з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім невідкладних випадків (рятування життя людей чи майна, безпосереднього переслідування особи). Після проникнення до транспортного засобу за наявності невідкладних випадків прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутись із клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Із цього правила немає винятків, адже відповідно до ч. 2 ст. 237 КПК України огляд транспортного засобу здійснюється згідно з правилами, передбаченими для обшуку житла, а обшук житла завжди вимагає наявність ухвали слідчого судді. Водночас в оману може ввести положення ч. 1 ст. 233 КПК України, де зазначено, що проникнення до житла може відбуватись або на підставі ухвали слідчого судді, або за добровільною згодою особи, яка володіє майном. Це дає змогу деяким слідчим проводити огляд авто без ухвали слідчого судді, отримавши лише добровільну згоду власника [7; 8]. Аналогічної позиції дотримується А.В. Захарко [2, с. 400].

З одного боку, це дозволяється ч. 1 ст. 233 КПК України. З іншої боку, огляд транспортного засобу проводиться за правилами обшуку житла (ч. 2 ст. 237 КПК України), а для обшуку житла завжди потрібна ухвала слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК України). Навіть Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) плутається в розмежуванні цих положень, що можна спостерігати на прикладі позиції ВССУ щодо огляду житла (яке в цьому разі прирівнюється до транспортного засобу). Так, у Листі ВССУ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» зазначено, що до переліку процесуальних дій, які проводяться на підставі ухвали слідчого судді, включається огляд житла чи іншого володіння особи за відсутності добровільної згоди особи, яка ним володіє [9]. З іншого боку, в ухвалі ВССУ від 21 жовтня 2015 р. вказано: «Посилання прокурора на можливість проведення огляду за згодою власника житла згідно з положеннями ч. 1 ст. 233 КПК України є безпідставним, оскільки ця норма закону не регламентує проведення огляду житла, а вста-

новлює винятки із загального правила (недоторканість житла чи іншого володіння особи) – можливість проникнення до житла тільки на підставі ухвали слідчого судді чи за добровільною згодою особи, яка ним володіє, або в невідкладних випадках, зазначених в ч. 3 ст. 233 КПК України» [10].

У такому разі варто погодитись із позицією ВССУ, яка міститься в ухвалі, адже в ч. 1 ст. 233 КПК України за добровільною згодою особи можна лише проникнути до іншого володіння особи, а не проводити певні слідчі (розшукові) дії, результати яких у подальшому будуть використовуватись під час доказування. Тобто навіть за наявності добровільної згоди власника транспортного засобу слідчий після проведення огляду за погодженням із прокурором має звернутись до слідчого судді з відповідним клопотанням. Саме така практика найкраще забезпечує права учасників кримінального провадження [11; 12].

Також на практиці виникають питання щодо визначення обсягу огляду транспортного засобу, а саме як первинної чи похідної слідчої (розшукової) дії. Це пов'язано з тим, що авто може бути одночасно як окремими об'єктом огляду, так і лише одним із предметів дослідження під час проведення іншого виду огляду (наприклад, огляду місця події, на якому знаходиться транспортний засіб). Згідно із ч. 5 ст. 237 КПК України під час проведення огляду уповноваженій особі дозволяється вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження. Очевидно, що такими речами також може бути визнаний транспортний засіб, який як речовий доказ підлягає вилученню. Постає питання: чи можна в такому разі провести огляд авто без ухвали слідчого судді, адже транспортний засіб став речовим доказом? Ми вважаємо, що не можна. Те, що авто стало речовим доказом, не означає, що воно перестало бути транспортним засобом, а отже, продовжують діяти положення ст. ст. 233 і 237 КПК України. Ми категорично не згодні з позицією слідчого судді, що з автомобілем, який було вилучено як речовий доказ, «слідчий має право проводити будь-які слідчі дії без погодження з власником або судом» [13].

Іншою проблемою, яка виникає в слідчих органів досудового розслідування під час звернення з клопотанням про проведення огляду транспортного засобу, є розмежування слідчих (розшукових) дій і заходів забезпечення кримінального провадження. Дуже часто слідчі за необхідності проведення огляду транспортного засобу подають клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів [14; 15; 16]. Ми вважаємо цю практику такою, що не відповідає вимогам чинного КПК України. Так, згідно із ч. 1 ст. 159 КПК України тимчасовий доступ до речей і документів полягає в наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої перебувають такі речі й документи, можливості ознайомитись із ними, зробити їхні копії та вилучити їх (здійснити їх виїмку). Як зазначено в ч. 3 ст. 132 КПК України, заходи забезпечення застосовують лише в тих випадках, коли уповноважена особа, окрім іншого, доведе, що може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор, звертаються з клопотанням. Отже, метою тимчасового доступу до речей не може бути збирання доказів. Докази збираються в межах проведення слідчих (розшукових) дій. Порядок проникнення до транспортного засобу з метою його огляду регулюється ст. ст. 233 та 237 КПК України, а тимчасовий доступ до речей – це лише захід забезпечення проведення огляду, тому він не може підміняти собою окрему слідчу (розшукову) дію. Відповідно, для проведення огляду транспортного засобу, результатом якого буде протокол, який у подальшому буде визнано допустим доказом, слідчий зобов'язаний звернутись до слідчого судді з клопотанням про проведення огляду.

Крім того, існують інші дії, які наближені до огляду транспортного засобу, проте не є ними. Наприклад, згідно зі

ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» уповноважений працівник може провести як один із превентивних поліцейських заходів поверхневу перевірку, у тому числі поверхневу перевірку транспортного засобу. Така поверхнева перевірка може бути проведена в тому разі, якщо існує достатньо підстав вважати, що в транспортному засобі перебуває правопорушник або особа, свобода якої обмежується в незаконний спосіб; якщо існує достатньо підстав вважати, що в транспортному засобі перебуває річ, обіг якої заборонений чи обмежений або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб; якщо існує достатньо підстав вважати, що транспортний засіб є знаряддям вчинення правопорушення та/або перебуває в тому місці, де може бути скоєно кримінальне правопорушення, для запобігання якого необхідно провести поверхневу перевірку.

Поверхнева перевірка речі чи транспортного засобу здійснюється шляхом візуального огляду речі та/або транспортного засобу або візуального огляду салону й багажника транспортного засобу. Поліцейський під час здійснення поверхневої перевірки має право вимагати відкрити кришку багажника та/або двері салону. За виявлення в ході поверхневої перевірки будь-яких слідів правопорушення поліцейський забезпечує їх схоронність та огляд відповідно до вимог ст. 237 КПК України.

Отже, поверхнева перевірка не є аналогом огляду, адже за результатами поверхневої перевірки не можуть бути отримані докази. Проте поверхнева перевірка може стати підставою для проведення огляду транспортного засобу, який має відбуватись за правилами, передбаченими КПК України. У такому разі проблема полягає в тому, що сама по собі поверхнева перевірка жодним чином не фіксується, і процедура її проведення майже ніяк не врегульована відповідним законодавством. З огляду на те, що результати поверхневої перевірки можуть бути підставою для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, вважаємо за доцільне більш детально прописати процедуру її проведення (наприклад, випадки та порядок залучення понятих, складання протоколу тощо) у Законі України «Про Національну поліцію».

Таким чином, чинний КПК України передбачив достатньо складну процедуру отримання дозволу на проведення огляду транспортного засобу. Проте далеко не всі норми КПК України, які врегульовують цю процедуру, викладені належним чином, що сприяє подвійному тлумаченню відповідних положень і, як наслідок, порушенню прав учасників кримінального провадження. Саме тому КПК України вимагає змін, які стосуються порядку проведення огляду іншого володіння особи, зокрема й транспортного засобу.

Ключові слова: огляд транспортного засобу, житло та інше володіння особи, ухвала слідчого судді.

Статтю присвячено аналізу процедури отримання дозволу на проведення огляду транспортного засобу. Звернено увагу на процесуальні порушення, які допускаються під час санкціонування огляду транспортного засобу, наведено приклади таких порушень та підкреслено необхідність дотримання всіх встановлених процедур під час проведення огляду транспортного засобу. Так, наприклад, розглянуто проблематику розмежування огляду транспортного засобу як слідчої (розшукової) дії та як заходу забезпечення кримінального провадження. Оскільки метою огляду транспортного засобу є отримання доказів, практика отримання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей виглядає сумнівною. Зроблено висновок, що для проведення огляду транспортного засобу, результатом якого буде протокол, який у подальшому буде визнано допустим доказом, слідчий зобов'язаний звернутись до слідчого судді саме з клопотанням про проведення огляду.

Статья посвящена анализу процедуры получения разрешения на проведение осмотра транспортного средства. Обращено внимание на процессуальные нарушения, которые допускаются во время санкционирования осмотра транспортного средства, приведены примеры таких нарушений и подчеркнута необходимость соблюдения всех установленных процедур при проведении осмотра транспортного средства. Так, например, рассмотрена проблематика разграничения осмотра транспортного средства как следственного (розыскного) действия и в качестве меры обеспечения уголовного производства. Поскольку целью осмотра транспортного средства является получение доказательств, практика получения определения следственного судьи о временном доступе к вещам выглядит сомнительной. Сделан вывод, что для проведения осмотра транспортного средства, результатом которого будет протокол, который в дальнейшем будет признан допустимым доказательством, следователь обязан обратиться к следственному судье именно с ходатайством о проведении осмотра.

This article analyzes the procedures for obtaining permission to conduct inspection of the vehicle. Attention is paid to the procedural violations that are allowed during the authorization of vehicle inspection, are examples of such violations and stressed the need for compliance with all established procedures for the inspection of the vehicle. For example, consider the problems of delimitation of the vehicle as an investigative inspection (investigative) action and as a measure to ensure that the criminal proceedings. Since the purpose of vehicle inspection is to obtain evidence, the practice of obtaining determination of the investigating judge of the temporary access to the things looks doubtful. It is concluded that for the vehicle inspection, which will result in a protocol, which will later be recognized as admissible evidence, the investigator must apply to the investigating judge is an application for the inspection.

Література

1. Новий тлумачний словник української мови : в 3 т. / уклад. : В.В. Яременко, О.М. Сліпушко. – 2-ге вид., випр. – К. : Аконіт, 2008–2008. – Т. 2. – 2008. – 926 с.

2. Захарко А.В. Підстави проведення слідчим ОВС у кримінальному процесі огляду транспортного засобу, що перебуває у володінні особи / А.В. Захарко // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 395–405.

3. Цимбалюк В.І. Процесуальний порядок огляду місця події / В.І. Цимбалюк // Юридичний вісник. Серія «Кримінальне право і кримінологія». – 2014. – № 4(33). – С. 144–147.

4. Колмаков В.П. Следственный осмотр / В.П. Колмаков. – М. : Юридическая литература, 1969. – 196 с.

5. Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц] ; за ред. В.Я. Тація. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

6. Ківалов С.В. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. – Х. : Одіссей, 2013. – 1104 с.

7. Вирок Путильського районного суду Чернівецької області від 17 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40488341.

8. Вирок Малиновського районного суду міста Одеси від 25 листопада 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53959969.

9. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13.

10. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних

і кримінальних справ від 21 жовтня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52346192.

11. Ухвала слідчого судді Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 15 листопада 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62759165.

12. Ухвала слідчого судді Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 4 травня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57495947.

13. Ухвала слідчого судді Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 26 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62238438.

14. Ухвала слідчого судді Октябрьського районного суду міста Полтави від 7 жовтня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52419722.

15. Ухвала слідчого судді Старокостянтинівського районного суду Хмельницької області від 27 серпня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52559493.

16. Ухвала слідчого судді Великобагачанського районного суду Полтавської області від 2 квітня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56874339.

УДК 343.131

В. Волошина,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ ЯК ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Право на свободу й особисту недоторканність є одним із найважливіших громадянських прав людини, закріплених у Конституції України. Стаття 29 Конституції України встановлює конкретні підстави обмеження цього права – виключно за рішенням суду та тільки на підставах і в порядку, встановлених законом. Водночас це право найчастіше стає об'єктом порушень, що спричинено насамперед колізіями, які існують у чинному кримінальному процесуальному законодавстві.

Забезпечення права на особисту недоторканність у кримінальному провадженні є засадою, що закріплена як у міжнародних актах із прав людини, так і в національному законодавстві. Цей основний правовий принцип знайшов відображення в ст. 9 Загальної декларації прав людини, прийнятій 10 грудня 1948 р., у ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Метою статті є визначення сутності та особливостей дотримання й обмеження права на свободу та особисту недоторканність під час досудового розслідування, а саме під час проведення слідчих (розшукових) дій і застосування заходів забезпечення кримінального провадження на основі чинного законодавства й узагальнення практики його реалізації органами досудового розслідування, прокурором, слідчим суддею; розроблення пропозицій з удосконалення кримінального процесуального законодавства в частині закріплення прав людини, гарантій їх дотримання та допустимості обмеження.

Окремим аспектам реалізації принципів кримінального процесу присвячені наукові праці Ю.П. Аленіна, О.І. Бастрикіна, Т.В. Варфоломеєвої, О.В. Гриненка, Н.В. Жогіна, Т.В. Каткової, В.Д. Лісогора, О.В. Капліної, Г.К. Кожевнікова, І.Ф. Крилова, О.А. Кучинської, А.І. Макаркіна, А.О. Машовець, О.Р. Михайленка, Н.П. Митрохіна, В.В. Назарова, Н.І. Николайчика, В.Т. Нора, І.А. Пікалова, А.В. Самодіна, В.А. Стремовського, М.С. Строговича, Г.П. Саркісянца, О.В. Танцюри, Ф.Н. Фаткулліна, Г.П. Хімічевої, С.Ф. Шумиліна, О.Г. Яновської та інших учених. Проте наявність дискусійних питань у контексті реалізації окремих засад у кримінальному провадженні, а саме під час досудового розслідування, свідчить про те, що їх остаточно не вирішено, тому існує потреба в подальшому обговоренні та пропонуванні шляхів удосконалення кримінального процесуального законодавства.

У літературі склались широка й вузька концепції тлумачення принципу недоторканості особи. За вузького тлумачення недоторканність особи пов'язується зі свободою від свавільних арештів. У такому значенні це право вживається в тексті Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Термін «свавільний» не ототожнюється з поняттям «протизаконний» та, відповідно до тлумачення Комітету ООН із прав людини, містить у собі елементи недоречності, несправедливості й непередбачуваності. Зокрема, Комітет ООН із

 © В. Волошина, 2016

прав людини вважає також, що викрадення державою свого колишнього громадянина з території іншої держави є свавільним арештом у порушення п. 1 ст. 9 Міжнародного пакту про громадські і політичні права, а суд над цією особою варто розглядати як зловживання процесом.

За широкого тлумачення особиста недоторканність – це складне поняття, що складається із системи базових елементів, кількість яких у дослідників відрізняється. Зокрема, авторами виділяються такі елементи: фізична (тілесна) недоторканність; психічна недоторканність; моральна недоторканність; духовна недоторканність; статева недоторканність; таємниця (недоторканність) особистого й сімейного життя, недоторканність особистої документації, таємниця листування, телеграфних повідомлень, телефонних переговорів, комп'ютерних мереж і комунікацій, недоторканність житла, індивідуальна особиста свобода; особиста безпека; право вільного пересування та вибору занять; відсутність контролю; можливість вільно розпоряджатися собою.

О.О. Левендаренко та С.Ю. Бутенко зазначають, що особиста недоторканність особи в кримінальному судочинстві України має такі риси: 1) відображає міжнародний стандарт кримінального судочинства; 2) може розглядатись як елемент юридичної конструкції «право на свободу та особисту недоторканність», а також як самостійна категорія; 3) наділена «негативним» змістом у значенні «свободи від посягань»; 4) відображає відносини між державою, її органами та громадянами; 5) вимагає від держави виконання «позитивних» і «негативних» обов'язків; 6) має компонентну структуру, елементи якої перебувають у нерозривному зв'язку з особистістю, наділеною недоторканністю; 7) поширюється на всіх учасників кримінального судочинства, а не тільки на підозрюваного чи обвинуваченого [1, с. 111]. Також цікава позиція В.В. Назарова, згідно з якою право на свободу та право на особисту недоторканність, незважаючи на тісний взаємозв'язок, – це два різні природні права людини, які не варто плутати. Право на свободу в сучасному розумінні розглядається як здатність поводитись на власний розсуд, незв'язність чужою волею, примусом, можливість добиватись здійснення поставленої перед собою мети. А право на особисту недоторканність – це свобода людини від незаконних і необґрунтованих затримань, арештів чи позбавлення волі іншим шляхом, а також будь-яких інших дій, спрямованих на обмеження можливості людини вільно розпоряджатися собою [2, с. 50–63].

На нашу думку, особиста недоторканність включає в себе фізичну недоторканність, психічну недоторканність і моральну недоторканність. Про особисту недоторканність можна говорити лише як про недоторканність особистості в усіх її проявах: фізичному, психічному й моральному. Тобто принцип недоторканності особи містить у собі фізичну недоторканність, психічну недоторканність, недоторканність честі й гідності особистості.

Особисту недоторканність можна визначити як свободу людини від незаконних і необґрунтованих затримань, арештів чи позбавлень волі іншим шляхом, а також від будь-яких інших дій, спрямованих на обмеження можливості людини вільно розпоряджатися собою.

Отже, особиста недоторканність включає в себе фізичну недоторканність, психічну недоторканність і моральну недоторканність.

Фізична недоторканність означає, що ніхто не може бути позбавлений волі, заарештований, затриманий через підозру у вчиненні злочину, підданий особистому обшуку або примусовому приводу інакше, як на підставі та в порядку, передбаченому законом.

Однією з вимог, установлених нормами міжнародного права щодо процедури обмеження волі, є своєчасне інформування затриманого або заарештованого про причини й підстави засто-

сування до нього заходів примусового характеру. Так, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошує: «Кожний, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави арешту та про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього». Згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення «має бути негайно й детально проінформований зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього». Тобто відповідні органи держави зобов'язані поінформувати затриману або заарештовану особу про підстави її арешту чи затримання, підстави будь-якого обвинувачення та характер і причину будь-якого висунутого обвинувачення. Простих посилань на законні повноваження здійснити арешт чи затримання або ж посилання на наявність звинувачення недостатньо. Уповноважений орган зобов'язаний забезпечити доступність такої інформації підозрюваному чи обвинуваченому, а отже, роз'яснити її та привернути увагу до неї. Така процесуальна гарантія також знайшла своє відображення в ст. ст. 208, 213 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України).

Обмеження права недоторканності особи здійснюється в порядку й на підставах, передбачених у законі, уповноваженими особами та щодо осіб, встановлених законом. Під час обмеження зазначеного права необхідно враховувати принцип доцільності та обґрунтованості. Тобто цілі й завдання кримінального провадження та засоби їх досягнення повинні бути сумірними.

У системі запобіжних заходів законодавець визначив ієрархію від найбільш м'якого заходу, що обмежує права й свободи особи, до більш суворого. Досить важливим є положення щодо застосування до особи тримання під вартою у виняткових випадках і за підстав, передбачених у КПК України. Застосування того чи іншого запобіжного заходу не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання в тому, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам. Отже, тримання під вартою відповідно до пп. «с» п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод має задовольняти вимогу пропорційності (див. п. 55 Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Ладент проти Польщі» від 18 березня 2008 р., заява № 11036/03). Наприклад, у п. п. 29–32 Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Амбрушкевич проти Польщі» від 4 травня 2006 р. (заява № 38797/03) суд розглядав питання про те, чи було взяття заявника під варту необхідним для забезпечення його присутності в суді та чи могли інші, менш суворі заходи бути достатніми для досягнення цієї цілі.

Варто зазначити, що взяття під варту, затримання, домашній арешт, особистий обшук, привід, особисте зобов'язання не вичерпують перелік заходів, які обмежують фізичну недоторканність особи. До них належать також поміщення в приймальник-розподільник для дітей, примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи, освідування, відібрання зразків для порівняльного дослідження, проведення слідчого експерименту.

Гарантії фізичної недоторканності людини передбачені як внутрішнім законодавством (зокрема, Конституцією України, Цивільним кодексом України, КПК України), так і в міжнародно-правових актах, а саме в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права. Європейський суд із прав людини неодноразово наголошував на важливості зазначеного принципу.

Стаття 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачає, що особа може бути позбавлена свободи лише в таких випадках:

а) законного ув'язнення особи після її засудження компетентним судом;

б) законного арешту чи затримання особи за невиконання законної вимоги суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом;

в) законного арешту або затримання особи, здійсненого з метою доставлення її до встановленого законом органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або в разі наявності розумних підстав вважати, що її затримання може запобігти вчиненню правопорушення чи її втечі після вчинення такого правопорушення;

г) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законного затримання неповнолітнього з метою доставлення його до встановленого законом компетентного органу;

ґ) законного затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законного затримання психічно хворих, алкоголіків, наркоманів або бродяг;

д) законного арешту чи затримання особи, здійсненого з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, або особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації чи екстрадиції.

Рішеннями Європейського суду з прав людини неодноразово підтверджувалось, що вищезазначений перелік підстав позбавлення свободи особи є вичерпним (наприклад, п. 170 рішення в справі «Лабіта проти Італії» (Labita v. Italy) від 6 квітня 2000 р. (заява № 26772/95), п. 42 рішення в справі «Куінн проти Франції» (Quinn v. France) від 22 березня 1995 р. (серія А № 311)). Отже, держава не володіє правом створювати нові види підстав для обмеження свободи осіб, а має діяти в межах ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Варто зазначити, що норми КПК України не узгоджені з нормою ст. 29 Конституції України та ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо підстав затримання. Відповідно до ст. 29 Конституції України особа може бути затримана в разі нагальної необхідності запобігти злочину чи перепинити його. Вказану норму Основного Закону України можна тлумачити так, що затримання підозрюваного в подібних випадках варто визнавати неправомірним. Відповідно до ст. 207 КПК України кожен має право затримати будь-яку особу лише за наявності однієї з таких підстав: 1) під час вчинення або замаху на вчинення кримінального правопорушення; 2) безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення або під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється в його вчиненні. Також законодавець передбачив затримання уповноваженою службовою особою, яка має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі, лише в таких випадках: 1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; 2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин. Варто зазначити, що слідчий суддя, суд має право постановити ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу підозрюваного, обвинуваченого також у разі, якщо ухвала про привід для розгляду клопотання щодо обрання запобіжного заходу у вигляді застави, домашнього арешту чи тримання під вартою не була виконана.

Таким чином, норми КПК України не передбачають таку підставу затримання, як наявність нагальної необхідності запобігти злочину. Водночас у Конституції України передбачена лише одна підстава затримання, закріплена в ст. 207 КПК України, – якщо особу

застали під час вчинення або замаху на вчинення кримінального правопорушення, тобто коли затримання є засобом перепинення кримінального правопорушення та буде відповідати ст. 29 Конституції України. Відповідно до ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод жодна людина не може бути позбавлена волі інакше, ніж відповідно до процедури, встановленої законом, у таких випадках, як законний арешт чи затримання людини за невиконання законного рішення суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; законний арешт чи затримання людини, здійснені з метою забезпечення її присутності перед компетентним правовим органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину або якщо обґрунтовано визнається за необхідне запобігти скоєнню нею злочину чи її зникненню після його вчинення.

Також необхідно звернути увагу на те, що в ст. 29 Конституції України визначено, що в разі нагальної необхідності запобігти злочину або перепинити його уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого впродовж 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин із моменту затримання їй не вручено вмотивоване рішення суду про тримання під вартою. Однак згідно з КПК України строки затримання диференціюються на строк доставлення затриманої без ухвали слідчого судді особи до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу (60 годин) та строк затримання особи без ухвали слідчого судді з моменту затримання (72 години). Отже, зазначаємо, що норми КПК України частково відповідають ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 29 Конституції України, а щодо строків на затримання особи конкретизують норми Конституції України.

Привід є заходом забезпечення кримінального провадження, передбаченим КПК України та Законом України «Про міліцію», який застосовується до підозрюваних, обвинувачених, свідків та полягає в примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час. Здійснення приводу підозрюваного, обвинуваченого, свідка є обмеженням його права на особисту недоторканність. І питання про обмеження цього права на стадії досудового розслідування вирішується слідчим суддею за клопотанням слідчого, прокурора або з власної ініціативи, а під час судового провадження – судом за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого або з власної ініціативи. Сутність приводу полягає в тому, що працівник відповідного підрозділу органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, або органів державного бюро розслідувань, який призначений для виконання приводу, на підставі наявних в ухвалі даних (прізвища, імені, по батькові, року народження й місця проживання) зобов'язаний достовірно встановити особу, щодо якої цю ухвалу винесено; після встановлення особи, яка підлягає приводу, працівник відповідного органу оголошує їй ухвалу про привід під розписку. У разі відмови від добровільної явки особа, яка підлягає приводу, доставляється до місця виклику примусово в супроводі працівника відповідного органу. Застосування зброї, наручників, зв'язування або інших спеціальних засобів при цьому забороняється. У разі злісної непокори чи опору законній вимозі працівника органу досудового розслідування слідувати до місця виклику складається протокол (акт), у якому вказуються місце, час і характер порушення, а також свідки. При цьому під час здійснення приводу працівник, який виконує привід, має бути уважним та ввічливим, не допускати дій, що принижують честь і гідність особи, яка підлягає приводу, задовольнити її законні вимоги, а

якщо можливо – і прохання; проявляти пильність, особливо під час супроводу підозрюваного, обвинуваченого, свідка; вживати заходи, що виключають ухилення від явки до місця виклику або заподіяння особі чи оточуючим будь-якої шкоди, забезпечувати збереження наявних документів.

Отже, гарантіями забезпечення права на особисту недоторканність під час здійснення приводу є такі положення:

– заборона застосування до неповнолітньої особи, вагітної жінки, інвалідів першої або другої груп, особи, яка одноосібно виховує дітей віком до 6 років чи дітей-інвалідів, а також осіб, які згідно з КПК України не можуть бути допитані як свідки;

– попередження про їх намір застосувати заходи фізичного впливу в разі невиконання особою, яка підлягає приводу, законних вимог щодо виконання ухвали про здійснення приводу;

– застосування заходів фізичного впливу (вони не повинні перевищувати міру, необхідну для виконання ухвали про здійснення приводу, і мають зводитись до мінімального впливу на особу);

– заборона застосування заходів впливу, які можуть завдати шкоди здоров'ю особи, а також примушення особи перебувати в умовах, що перешкоджають її вільному пересуванню, упродовж часу більшого, ніж необхідно для негайного доставлення особи до місця виклику;

– передбачена відповідальність за перевищення повноважень щодо застосування заходів фізичного впливу.

Необхідно зазначити, що законодавець не передбачив вручення копії ухвали про здійснення приводу особі, щодо якої застосовується такий захід забезпечення кримінального провадження. Вважаємо за доцільне передбачити таке положення, щоб у майбутньому особа, щодо якої було застосовано привід, могла б оскаржити це рішення.

Також варто звернути увагу на те, що Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод не передбачає такий примусовий захід щодо обмеження права на свободу, як привід. Частина 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини передбачає, що під час здійснення своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати лише таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання й поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку й загального добробуту в демократичному суспільстві. Застосування будь-якого обмеження повинне мати певні часові межі, тобто його початок пов'язується з порушенням нормального стану речей у суспільстві, а закінчення – з його відновленням.

Таким чином, вважаємо, що всі дії, які обмежують право на свободу й особисту недоторканність під час досудового розслідування, повинні бути застосовані в певних межах, що визначають характер і ступінь втручання державних органів у сферу приватних інтересів особи, а також у строк, передбачений у законі.

Принцип забезпечення права на свободу й особисту недоторканність у кримінальному провадженні можна визначити як правове положення, яке виражає вимогу застосування заходів забезпечення кримінального провадження та провадження слідчих (розшукових) дій, які містять елементи примусу, не інакше, як на підставі й у порядку, передбаченому законом, з метою недопущення незаконного обмеження або порушення фізичної, психічної чи моральної недоторканності фізичної особи.

Ключові слова: принцип, кримінальне провадження, особиста недоторканність, право на свободу, досудове розслідування.

Статтю присвячено розгляду принципу особистої недоторканності, який включає в себе фізичну недоторканність, психічну недоторканність і моральну недоторканність. Особисту недоторканність можна визначити як свободу люди-

ни від незаконних і необґрунтованих затримань, арештів чи позбавлень волі іншим шляхом, а також від будь-яких інших дій, спрямованих на обмеження можливості людини вільно розпоряджатися собою. Це правове положення виражає вимогу застосування заходів забезпечення кримінального провадження та провадження слідчих (розшукових) дій, що містять елементи примусу, лише на підставі й у порядку, передбаченому законом, з метою недопущення незаконного обмеження або порушення фізичної, психічної чи моральної недоторканності фізичної особи. Усі дії, які обмежують право на свободу й особисту недоторканність під час досудового розслідування, повинні бути застосовані в певних межах, що визначають характер і ступінь втручання державних органів у сферу приватних інтересів особи, та в строк, передбачений у законі.

Статья посвящена рассмотрению принципа личной неприкосновенности, который включает в себя физическую неприкосновенность, психическую неприкосновенность и моральную неприкосновенность. Личную неприкосновенность можно определить как свободу человека от незаконных и необоснованных задержаний, арестов или лишений свободы другим путем, а также от любых других действий, направленных на ограничение возможности человека свободно распоряжаться собой. Это правовое положение выражает требование применения мер обеспечения уголовного производства и производства следственных (розыскных) действий, содержащих элементы принуждения, только на основании и в порядке, предусмотренном законом, с целью недопущения незаконного ограничения или нарушения физической, психической или моральной неприкосновенности физического лица. Все действия, которые ограничивают право на свободу и личную неприкосновенность во время досудебного расследования, должны быть применены в определенных пределах, определяющих характер и степень вмешательства государственных органов в сферу частных интересов лица, и в срок, предусмотренный в законе.

The article is devoted to the principle of personal integrity, which includes physical integrity, moral integrity and moral integrity. Personal integrity can be defined as man's freedom from unlawful and unjustified detention, arrest or imprisonment in another way, as well as on any other action to limit human possibility is to dispose freely. This legal position expresses the requirement to ensure the application of measures of criminal proceedings and investigative (search) operations containing elements of compulsion, only on the basis and in the manner prescribed by law, in order to prevent illegal restriction or violation of physical, mental or moral integrity of an individual. All actions which limit the right to freedom and personal inviolability during the pretrial investigation, to be applied to a certain extent, determine the nature and extent of government intervention in the private sphere of interests of the person, and at the time provided by law.

Література

1. Левендаренко О.О. Сутність особистої недоторканності особи в кримінальному процесі України та рішеннях Європейського суду з прав людини / О.О. Левендаренко, С.Ю. Бутенко // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2011. – № 2. – С. 105–111.

2. Назаров В.В. Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України / В.В. Назаров. – Х. : ТД «Золота миля», 2009. – 400 с.

УДК 343.13

А. Мурзановська,
старший викладач кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КОНСТИТУЮВАННЯ СИСТЕМИ ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Прийняття в 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) започаткувало якісно новий етап розвитку кримінального процесу в нашій державі. Проте проблеми забезпечення ефективності застосування норм кримінального процесуального права залишаються невирішеними. Саме тому вбачається, що серед основних спрямувань забезпечення ефективності й дієвості кримінального провадження в цілому та досудового розслідування зокрема з повним правом можна назвати розробку й подальший розвиток концепції кримінально-процесуальної відповідальності. Адже для досягнення призначення, мети та завдань кримінального провадження вкрай важливе, з одного боку, дотримання встановленої кримінальним процесуальним правом процесуальної форми, а з іншого – чітка визначеність у законі правових наслідків за порушення заборон, невиконання чи неналежне виконання обов'язків. У зв'язку із цим дуже важлива відповідальність як державних органів та посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, за дотримання приписів закону, так і інших суб'єктів кримінального процесу за виконання покладених на них кримінальним процесуальним законом обов'язків.

Питанням процесуальних засобів забезпечення дотримання норм кримінального процесуального закону в різних аспектах завжди приділялась увага в доктрині, адже пошук нових і вдосконалення вже існуючих засобів перебуває в постійному розвитку. Питання, що стосуються проблем кримінально-процесуальної відповідальності, розглядались як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях, хоча здебільшого в межах досліджень заходів державного примусу загалом. Для розгляду окреслених питань велике значення мають наукові розробки таких учених, як Ю.П. Аленін, В.М. Вєтрова, І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, О.С. Іоффе, З.Д. Енікеєв, З.З. Зінатуллін, З.Ф. Ковріга, В.М. Корнуков, О.Е. Лейст, П.О. Недбайло, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, Ю.М. Оборотов, І.Л. Петрухін, В.В. Рожнова, М.С. Строгович, Л.Д. Удалова, О.Ю. Хабло, Н.А. Чєчіна, П.С. Елькінд, О.Г. Шило та інші.

Наукові дослідження в цій сфері в сучасній українській процесуальній літературі мають вибірковий характер. Окремі питання розглядались у кандидатських дисертаціях, наприклад, на загальнотеоретичному рівні – робота О.В. Іваненко «Сутність юридичної відповідальності та роль правоохоронних органів у її забезпечені» (2007 р.), на галузевому рівні – дослідження О.Ю. Хабло «Зловживання у сфері кримінального процесу» (2008 р.), Л.В. Гаврилюк «Відповідальність слідчого: кримінально-процесуальні засади» (2009 р.), Л.Я. Стрельбіцької «Процесуальний статус засудженого в кримінальному провадженні України» (2015 р.), Е.Є. Томіна «Процесуальні порушення у досудовому та судовому провадженнях» (2016 р.). Також серед праць із цієї тематики можна згадати монографію Л.Д. Удалової та О.Ю. Хабло «Зловживання у сфері кримінального процесу» (2010 р.).

Серед останніх досліджень заслуговують на увагу статті О.В. Андрушко,

© А. Мурзановська, 2016

Н.Р. Бобечко, Р.М. Білокінь, А.Я. Хитра, Л.О. Максимової, А.М. Мартинціва, у яких на основі КПК України 2012 р. розглянуті окремі питання кримінально-процесуальної відповідальності суб'єктів, щодо яких можливе застосування кримінально-процесуальної відповідальності, проблеми кримінальної процесуальної кваліфікації, грошового стягнення. Проте можна зробити висновок, що питання кримінально-процесуальної відповідальності не були предметом комплексного дослідження в українській кримінально-процесуальній науці, а отже, і система заходів кримінально-процесуальної відповідальності залишилась поза увагою науковців, хоча важливість цього питання для вивчення механізму кримінально-процесуального регулювання й забезпечення ефективності кримінального провадження не викликає сумнівів.

Метою статті є розгляд проблемних питань конституювання системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності за новим КПК України.

Як нами вже неодноразово зазначалося, кримінально-процесуальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, яка передбачається нормами кримінального процесуального права за протиправну поведінку у сфері кримінального провадження та може бути визначена як існуюче у формі кримінально-процесуального правовідношення застосування у встановленому законом порядку до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів кримінально-процесуального примусу, що передбачені санкцією кримінально-процесуальної норми, які полягають у накладенні на правопорушника додаткового обов'язку або позбавленні (звуженні обсягу) його суб'єктивних прав.

Визначення кримінально-процесуальної відповідальності як застосування заходів державного (кримінально-процесуального) примусу, встановлених санкцією кримінально-процесуальної норми, вказує не лише на правовий характер кримінально-процесуальної відповідальності, а й на значимість санкції правової норми для визначення змісту цієї відповідальності, а отже, і заходів кримінально-процесуальної відповідальності.

У кримінальному процесуальному праві виділяють штрафні (каральні) та правовідновлювальні заходи кримінально-процесуальної відповідальності [1, с. 101–102], що ґрунтується на поділі кримінально-процесуальних санкцій на штрафні та правовідновлювальні [2, с. 60–72]. Зазначимо, що ця класифікація не єдина [3, с. 40–46; 4, с. 5; 5, с. 101–122], проте, на нашу думку, найбільш доцільна та обґрунтована.

За Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 р. (далі – КПК 1960 р.) штрафні (каральні) санкції в кримінальному процесуальному праві були представлені грошовим стягненням, яке покладалось на учасників процесу за невиконання покладених на них обов'язків. Грошові стягнення (штрафи) були передбачені кримінально-процесуальним законодавством за такі склади правопорушень: неявку свідка без поважних причин за викликом органу дізнання, слідчого, прокурора, судді або суду; невиконання обов'язків за особистого зобов'язання; невиконання батьками обов'язків із нагляду за дітьми. Вказані склади правопорушень вичерпували можливі випадки накладення штрафів у кримінальному провадженні за КПК 1960 р. як кримінально-процесуальну відповідальність.

Штрафами (або грошовим стягненням, як вони називались у кримінальному процесі) майже вичерпувався весь арсенал штрафних (каральних) процесуальних санкцій, проте як раніше, так і зараз цей перелік може бути продовжений, адже штрафні санкції можуть бути пов'язані з накладенням на суб'єкта не лише додаткового обов'язку майнового характеру, а й додаткового обов'язку, що має інший характер, а також вони можуть бути пов'язані з позбавленням прав суб'єктів кримінального процесу в конкретному провадженні.

Новий КПК України серед заходів забезпечення кримінального провадження передбачає грошове стягнення, що застосовується до суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності за невиконання покладених на них обов'язків. Проте питання щодо правової природи грошового стягнення в кримінальному провадженні залишається досить дискусійним не тільки у вітчизняній науці. Різноманітність тлумачення його на теоретичному рівні та різне нормативне закріплення в кримінальних процесуальних кодексах зарубіжних країн також свідчить про складність цього питання. У кримінально-процесуальному законодавстві зарубіжних країн існує різне тлумачення сутності грошового стягнення як заходу кримінально-процесуального примусу, а також осіб, до яких воно може бути застосоване. Вирішення цих питань і регламентація схожих заходів примусу в законодавстві відрізняються суттєвою своєрідністю [6].

На наше переконання, грошове стягнення в системі заходів кримінально-процесуальної відповідальності належить до штрафних заходів, які пов'язані з накладенням на суб'єкта додаткового обов'язку штрафного, або карального (у цьому разі майнового), характеру за вчинене кримінально-процесуальне правопорушення.

Грошове стягнення, будучи заходом примусу, що застосовується за ухилення учасників процесу від виконання обов'язків, набуває особливого значення та може стати ефективним засобом забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження, сприяти значному зниженню ухилення від явки на виклики та від виконання процесуальних обов'язків, що на сьогодні досить розповсюджено. Можна цілком погодитись із думкою, що законодавець розглядає грошове стягнення як важливий процесуальний інструмент забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження [7, с. 1]. Саме тому подальшого розвитку й обґрунтування потребує як теоретична модель грошового стягнення шляхом удосконалення нормативного закріплення поняття, підстав, переліку суб'єктів, щодо яких може бути застосовано грошове стягнення (який потребує значного розширення), процесуального порядку його накладення, так і практика застосування цього заходу кримінально-процесуальної відповідальності.

Значне місце серед заходів кримінального процесуального примусу посідають запобіжні заходи. Система запобіжних заходів, закріплена в КПК України, дає змогу органу досудового розслідування, прокурору, слідчому судді, судді та суду індивідуалізувати їх застосування з урахуванням тяжкості й характеру вчиненого кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється або обвинувачується особа, даних, що її характеризують, інших конкретних обставин.

Запобіжним заходам як виду кримінально-процесуального примусу притаманні всі його ознаки. За своїм змістом такі заходи є примусовими, адже вони застосовуються проти волі й бажання підозрюваних, обвинувачених, примушують їх утримуватись від вчинення дій, заборонених чинним законодавством (наприклад, продовжувати злочинну діяльність), або, навпаки, примушують до певних дій (наприклад, з'являтись за викликами органів слідства й суду). При цьому застосування запобіжних заходів не може розглядатись як кримінально-процесуальна відповідальність, вони мають зовсім іншу правову природу, що зумовлюється метою, підставами їх застосування.

Проте існують випадки, коли застосування запобіжного заходу має розглядатись як захід кримінально-процесуальної відповідальності. Так, згідно із ч. 3 ст. 194 КПК України слідчий суддя, суд має право зобов'язати підозрюваного, обвинуваченого прибувати за кожною вимогою до суду або іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею, судом, якщо прокурор доведе обставини, передбачені в п. 1

ч. 1 ст. 194 КПК України (наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення), проте не доведе наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, які передбачені ст. 177 КПК України та на які вказує слідчий, прокурор, а також недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику чи ризикам, зазначеним у клопотанні. Якщо така особа порушить вказані зобов'язання (що не є запобіжним заходом), до неї може бути застосовано запобіжний захід, і це, на нашу думку, може розглядатись як застосування заходу кримінально-процесуальної відповідальності. Таким чином, як захід кримінально-процесуальної відповідальності можна розглядати обрання запобіжного заходу, якщо особою було порушено зобов'язання з'являтись за кожною вимогою до суду чи іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею, судом згідно зі ст. 194 КПК України.

Інший випадок, коли застосування запобіжного заходу може розглядатись як захід кримінально-процесуальної відповідальності, має місце в разі порушення особою, щодо якої обрано запобіжний захід, обов'язків, покладених на неї слідчим суддею або судом, та застосування до неї більш суворого запобіжного заходу. У такому разі наявні ознаки кримінально-процесуальної відповідальності: кримінально-процесуальне правопорушення, реалізація кримінально-процесуальної санкції, передбаченої КПК України, тобто настання несприятливих наслідків штрафного характеру, що знаходять вираження в накладенні на особу додаткових обов'язків.

Зміна раніше обраного запобіжного заходу в разі його порушення на більш суворий передбачає необхідність досягнути мети щодо виконання підозрюваним (обвинуваченим) обов'язків у правовідносинах, що виникають під час застосування запобіжних заходів. Якщо, наприклад, особа, щодо якої обрано запобіжний захід «особисте зобов'язання», ухиляється від слідства й суду або продовжує займатись злочинною діяльністю, то застосування до неї запобіжного заходу «взяття під варту» забезпечить припинення злочинної діяльності, неухилення від слідства та суду, тобто виконання раніше порушених обов'язків. Однак не можна не враховувати й те, що зміна запобіжного заходу на взяття під варту значно погіршує особисте становище підозрюваного (обвинуваченого), у чому саме знаходить вияв елемент кари за правопорушення.

З прийняттям нового КПК України найбільш поширеними серед досліджених нами судових рішень, розміщених у Єдиному державному реєстрі судових рішень (далі – ЄДРСР), щодо зміни запобіжного заходу на більш суворий є рішення про зміну запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту на тримання під вартою (зазначимо, що раніше найбільш розповсюдженими були рішення про зміну підписки про невиїзд на тримання під вартою). Так, суд, розглянувши провадження, встановив, що ОСОБА_2 неодноразово порушував умови перебування під домашнім арештом. Під час вирішення клопотання про зміну запобіжного заходу ОСОБА_2 особисто підтвердив, що він п'ять разів порушував порядок перебування під домашнім арештом, не пояснюючи причини такої поведінки. Суд вирішив змінити запобіжний захід щодо ОСОБА_2 з домашнього арешту на тримання під вартою на строк 60 днів [8].

В іншому рішенні, розглядаючи обвинувачення ОСОБА_2, до якого було обрано запобіжний захід у вигляді домашнього арешту з покладенням на нього відповідних обов'язків, у тому числі носити електронний засіб контролю – браслет, який було продовжено на строк 2 місяці, проте обвинувачений порушив вимоги щодо носіння електронного засобу, самостійно зняв його за допомогою кусачок та покинув місце проживання, суд змінив запобіжний захід на тримання під вартою [9].

З наведеного можна зробити висновок, що в більшості випадків зміна запобіжного заходу в разі його порушення хоч і є результатом вчинення кримінально-процесуального правопорушення підозрюваним або обвинуваченим, проте є наслідком неправильного прийняття рішення про обрання запобіжного заходу, тобто не були повною мірою враховані всі умови для обрання конкретного заходу. Також привертає увагу те, що як раніше, так і тепер під час вирішення питання про зміну запобіжного заходу на більш суворий суди, як правило, обирають лише тримання під вартою.

Далі зупинимось на розгляді звернення застави в дохід держави, яке, на нашу думку, є нічим іншим, як заходом кримінально-процесуальної відповідальності, передбаченої штрафною (каральною) санкцією. Згідно із ч. 1 ст. 182 КПК України застава як запобіжний захід полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків та за умови звернення внесених коштів у дохід держави в разі невиконання цих обов'язків.

Під час застосування запобіжного заходу у вигляді застави підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюються його обов'язки та наслідки їх невиконання, а заставодавцю – у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється чи обвинувачується особа, передбачене законом покарання за його вчинення, обов'язки із забезпечення належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого та його явки за викликом, а також наслідки невиконання цих обов'язків (аналогічна норма містилась у ч. 3 ст. 154№ КПК 1960 р.). У разі невиконання обов'язків заставодавцем, а також якщо підозрюваний, обвинувачений, будучи належним чином повідомлений, не з'явився за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду без поважних причин чи не повідомив про причини своєї неявки або якщо порушив інші покладені на нього під час застосування запобіжного заходу обов'язки, застава звертається в дохід держави й зараховується до спеціального фонду Державного бюджету України та використовується в порядку, встановленому законом для використання коштів судового збору (ч. 8 ст. 182 КПК України).

Аналіз судових рішень, розміщених у ЄДРСР, дає підстави стверджувати, що звернення застави в дохід держави також є дуже поширеним заходом кримінально-процесуальної відповідальності. Так, наприклад, Тиврівський районний суд Вінницької області розглянув заяву ОСОБА_1 про повернення застави в кримінальному провадженні щодо ОСОБА_2. ОСОБА_2 та заставодавець порушили покладені на них обов'язки, оскільки ОСОБА_2 злісно ухилявся від явки на виклики слідчого. Як наслідок, 22 жовтня 2013 р. було винесено ухвалу про надання дозволу на його затримання з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та 30 квітня 2014 р. йому обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Застава, внесена в цій справі, не була звернена в дохід держави. Суд вирішив заставу в розмірі 22 940 гривень звернути в дохід держави [10].

Іншим видом штрафних заходів кримінально-процесуальної відповідальності є заходи з позбавлення суб'єктів кримінального процесу належних їм процесуальних прав у конкретному кримінальному провадженні або звуження обсягу цих прав. Так, як захід кримінально-процесуальної відповідальності можна розглядати невизначення розміру застави під час обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо особи, стосовно якої в цьому провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави, проте був порушений. Адже в такому разі особа позбавляється права внести визначену

суму застави та, як наслідок, можливості зміни запобіжного заходу на менш суворий і не пов'язаний із позбавленням волі.

Ще один захід кримінально-процесуальної відповідальності можна визначити з огляду на те, що в правовій державі безпеку суб'єктів кримінального провадження зобов'язана забезпечувати держава, як і безпеку кожного громадянина, що передбачається ст. 27 Конституції України. У розвиток положень цієї норми в 1993 р. були прийняті Закон України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» та Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». У цих законах створена основа для ефективного механізму державного захисту суб'єктів кримінального провадження. Вони встановили осіб, які мають право на захист від протиправних посягань, пов'язаних зі здійсненням ними своїх обов'язків щодо здійснення, участі або сприяння кримінальному судочинству. Також у згаданих законах закріплені органи, що забезпечують такий захист, правовий статус цих органів та осіб, які мають право на захист, наведені самі заходи захисту та порядок їх застосування й скасування, відповідальність за невиконання обов'язків, передбачених цими законами, і порядок фінансування й матеріально-технічного забезпечення заходів безпеки. Пізніше й КПК 1960 р. був доповнений відповідними статтями.

З іншого боку, КПК 1960 р. в ст. 524 передбачав, що на підставі систематичного невиконання особою, яку взято під захист, законних вимог органів, що здійснювали заходи забезпечення безпеки, якщо ця особа письмово була попереджена про можливість такого скасування, заходи забезпечення безпеки могли бути скасовані, що у свою чергу має розглядатись як захід кримінально-процесуальної відповідальності. На жаль, КПК України 2012 р. взагалі не регламентує порядок забезпечення безпеки осіб у кримінальному провадженні.

Однією з проблем, пов'язаних із визначенням системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності, є визначення правової природи відмови захисника від виконання своїх обов'язків. Згідно із ч. 4 ст. 47 КПК України в разі умисного невиконання підозрюваним, обвинуваченим умов укладеного із захисником договору, яке проявляється, зокрема, у систематичному недодержанні законних порад захисника, порушенні вимог КПК України (п. 3), захисник після його залучення має право відмовитись від виконання своїх обов'язків. При цьому виникають питання про те, чи можна розглядати це як захід кримінально-процесуальної відповідальності; чи має підозрюваний, обвинувачений у такому разі право залучити іншого захисника; якщо це захисник за призначенням у разі кримінального провадження з обов'язковою участю захисника (ст. ст. 49, 52 КПК України), то чи може захисник відмовитись від виконання своїх обов'язків. Вважаємо, що відмова захисника від виконання своїх обов'язків за наявності підстав, передбачених п. 3 ч. 4 ст. 47 КПК України, має розглядатись як захід кримінально-процесуальної відповідальності; інші зазначені питання потребують законодавчого врегулювання.

Серед заходів, застосування яких тягне позбавлення певних прав, можна назвати видалення обвинуваченого із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні, адже в такому разі він позбавляється можливості брати участь у судовому засіданні, у доказуванні, заявляти клопотання тощо. Так, якщо обвинувачений порушує порядок у залі судового засідання або не підкоряється розпорядженням головуючого в судовому засіданні, останній попереджає обвинуваченого про те, що в разі повторення ним зазначених дій його буде видалено із зали судового засідання. За повторного порушення обвинуваченим порядку судового засідання він може бути видалений за ухвалою суду із зали засідання тимчасово або на весь час судового розгляду. Новелою КПК

України 2012 р., яка заслуговує на увагу, є те, що якщо такий обвинувачений не представлений захисником, то суд зобов'язаний залучити захисника для здійснення захисту за призначенням і відкласти судовий розгляд на строк, необхідний для його підготовки до захисту.

Після повернення до зали засідання обвинуваченому надається можливість ознайомитись із доказами, які були досліджені, а також із рішеннями, які були ухвалені за його відсутності, та дати пояснення щодо них. У разі видалення обвинуваченого на весь час судового розгляду судове рішення, яким закінчено провадження в суді, негайно оголошується обвинуваченому після його ухвалення.

Одним із прогресивних положень КПК України, на думку як вітчизняних учених та практиків, так і міжнародних експертів, є запровадження в Україні відновного правосуддя, найбільш відомим інструментом якого є медіація, суть якої в контексті кримінального судочинства полягає в примиренні потерпілого з правопорушником, досягненні консенсусу між сторонами та врегулюванні соціального конфлікту. Передбачалось, що з появою глави 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» у КПК України значно спроститься процедура розгляду певної категорії кримінальних справ, скоротяться строки тримання осіб під вартою, загальні процесуальні строки розгляду кримінальних справ, а також зменшиться навантаження на систему судових і правоохоронних органів [11].

Перші результати реалізації цих положень кримінального процесуального законодавства підтвердили згадані очікування. Зокрема, за даними Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, з моменту набрання чинності КПК України суди загальної юрисдикції станом на 1 січня 2014 р. розглянули 22 653 угоди, з них 11 512 угод про примирення та 11 141 угоду про визнання винуватості. Зі статистичної інформації (яку для моніторингу процесу впровадження в дію нового КПК України, систематизації й аналізу практики його застосування щомісяця надають Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ апеляційні суди України, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя) вбачається збереження тенденції до подальшого активного застосування інституту угод у кримінальному судочинстві. Аналіз динаміки показників застосування положень КПК України в судовій практиці свідчить про те, що кількість затверджених вироком угод за останні місяці є сталою, без суттєвих коливань і становить у середньому майже 3 000 затверджених угод на місяць. Натомість кількість постановлених судом судових рішень про відмову в затвердженні угоди коливається в межах від 70 до 250 ухвал на місяць та має незначну тенденцію до збільшення [11].

Проте закон передбачає також наслідки невиконання угод про примирення й визнання винуватості. Наслідками невиконання угоди про примирення або угоди про визнання винуватості є скасування вироку, який був ухвалений на підставі угоди. Скасування вироку, який був ухвалений на підставі угоди про примирення чи угоди про визнання винуватості, як наслідок невиконання угоди має розглядатись, на нашу думку, як захід кримінально-процесуальної відповідальності. Адже таке рішення тягне для осіб низку несприятливих наслідків.

Серед проаналізованих судових рішень, розміщених у ЄДРСР, у більшості випадків такі вироки на підставі угод було скасовано у зв'язку з тим, що засуджений не відшкодував спричинену матеріальну шкоду [12].

Законами України від 7 жовтня 2014 р. та від 15 січня 2015 р. КПК України доповнено новими нормами, які в сукупності становлять правову основу здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (in absentia),

яке, за визначенням І.В. Гловюк, «посідає окреме, особливе місце, оскільки містить елементи як спрощення, так і ускладнення кримінально-процесуальної форми» [13].

З позиції досліджуваних нами питань проведення кримінального провадження (досудового розслідування й судового розгляду) in absentia також може розглядатись як захід, що призводить до обмеження прав особи за невиконання нею обов'язків і порушення заборон, адже вона несе на собі негативні наслідки своєї поведінки. При цьому, як зазначає І.В. Гловюк, забезпечення права на захист у частині представлення захисником є однією з обов'язкових умов кримінального провадження in absentia, щоб воно могло забезпечити справедливий судовий розгляд [13]. Підкреслюється, що Європейський суд із прав людини неодноразово звертав увагу на те, що в кримінальному впровадженні in absentia санкцією за неявку обвинуваченого не може бути заборона участі його захисника. Право кожного, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист за допомогою адвоката є однією із засадничих характеристик справедливого судового розгляду. Обвинувачений не втрачає це право тільки через те, що він не присутній на засіданнях суду [13]. Аналогічна ситуація виникає в разі видалення підсудного із зали судового засідання за порушення порядку, адже за новим КПК України такий підсудний, як уже зазначалося, обов'язково має бути представлений захисником. Попри те, що законодавець повинен бути в змозі перешкоджати випадкам невиправданої відсутності осіб, він, однак, не може їх карати, передбачаючи винятки з права на отримання юридичної допомоги (справа «Ван Гейзегем проти Бельгії» [14]) [13].

Підсумовуючи викладене, можна вказати, що розглянутими нами заходами штрафного характеру вичерпуються штрафні заходи кримінально-процесуальної відповідальності за КПК України, що дає змогу зробити висновок про їх обмежений законом перелік, а також про те, що суб'єктами кримінально-процесуальної відповідальності є суб'єкти, які не мають владних повноважень у кримінальному провадженні, що також вказує на певну односторонність штрафних заходів кримінально-процесуальної відповідальності.

Таким чином, до штрафних заходів кримінально-процесуальної відповідальності можна віднести такі:

– грошове стягнення;

– звернення застави в дохід держави;

– зміну раніше обраного запобіжного заходу в разі його порушення на більш суворий;

– скасування заходів безпеки у випадках невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки;

– наслідки невиконання угоди про примирення або угоди про визнання винуватості;

– видалення обвинуваченого із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні;

– невизначення розміру застави під час обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо особи, стосовно якої в цьому провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави, проте був порушений нею;

– відмову захисника від виконання своїх обов'язків;

– обрання запобіжного заходу, якщо особою було порушено зобов'язання з'являтись.

Як постає із цього переліку, кримінальне процесуальне право має досить незначну кількість власних санкцій штрафного характеру. Значно ширшим є коло правовідновлювальних санкцій, які можуть містити як посилання на заходи кримінально-процесуальної відповідальності, так і заходи правового захисту.

При цьому варто мати на увазі, що якщо реалізація штрафних санкцій завжди є заходом кримінально-процесуальної відповідальності, то застосу-

вання заходів, передбачених правовідновлювальними санкціями, не завжди являє собою заходи кримінально-процесуальної відповідальності, адже це можуть бути також заходи правового захисту.

Не зупиняючись на докладній характеристиці заходів кримінально-процесуальної відповідальності, передбачених правовідновлювальними санкціями, підкреслимо лише, що згідно з поняттям кримінально-процесуальної відповідальності, на нашу думку, до цих заходів можна віднести такі:

– накладення судових витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні, на спеціаліста в разі його неприбуття до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття (ст. 72 КПК України);

– відсторонення слідчого від подальшого ведення досудового розслідування (п. 2 ч. 2 ст. 39 КПК України);

– покладення обов'язків щодо здійснення нагляду на іншого прокурора (ч. 3 ст. 37 КПК України);

– скасування незаконних рішень за наявності відповідних підстав;

– відмову від захисника (ст. 54 КПК України);

– заміну захисника (ст. 54 КПК України);

– усунення законного представника від участі в кримінальному провадженні (ст. 488 КПК України);

– обмеження участі законного представника в кримінальному провадженні (ст. 488 КПК України);

– усунення присяжного в разі невиконання присяжним обов'язків, передбачених ч. 2 ст. 386 КПК України (ст. 390 КПК України);

– рішення про відвід, якщо за наявності підстав для відводу не був заявлений самовідвід (ст. ст. 75, 76, 77, 78, 79, 81 КПК України);

– проведення провадження (досудового розслідування та судового розгляду in absentia (ст. ст. 297-1–297-15 КПК України));

– проведення обшуку в разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 166 КПК України);

– неможливість використати як докази відомості, щодо яких не було здійснено відкриття (ч. 12 ст. 290 КПК України);

– визнання доказів недопустимим, у тому числі отриманих унаслідок істотного порушення прав і свобод людини (ст. 87 КПК України).

Заходи кримінально-процесуальної відповідальності, які пов'язані з накладенням на особу додаткового обов'язку, не зумовленого основним (порушеним), необхідно відмежовувати від заходів правового захисту. До таких можна віднести, наприклад, виконання обов'язків суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності під примусом без накладення на осіб додаткових обов'язків, у певних випадках – скасування незаконних рішень, привід, встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження тощо. Критеріями розмежування кримінально-процесуальної відповідальності та цього суміжного інституту є мета й підстави застосування, коло суб'єктів, до яких можуть бути застосовані відповідні заходи кримінально-процесуального примусу.

Таким чином, визначення видів санкції кримінальної процесуальної норми (штрафних та правовідновлювальних) дає можливість визначити систему заходів кримінально-процесуальної відповідальності, яка може бути представлена таким чином:

1) штрафні заходи кримінально-процесуальної відповідальності:

– грошове стягнення;

– звернення застави в дохід держави;

– зміна раніше обраного запобіжного заходу в разі його порушення на більш суворий;

– скасування заходів безпеки у випадках невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки;

– наслідки невиконання угоди про примирення або угоди про визнання винуватості;

– видалення обвинуваченого із зали суду за порушення порядку в судовому засіданні;

– невизначення розміру застави під час обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту щодо особи, стосовно якої в цьому провадженні вже обирався запобіжний захід у вигляді застави, проте був порушений нею;

– відмова захисника від виконання своїх обов'язків;

– обрання запобіжного заходу, якщо особою було порушено зобов'язання з'являтися;

2) правовідновлювальні заходи кримінально-процесуальної відповідальності:

– накладення судових витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні, на спеціаліста в разі його неприбуття до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття;

– відсторонення слідчого від подальшого ведення слідства;

– покладення обов'язків щодо здійснення нагляду на іншого прокурора;

– скасування за наявності відповідних підстав незаконних рішень;

– відмова від захисника;

– заміна захисника;

– усунення законного представника від участі в кримінальному провадженні;

– обмеження участі законного представника в кримінальному провадженні;

– усунення присяжного в разі невиконання обов'язків, передбачених ч. 2 ст. 386 КПК України;

– рішення про відвід, якщо за наявності підстав для відводу не був заявлений самовідвід;

– проведення провадження in absentia;

– проведення обшуку в разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів;

– неможливість використати як докази відомості, щодо яких не було здійснено відкриття;

– визнання доказів недопустимими.

У свою чергу санкції норм, що визначають заходи кримінально-процесуальної відповідальності, повинні містити більш чітке визначення правових наслідків невиконання або неналежного виконання процесуальних обов'язків усіма суб'єктами кримінального провадження.

Ключові слова: кримінально-процесуальна відповідальність, санкції, заходи кримінально-процесуальної відповідальності.

Статтю присвячено проблемним питанням визначення системи заходів кримінально-процесуальної відповідальності за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р.

Статья посвящена проблемным вопросам определения системы мер уголовно-процессуальной ответственности в соответствии с Уголовным процессуальным кодексом Украины 2012 г.

The article is dedicated to the problematic issues of determination of the system of measures of criminal procedural responsibility under the Criminal Procedural Code of Ukraine adopted in 2012.

Література

1. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность / Г.Н. Ветрова. – М. : Наука, 1987. – 113 с.

2. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы) / О.Э. Лейст. – М. : Изд-во МГУ, 1981. – 240 с.

3. Столмаков А.И. Понятие и классификация санкций норм уголовно-процессуального права / А.И. Столмаков // Правоведение. – 1977. – № 3. – С. 40–46.

4. Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве / Г.Н. Ветрова. – М. : Наука, 1991. – 160 с.

5. Гейц С.О. Норми кримінально-процесуального права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С.О. Гейц ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2008. – 193 с.

6. Мурзановська А.В. Місце грошового стягнення в системі заходів кримінально-процесуальної відповідальності / А.В. Мурзановська // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. –

№ 4. – С. 251–254. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lsej.org.ua/4_2015/68.pdf].

7. Гафизов М.Х. Денежное взыскание как мера уголовно-процессуального принуждения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность / М.Х. Гафизов. – М., 2007. – 28 с.

8. Ухвала Андрушівського районного суду Житомирської області від 5 листопада 2014 р. в справі № 272/4514-к (провадження № 1-кп/272/39/14) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/41265674.

9. Ухвала Івано-Франківського міського суду від 10 березня 2015 р. в справі № 344/17610/15-к (кримінальне провадження № 1-кп/344/596/15) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/54877320.

10. Ухвала Тиврівського районного суду Вінницької області від 27 серпня 2014 р. в справі № 145/830/14-к (провадження № 1-кп/145/88/2014) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/40273913.

11. Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/uploads/tinymce/files/B4.rar.

12. Ухвала Рокитнянського районного суду Київської області від 20 листопада 2015 р. в справі № 375/1148/14-к (провадження № 1-в/375/73/15) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/54013712.

13. Гловюк І.В. Кримінальне провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (in absentia) у системі кримінального провадження України / І.В. Гловюк // Право України. – 2015. – № 7. – С. 16–25.

14. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес / Дж. Макбрайд. – К. : К.І.С., 2010. – 576 с.

УДК 343.126

А. Сердюк,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОРГАНІЗАЦІЯ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЯК НЕВІД'ЄМНА СКЛАДОВА ЧАСТИНА ЕФЕКТИВНОГО ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Ефективне розслідування кримінальних правопорушень органами, які здійснюють досудове розслідування, у цілому залежить від правильного й своєчасного використання в комплексі наявних у них сил і засобів. Оскільки не секрет, що в процесі розслідування зазвичай беруть учать різні посадові особи державних органів (прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий (або слідчі), відповідні оперативні підрозділи), дії всіх цих суб'єктів об'єднує одна спільна мета – виконання завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Зокрема, цими завданнями є захист особи, суспільства й держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування та судового розгляду, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу та щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [16, с. 16]. Спільна мета зумовлює необхідність співпраці зазначених суб'єктів та утворює інститут взаємодії в кримінальному процесі України.

Різні аспекти взаємодії органів досудового розслідування викликали науковий інтерес багатьох учених, таких як Ю.П. Аленін, К.В. Антонов, М.В. Багрій, Р.С. Бєлкін, В.Д. Берназ, О.Ю. Гавриляк, В.С. Зеленецький, О.В. Керевич, В.І. Сліпченко, М.В. Стащак, В.В. Топчий, В.Ю. Шепітько та інші. Однак, незважаючи на велику кількість наукових праць, невирішеними залишились окремі питання, зокрема, поняття взаємодії в кримінальному процесі, розуміння внутрішнього змісту взаємодії та визначення основних форм здійснення взаємодії.

Тому для вирішення поставлених питань необхідно дослідити законодавство у сфері регулювання процедури взаємодії органів досудового розслідування та їх посадових осіб, яке складається з Конституції України, міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (у частині спільних дій державних органів України з іноземними щодо протидії транснаціональній злочинності або терористичним організаціям), Кримінального процесуального кодексу України, інших нормативно-правових актів, таких як Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», Закон України «Про прокуратуру», Закон України «Про Національну поліцію», Закон України «Про Службу безпеки України», Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» тощо.

Так, наприклад, у п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України закріплено можливість слідчого доручати проведення слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним

 © А. Сердюк, 2016

підрозділам; у ч. 1 ст. 41 КПК України закріплено обов'язок оперативних підрозділів здійснювати слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовими дорученнями слідчого чи прокурора; ч. 6 ст. 246 КПК України визначає право уповноважених оперативних підрозділів за дорученнями слідчого проводити негласні слідчі (розшукові) дії. У ст. 16 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 р. визначено основні положення щодо взаємодії органів прокуратури, органів внутрішніх справ, Служби безпеки України в питаннях боротьби з організованою злочинністю [12]. У ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» закріплено обов'язок цих підрозділів здійснювати взаємодію між собою та з іншими правоохоронними органами, у тому числі відповідними органами іноземних держав і міжнародних антитерористичних організацій, з метою швидкого й повного попередження, виявлення та припинення злочинів [11].

Окремо в системі нормативно-правових актів щодо регулювання взаємодії правоохоронних органів варто згадати сукупність відомчих інструкцій, до яких належать такі акти: спільний Наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України «Про *організацію* проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 [15], Наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про *організацію* діяльності органів досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України» від 9 серпня 2012 р. № 686 [14], спільний Наказ Міністерства внутрішніх справ України та Центрального управління Служби безпеки України «Про взаємодію правоохоронних органів у сфері боротьби з організованою злочинністю» від 10 червня 2011 р. № 317/235 [9], Наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявлені та розслідуванні кримінальних правопорушень» від 14 серпня 2012 р. № 700 [13] (далі – Інструкція № 700) тощо.

Але, на превеликий жаль, незважаючи на таку велику кількість нормативно-правових актів, законодавець ніде не закріпив легальне визначення поняття «взаємодія», що у свою чергу зумовлює неоднозначне трактування цього терміна правозастосовниками та, як наслідок, приводить до неоднакового виконання.

Відповіді на ці питання намагались знайти чимало вчених у різні часи, зокрема, представники різних галузей права (кримінального процесу, криміналістики, оперативно-розшукової діяльності тощо). З огляду на те, що термін «взаємодія» загальнотеоретичний і багатоаспектний, різні дослідники намагались надати визначення шляхом поєднання нормативно-правових приписів і трактувань крізь призму категорій філософії, воєнної справи, соціології, психології.

Із загального морфологічного розуміння взаємодія – це взаємний зв'язок явищ, понять, погодженість дій тощо [3, с. 85]; співдія, співдіяння; взаємний зв'язок між предметами в дії, а також погоджена дія між ким-, чим-небудь [8, с. 97].

Аналізуючи взаємодію як філософську категорію, криміналісти В.Д. Берназ і М.В. Салтевський наголошують на тому, що вона використовується для визначення загальної форми зв'язку речей або явищ у їх загальній зміні, що впливають одна на іншу. При цьому в ході взаємодії здійснюється взаємовплив на спільний предмет діяльності, а також вплив учасників спільної діяльності один на одного [7, с. 49].

Досліджуючи зазначене явище з позиції соціальної психології, Н.В. Гуменна пропонує розуміти взаємодію як взаємозалежний обмін діями, організацію людьми взаємних дій, спрямованих на реалізацію спільної діяльності. Вона наголошує на тому, що під час взаємодії відбувається обмін діями, зароджуються спорідненість, координація дій обох суб'єктів, а також стійкість їхніх інтересів, планування спільної діяльності, розподіл функцій тощо [5, с. 498].

В.В. Шендрик розглядає взаємодію під кутом військової справи, де під досліджуваним явищем розуміють погодженні за завданням, напрямом і часом дії в інтересах досягнення мети бою. Автор наголошує, що під погодженістю в цьому разі варто розуміти поєднаний у ціле процес планування, ухвалення рішення та ведення спільних дій [18, с. 95–96].

На нашу думку, розглядати взаємодію лише в площині одного часу та в одному місці неправильно, оскільки, як справедливо наголошує Н.В. Гуменна, взаємодія може відбуватись на різних стадіях кримінального провадження [5, с. 499]. Навіть виконання доручення слідчого оперативними підрозділами не можна розглядати як дії в одному часі. Адже спочатку приймається рішення доручити виконання, а вже потім відбувається виконання дії, проте жодним чином не одночасно. У цьому контексті можемо припустити, що автори під часовими межами розуміють взаємодію в межах однієї стадії, однак таке визначення певною мірою звужує це поняття.

Що стосується погодженості в місці, то це також спірне питання, оскільки не зрозуміло, про яке погоджене місце йде мова: погоджене місце, наприклад, – це коли посадові особи виконують спільні дії в одному місці досудового розслідування або куди направляється процесуальний документ для виконання наступних спільних дій.

І.М. Бацько справедливо зазначає, що погодженість або спільність у меті й завданнях під час взаємодії не може виконуватись у повному обсязі, оскільки, на його думку, слідчий не може здійснювати оперативно-розшукові заходи, а оперативні підрозділи не уповноважені проводити деякі процесуальні дії навіть за дорученням слідчого чи прокурора (складати повідомлення про підозру, обвинувальний акт тощо). Тому більш доцільно спільність або узгодженість розглядати в контексті виконання певних дій: проводити огляд місцевості, висувати версії, складати спільний план розслідування кримінального правопорушення, здійснювати слідчий експеримент, проводити одночасно в різних місцях декілька обшуків у співучасників злочину тощо [2, с. 363].

Деякі автори розглядають взаємодію як акт адміністративно-владних, взаємовигідних зв'язків. Так, на переконання В.М. Шванкова, взаємодія – це ділове співробітництво на основі взаємодопомоги частин та елементів системи органів внутрішніх справ із метою найбільш ефективного розв'язання завдань боротьби зі злочинністю й охорони громадського порядку [17, с. 10].

Не вступаючи в полеміку з наведеними науковцями щодо більш доречного визначення взаємодії, хочемо зробити висновок, що зазначений термін є досить багатогранним і включає в себе багато ознак, які використовуються різними авторами у своїх трактуваннях та безумовно повинні бути враховані під час закріплення легального визначення в спеціальному нормативно-правовому акті – Інструкції № 700.

Не менш важливим є питання щодо існуючих форм здійснення взаємодії між слідчим та оперативними підрозділами. Так, О.Ю. Гавріляк пропонує всі існуючі форми взаємодії ділити на процесуальні та організаційні [4, с. 115]. І така позиція, на нашу думку, досить виправдана, оскільки можемо зробити припущення, що автор надав ці назви відповідно до джерела їх закріплення. «Процесуальні» форми – ті, що прямо передбачені в КПК України, а «організаційні» форми закріплені в спеціальних відомчих інструкціях, таких як,

наприклад, Інструкція № 700, яка фактично має назву «Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявлені та розслідуванні кримінальних правопорушень».

Відповідно до ст. ст. 40, 41, 246 КПК України простежуються дві процесуальні форми здійснення взаємодії: виконання доручень слідчого відповідними оперативними підрозділами та спільне виконання негласних слідчих (розшукових) дій слідчим і відповідними оперативними підрозділами.

Аналізуючи положення спеціальних відомчих інструкцій, С.І. Апухтін виділяє такі організаційні форми взаємодії слідчих та оперативних підрозділів: 1) спільний аналіз інформації; 2) спільне планування слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів; 3) взаємний обмін інформацією; 4) консультативна діяльність слідчого під час документування злочинних дій, проведення оперативними підрозділами первинної перевірки; 5) використання оперативно-розшукових обліків; 6) проведення тактичних операцій; 7) створення та діяльність слідчо-оперативної групи (далі – СОГ) [1, с. 151–158].

У практичній діяльності розгалуженість системи існуючих форм взаємодії, які нормативно закріплюються в численних нормативно-правових актах, приводить до того, що найчастіше слідчими використовується лише одна очевидна форма – надання доручень відповідним оперативним підрозділам.

Подолати такий негативний аспект практичної діяльності можливо завдяки, по-перше, внесенню змін до спеціальних інструкцій шляхом виділення й закріплення основних форм здійснення взаємодії між слідчими та оперативними працівниками на основі узагальнення наукових поглядів; по-друге, проведенню спеціальних, спільних занять слідчих із різними оперативними підрозділами, на яких будуть висвітлюватись існуючі форми взаємодії, документальне супроводження взаємодії, розкриття слідчим можливостей виконання дій різних оперативних підрозділів тощо.

Додатково варто зауважити, що всі існуючі форми взаємодії між слідчими та оперативними підрозділами мають наскрізний характер. Тобто в межах однієї форми виконуються інші (як процесуальні, так і організаційні). Найбільш ефективною під час розслідування, а також універсальною для учасників щодо можливостей одночасного використання їх потенціалу є форма взаємодії в складі СОГ.

Інструкція № 700 передбачає можливість створення таких груп:

1) чергових СОГ (п. 2.4);

2) тимчасових СОГ для розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, а також кримінальних правопорушень, які викликали значний суспільний резонанс (п. 4.1);

3) постійно діючих спеціальних СОГ для розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, учинених у минулі роки (п. 4.6);

4) міжрегіональних СОГ (п. 4.8);

5) СОГ для виконання доручень слідчого або прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій, а також пов'язаних із цим тактичних операцій (розділ 6).

У механізмі здійснення взаємодії особливу роль посідає процесуальна фігура слідчого, який виконує організацію такої взаємодії. Згідно з п. 17 ст. 3 КПК України слідчий уповноважений здійснювати досудове розслідування. Відповідно до п. 1.3.1 Інструкції № 700 він є відповідальним за швидке, повне й неупереджене розслідування кримінальних правопорушень, а згідно з п. п. 2.7.1 та 4.3 Інструкції № 700 керує діями членів СОГ і несе персональну відповідальність за якість проведення процесуальних дій у складі СОГ.

Однак варто зауважити, що під час організації взаємодії не можна повною мірою сприймати слідчого як процесуальну фігуру останньої інстанції,

оскільки він зобов'язаний виконувати законні вимоги процесуального керівника (відповідного прокурора), а також керівника органу досудового розслідування.

Тому на основі викладених положень щодо розуміння поняття, а також існуючих форм взаємодії пропонуємо авторське тлумачення внутрішнього змісту зазначеного явища. На нашу думку, серед усіх запропонованих підходів до розуміння цього явища простежується таке положення, що за своєю внутрішньою спрямованістю взаємодія передбачає механізм комунікації посадових осіб у державних органах, які спільними зусиллями виконують завдання кримінального провадження.

Під комунікацією фактично необхідно розуміти процес обміну службовою інформацією, яка в подальшому зумовлює процесуальні наслідки у вигляді виконання певних дій чи прийняття процесуальних рішень. Згідно із загальним розумінням процесу комунікації вона відбувається за допомогою вербальної передачі інформації (у процесі розслідування такий спосіб знаходить відображення під час здійснення спільних нарад, аналізу слідчої чи оперативно-розшукової інформації, планування слідчих (розшукових) або негласних слідчих (розшукових) дій тощо) або за допомогою невербальної передачі інформації (з огляду на те, що кримінальному процесу притаманний письмовий документообіг, пропонуємо розглядати невербальну комунікацію саме під цим кутом – надання владними суб'єктами розпорядчих актів і можливості підпорядкованим суб'єктам відповідати на них, а саме виконувати чи оскаржувати в разі невідповідності вимогам законодавства або в разі неможливості виконання через об'єктивні причини).

Прокурор як процесуальний керівник досудового розслідування, згідно з положеннями КПК України, має право надавати слідчому доручення, вказівки, а також уповноважений виносити постанови. Керівник органу досудового розслідування також уповноважений надавати слідчому вказівки, обов'язкові до виконання, а в деяких випадках – погоджувати проведення слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій.

У свою чергу слідчий має можливість оскаржувати лише процесуальні рішення прокурора шляхом подання скарг прокурору вищого рівня відповідно до ст. ст. 311–313 КПК України. Процедуру оскарження рішень керівника органу досудового розслідування чинний КПК України взагалі не передбачає.

Якщо зосередити увагу на взаємодії слідчого та відповідних оперативних підрозділів, то останні зобов'язані виконувати лише письмові доручення слідчого, які зареєстровані в канцелярії територіального органу внутрішніх справ і передані відповідно до порядку, передбаченого Наказом Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Інструкції з діловодства в системі Міністерства внутрішніх справ України» від 23 серпня 2012 р. № 747 [10].

Відповідно до п. 6.2 Інструкції № 700 не допускається надання слідчим неконкретизованих доручень, а також доручень без встановленого строку їх виконання оперативному підрозділу (співробітнику оперативного підрозділу – члену СОГ). Однак механізм контролю за дорученнями слідчого Інструкція № 700 не передбачає, як і не визначає пояснення терміна «неконкретизовані» та не містить визначення максимальних строків виконання доручення.

Тому під неконкретизованим дорученням варто розуміти доручення, у якому не зрозуміле завдання, що ставиться оперативному підрозділу, не міститься короткий опис способу вирішення такого завдання або ж доручення надане оперативному підрозділу, який не компетентний виконувати його [6].

Строк виконання доручення слідчого повинен бути достатнім для реалізації відповідними оперативними підрозділами поставлених перед ними завдань і

не має перевищувати строк досудового розслідування. У разі неможливості виконати доручення слідчого в зазначений у ньому час оперативні підрозділи мають можливість звернутись до начальника оперативного підрозділу, який разом із керівником органу досудового розслідування подовжують такий час.

Оскаржувати доручення слідчого оперативні підрозділи не мають права, як не мають права звертатись до слідчого судді чи прокурора з клопотаннями (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України).

Неможливість оскарження процесуальних рішень керівника органу досудового розслідування слідчим, а також рішення слідчого відповідними оперативними працівниками свідчить про прогалини в законодавстві, а також про звуження процесуальних прав зазначених осіб. Адже згідно зі ст. 24 КПК України кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого тощо. У КПК України зазначено, що немає чіткого переліку процесуальних рішень, які можливо оскаржити, а отже, можна оскаржити будь-які рішення (у тому числі вказівки та доручення тощо) [16, с. 79].

У свою чергу принцип забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, передбаченого ст. 24 КПК України, відповідає ст. 55 Конституції України, де закріплено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Офіційне тлумачення цього принципу надано в рішенні Конституційного Суду України від 14 грудня 2011 р. № 19-рп/2011 (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочин), відповідно до якого право на судовий захист належить до основних, невідчужуваних прав і свобод людини й громадянина та, відповідно до ст. 64 Конституції України, не може бути обмежене навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Якщо співвіднести процесуальні норми з положеннями Конституції України, то можна зробити висновок, що або на всіх посадових осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні (прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, відповідного співробітника оперативного підрозділу), поширюються одні й ті ж права, передбачені чинною Конституцією України, і всі вони однаковою мірою мають право оскаржувати процесуальні рішення, обов'язкові для виконання ними, або на посадову особу кримінального провадження не поширюється право на судовий захист, передбачене ст. 55 Конституцією України (проте зазначене твердження не можна визнати правильним).

Тобто з метою вдосконалення комунікації під час взаємодії посадових осіб необхідно подолати односторонність у відносинах – передбачити механізм оскарження неправомірних рішень. Відтак у ст. 312 КПК України поряд із можливістю подання скарги слідчим до прокуратури вищого рівня має бути передбачена можливість додаткового оскарження в суді. Наприклад, якщо за розглядом скарги прокурор прокуратури вищого рівня не задовольнить вимоги, зазначені в скарзі слідчого, йому має бути надано право звернутись зі скаргою до слідчого судді місцевого суду згідно з правилами судового розгляду, передбаченими ст. ст. 318–380 КПК України.

У главі 26 КПК України має бути передбачена окрема норма, яка надаватиме можливість слідчому оскаржувати процесуальні рішення керівника органу досудового розслідування в судовому порядку.

Процедура оскарження відповідними оперативними підрозділами процесуальних рішень слідчого має складатись із двох етапів: відомчого (скаргу розглядає керівник органу досудового розслідуван-

ня) та судового (у разі, якщо керівник органу досудового розслідування не задовольнить вимоги скарги).

Підводячи підсумок, варто зазначити, що внесення змін до кримінального процесуального законодавства шляхом закріплення офіційного тлумачення терміна «взаємодія органів досудового розслідування», а також закріплення чіткого переліку існуючих форм взаємодії безсумнівно здатне позитивно вплинути на ефективність досудового розслідування. А внесення змін до КПК України в частині передбачення можливості оскарження слідчим процесуальних рішень керівника органу досудового розслідування, а також оскарження оперативними підрозділами процесуальних рішень, які надаються їм для виконання, узгодило б кримінальне процесуальне законодавство з положеннями Конституції України – Основного Закону нашої держави.

Ключові слова: поняття взаємодії, організація взаємодії слідчим, форми взаємодії, повноваження посадових осіб кримінального провадження, оскарження процесуальних рішень слідчим, законодавство у сфері регулювання взаємодії.

Статтю присвячено законодавству у сфері регулювання організації взаємодії посадових осіб органів, які виконують досудове розслідування кримінального провадження. Увага приділяється питанням визначення терміна «взаємодія» в кримінальному процесі, досліджуються форми здійснення взаємодії органів досудового розслідування, а також взаємодія розглядається як процес комунікації посадових осіб державних органів під час виконання завдань кримінального провадження. Встановлено невідповідність окремих норм Кримінального процесуального кодексу України положенням Конституції України в частині реалізації слідчим і відповідними оперативними працівниками права на оскарження процесуальних рішень у суді.

Статья посвящена законодательству в сфере регулирования организации взаимодействия должностных лиц органов, которые осуществляют досудебное расследование уголовного производства. Внимание уделяется вопросам определения термина «взаимодействие» в криминальном процессе, исследуются формы осуществления взаимодействия органов досудебного расследования, а также взаимодействие рассматривается как процесс коммуникации должностных лиц государственных органов во время выполнения заданий уголовного производства. Установлено несоответствие отдельных норм Уголовного процессуального кодекса Украины положениям Конституции Украины в части реализации следователями и определенными оперативными сотрудниками права на обжалование процессуальных решений в суде.

The article is devoted to the law in the regulation of interaction between officials of carrying out pre-trial investigation of the criminal proceedings. The attention paid to the definition of "interaction" in the criminal process, studied the forms of interaction of the pre-trial investigation and interaction is considered as a process of communication of public officials in the performance of tasks of criminal proceedings. Established discrepancy some norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine the provisions of the Constitution of Ukraine in the implementation of the investigator and corresponding operational employees the right to appeal procedural decisions in court.

Література

1. Апухтін С.І. Теоретичні та практичні питання взаємодії оперативних підрозділів ОВС під час обшуку обвинувачених і підсудних / С.І. Апухтін // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2012. – № 3. – С. 151–158.

2. Бацько І.М. Процесуальні аспекти взаємодії слідчих, дізнавачів, експертів та спеціалістів / І.М. Бацько // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства

внутрішніх справ : зб. наук. праць. – 2004. – № 4(18). – С. 362–369.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с.

4. Гавріляк О.Ю. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів при проведенні тактичних операцій у кримінальних провадженнях про вимагання / О.Ю. Гавріляк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2013. – № 6-2. – Т. 2. – С. 114–117.

5. Гуменна Н.В. Поняття взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку під час здійснення ним розшукової діяльності / Н.В. Гуменна // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова. – 2014. – Вип. 72. – С. 497–504.

6. Дунаєва А.В. Взаємодія слідчого та оперативного підрозділу органу внутрішніх справ під час розшуку підозрюваного / А.В. Дунаєва // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 18. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/Chaau/2013-1/13davcrp.pdf.

7. Берназ В.Д. Криміналістика : [навч. посібник] / В.Д. Берназ, М.В. Салтевський. – О. : ОДУВС, 2009. – 460 с.

8. Баб'як А.В. Отримання та використання первинної оперативно-розшукової інформації оперативними підрозділами ОВС України : [монографія] / А.В. Баб'як, В.П. Сапальов, М.В. Стащак, В.В. Шендрик. – Львів : Каменяр, 2010. – 167 с.

9. Про взаємодію правоохоронних органів у сфері боротьби з організованою злочинністю : Наказ Міністерства внутрішніх справ України та Центрального управління Служби безпеки України від 10 червня 2011 р. № 317/235 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0822-11.

10. Про затвердження Інструкції з діловодства в системі Міністерства внутрішніх справ України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 23 серпня 2012 р. № 747 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://document.ua/pro-zatverdzhennja-instrukciyi-z-dilovodstva-v-sistemi-minis-doc121236.html.

11. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2135-12.

12. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30 червня 1993 р. № 3341-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3341-12.

13. Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявлені та розслідуванні кримінальних правопорушень : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 14 серпня 2012 р. № 700 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://document.ua/pro-organizaciyu-vzaemodiyi-organiv-dosudovogo-rozsliduvannj-doc119907.html.

14. Про організацію діяльності органів досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 9 серпня 2012 р. № 686 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1769-12.

15. Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні : Наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12.

16. Уголовный процессуальный кодекс Украины: научно-практический комментарий / отв. ред. : С.В. Кивалов, С.Н. Мищенко, В.Ю. Захарченко. – Х. : Одиссей, 2013. – 1184 с.

17. Шванков В.М. Теоретические основы координации и взаимодействия в органах внутренних дел / В.М. Шванков. – М. : Академия МВД СССР, 1978. – 139 с.

18. Шендрик В.В. Організаційно-тактичні основи профілактики пенітенціарної злочинності : [навч.-практ. посібник] / В.В. Шендрик, Н.Є. Філіпенко, В.В. Марков. – К. : РВВ МВС України, 2009. – 116 с.

УДК 342.9

І. Завальнюк,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
суддя Одеського окружного адміністративного суду

ПІДСТАВИ ЗМІНИ ФОРМИ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Право на судовий захист є одним із фундаментальних конституційних прав людини і громадянина, яке є важливим елементом системи гарантій реалізації усіх інших прав і свобод. Ця складна юридична конструкція визначається сукупністю матеріально-правових і процесуально-правових чинників, серед яких вагоме місце займає ефективна процесуальна форма.

Реалізація права особи на судовий захист є непорушним і безумовним, проте, його складові, кожна окремо, завжди пов'язані із встановленими законодавством умовами і передумовами реалізації. Так, право на звернення до суду вимагає дотримання вимог юрисдикції, строку звернення; право на судовий розгляд справи – зумовлено вибором процесуальної форми; право на задоволення позову – реалізується у разі доведеності правомірності вимоги; право на виконання судового рішення – обмежено правом на примирення сторін. Лише право на неупереджений і незалежний суд не передбачає будь-яких обмежень та умов реалізації. Це також можна вважати підтвердженням актуальності і значущості вивчення умов реалізації права на судовий розгляд справи із застосуванням спрощених процесуальних форм, адже обрання тієї чи іншої процесуальної форми вимагає оцінки додаткових умов, які дозволяють здійснити цей вибір.

Встановлення умов і підстав розгляду справи адміністративної юрисдикції у формі того чи іншого провадження становить додаткову гарантію права особисто брати участь у розгляді і вирішенні справи і відповідним чином вплинути на рух справи, мати змогу вжити дій у ситуації, коли потрібні додаткові зусилля для доведення правомірності своєї позиції: усіма тими перевагами, які надаються загальною ординарною формою розгляду і вирішення справи. З іншого боку, право остаточного рішення про обрання процесуальної форми розгляду адміністративної справи належить суду, і вирішується через застосування дискреції, що ґрунтується на наявних нормативних приписах, оцінці обставин конкретної справи, власному професійному досвідові, напрацьованій судовій практиці тощо. відтак, питання підстав та умов обрання процесуальної форми розгляду адміністративної справи, в тому числі підстав і умов її зміни є важливим як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

На сьогоднішній день проблематика процесуальної форми адміністративного судочинства висвітлена фрагментарно. Переважна більшість досліджень зосереджено, передусім, на з'ясуванні специфіки реалізації позовного провадження щодо публічно-правових спорів, пошуці впливу типу справи на диспозитивність і змагальність як ос-

новних рис позовного провадження. Безвідносно щодо процесуальної форми, підстави й умови реалізації права на судовий захист сформовано на підґрунті досліджень Ю.В. Георгієвського. М.К. Кобилянського, О.В. Закаленко тощо. Критерії, що визначають застосування окремих процесуальних форм в адміністративному судочинстві розглядалися у працях Д.В. Роженка, А.О. Чернікової, О.С. Фонової. Суттєвим надбанням для розвитку традиції спрощеного судового провадження становлять праці О.Ю. Зуб, С.О. Короєд, М.І. Смоковича. Водночас, питання щодо підстав та умов застосування спрощеного провадження в адміністративному судочинстві також потребує детального і всебічного вивчення.

Метою статті є систематизація визначених законодавством і судовою практикою підстав і умов застосування спрощеної форми судового провадження в адміністративному судочинстві. Досягнення цієї задачі передбачає вирішення низки завдань: виявлення закономірностей між типом адміністративних справ та їх ознак і процесуальної форми адміністративного судочинства; з'ясування критеріїв застосування спрощеної форми провадження в адміністративному судочинстві; формулювання рекомендації щодо конкретизації підстав і умов застосування спрощеної процесуальної форми в адміністративному судочинстві.

Питання процесуальної форми розгляду і вирішення справи адміністративної юрисдикції пов'язане із таким елементом права на судовий захист, як право на участь у судовому засіданні. Як зазначає К.М. Кобилянський, право на участь у судовому засіданні є одним із чинників юридичної конструкції права на судовий захист, яке логічно випливає із права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом [10, с. 133]. Крім того, брати участь у судовому розгляді – це право особи, яке в окремих випадках переростає в її обов'язок, і його невиконання може мати негативні наслідки для цієї особи. Зокрема, це право стає обов'язком у тих випадках, коли суд першої інстанції або апеляційний суд відповідно до ст. 120 КАС України визнав обов'язковою участь сторони чи третьої особи у судовому засіданні.

Варто наголосити, що серед структурних елементів юридичної конструкції права на судовий захист в адміністративному суді саме право на участь у судовому розгляді адміністративної справи практично не було предметом наукових досліджень. Таким чином, встановлення умов і підстав розгляду справи адміністративної юрисдикції у формі того чи іншого провадження становить додаткову гарантію права особи особисто брати участь у розгляді і вирішенні справи, так би мовити, «відчути зміни у русі справи» і відповідним чином вплинути на нього, мати змогу вжити дій у ситуації, коли потрібні додаткові зусилля для доведення правомірності своєї позиції: усіма тими перевагами, які надаються загальною ординарною формою розгляду і вирішення справи.

Підставами розгляду справи адміністративної юрисдикції у суді є комплекс обставин нормативного і фактичного характеру, які дозволяють розпочати процесуальну діяльність суду. Такі підстави можна умовно розподілити у дві групи: нормативні і фактичні. Нормативні підстави являють собою комплекс положень КАС України, якими регламентується процесуальна діяльність судді та учасників процесу після відкриття провадження у справі, а також положення, які визначають дії суду у разі виникнення ускладнень розгляду справи. Фактичні підстави розгляду справи адміністративної юрисдикції охоплюють такі обставини, як: а) ініціювання судового процесу особою, яке відповідає усім вимогам законодавства до звернення до судового захисту; б) процесуальне оформлення рішення про відкриття провадження у справі; в) відсутність обставин, передбачених законодавством як ускладнення розгляду і вирішення справи у суді.

Наведені підстави можна вважати загальними підставами розгляду справи у суді, які не дозволяють визначити форму провадження у справі. Відтак, слід виокремити спеціальні підстави розгляду справи у спрощеному провадженні. При визначенні спеціальних підстав розгляду справи із застосуванням спрощеної процесуальної форми слід мати на увазі, що вона не є однорідною і охоплює декілька окремих видів спрощеного провадження. Отже, нормативні і фактичні підстави будуть суттєво відрізнятися між собою. Так, якщо говорити про нормативні підстави застосування такої спрощеної процесуальної форми, як скорочене провадження, то до них будуть належати, окрім норм, що визначають цей процесуальний порядок, і норма, яка закріплює вичерпний перелік справ, що розглядаються у спрощеному провадженні. У справах особливого (непозовного) провадження також виокремлюються норми, які визначають пряму залежність виду справи і виду процесуальної форми її розгляду. Якщо ж проаналізувати письмове провадження, можна побачити, що КАС України не встановлює переліку справ, щодо яких застосовується ця процесуальна форма, відтак, нормативними підставами її застосування є лише ті норми, які визначають порядок розгляду і вирішення справ у письмовому провадженні. Таким чином, не можна говорити, що нормативні підстави застосування процесуальної форми письмового провадження відсутні: саме нормативне закріплення визначення письмового провадження уже є достатнім для їхнього виокремлення.

Фактичні підстави застосування спрощеної процесуальної форми в адміністративному судочинстві збігаються з виокремленими раніше підставами розгляду справи, але мають відмінності у процесуальному оформленні рішення про відкриття провадження, оскільки у кожному із цих рішень має зазначатися вид провадження, якого буде застосовано до конкретної справи адміністративної юрисдикції. Таким чином, видається, характеризуючи підстави розгляду справи у відповідній процесуальній формі більш точною і змістовною буде вказівка не на фактичні підстави, а саме на процесуальні – процесуальне рішення, яке приймається суддею при вирішенні питання про форму розгляду справи.

Окрім наведених підстав, слід також звернути увагу на проблему зловживання процесуальними правами як підставу застосування спрощеного провадження. За даними судової статистики в адміністративному судочинстві кількість розглянутих адміністративними судами справ і матеріалів, в яких заявникам відмовлено у задоволенні їхніх вимог, становить 18% [2]. Як свідчить судова практика, значна частина таких вимог ґрунтується на відсутності у позивачів юридичної (матеріально-правової) заінтересованості, відсутності у них права, за захистом якого вони звертаються до адміністративного суду. Оскільки серед процесуальних передумов права на звернення до адміністративного суду відсутня юридична (матеріально-правова) заінтересованість позивача, суди змушені формально розглядати такі вимоги по суті, відмовляючи у їх задоволенні, витрачаючи на ці справи час і ресурси, що, безумовно, впливає на оперативність і якість розгляду інших справ, де права позивачів дійсно підлягають судовому захистові, створює для суддів надмірне невиправдане навантаження [9]. Тому застосування щодо таких очевидно незаконних позовних вимог загального порядку позовного провадження у суді першої інстанції з усіма його етапами є недоцільним. У зв'язку із цим є необхідність у з'ясуванні критеріїв, які дозволяють при відкритті провадження в адміністративній справі встановити відсутність у заявника юридичної (матеріально-правової) заінтересованості, статус неналежного позивача, а відтак і визначити доцільність застосування спрощеного провадження до таких вимог.

Якщо звернутися до напрацювань фахівців цивільного права, то мож-

на побачити, що питання визначення підстав розгляду справи у таких видах спрощеного провадження, як наказне [5] і окреме провадження [13], не стало предметом обговорення, оскільки законодавець передбачає конкретний перелік справ, що розглядаються у відповідних процесуальних формах. Відтак, очевидність таких підстав знижує актуалізацію цього питання. Водночас, на наше переконання, такий підхід є хибним, оскільки не відкриває перспектив наукового пошуку обґрунтування закріплення певних видів спрощених проваджень за тими чи іншими справами. В зв'язку з цим, питання про розширення або скорочення нормативно визначених переліків справ відповідного спрощеного провадження вирішується де-факто, в нормативній площині, а потім стає предметом наукової дискусії.

Підстави застосування певної процесуальної форми в адміністративному судочинстві є важливим напрямком наукового дослідження спрощеного провадження. Як уявляється, доцільним є поєднання нормативного та процесуального критеріїв визначення підстав застосування спрощеного провадження в адміністративному судочинстві. Нормативною підставою розгляду справи у спрощеному провадженні є пряме визначення КАС України спрощеного провадження як єдино можливої або базової форми розгляду конкретної справи. Процесуальною підставою є рішення суду про відкриття провадження у справі із застосуванням спрощеної процесуальної форми.

Проблема вибору процесуальної форми полягає, насамперед, у тому, щоб визначити, при розгляді яких категорій справ, що виникають з публічних правовідносин, можливо спрощення, в якому обсязі і в яких межах це допустимо та достатньо. Необхідність пошуку оптимальних процесуальних форм зумовлена збільшенням категорій спорів публічного характеру, які розглядаються в адміністративних судах, ускладненням їх специфіки та наявністю відповідних особливостей [3, с. 81]. На думку В.Б. Авер'янова, будь-які заходи подальшого удосконалення вітчизняного адміністративно-юстиційного законодавства, включаючи положення чинного КАС України, мають ґрунтуватися не на особистих уявленнях розробників законопроектів, а обов'язково – на достатньо обґрунтованих поняттях і висновках сучасної адміністративної науки» [1, с. 24].

В адміністративному судочинстві поєднуються два підходи до предметної диференціації процесуальної форми: 1) формування окремих груп справ адміністративної юрисдикції для яких передбачено спільну спрощену процесуальну форму (скорочене провадження); 2) закріплення окремими статтями КАС України особливостей розгляду певних справ адміністративної юрисдикції, які не пов'язані між собою і не відрізняються «глобальними перетвореннями» процесуальної форми, обмежуючись формуванням додаткових процесуальних вимог (особливості розгляду і вирішення справ з приводу затримання та видворення іноземців та осіб без громадянства; щодо гарантованого забезпечення потреб оборони тощо).

Останній спосіб є виправданим лише частково, оскільки значно «розмиває» процесуальну форму адміністративного судочинства, тому більш доцільним варто вважати формування повноцінних відокремлених проваджень і визначати групу відносно однорідних справ, які поєднуються за спільним критерієм. Саме таким шляхом здійснюється спрощення процесуальної форми в цільному і, частково, кримінальному процесах.

Переваги такого способу є беззаперечними, оскільки дозволяють реалізувати таке завдання спрощення провадження, як зрозумілість, робить процесуальну форму судочинства більш структурованим, а провадження – прогнозованим для учасників процесу. Водночас, ефективність формування у процесуальній площині нових відокремлених і відносно самостійних утворень безпосередньо залежить від виваженого рішення щодо визначення їх предмет-

ного складу. Як наголошує О.В. Сівак, вибір підстави застосування спрощеного судового провадження має визначальний вплив на подальший порядок розгляду справи. Так, в спрощених провадженнях, які базуються на безспірності заявлених вимог, не передбачається проведення судового засідання, в той час, в спрощених провадженнях, заснованих на малозначність предмета спору, застосовуються інші способи спрощення судочинства (наприклад, проведення тільки одного засідання). Невідповідність характеру справ і процесуальної форми спрощеного провадження може спричинити, по-перше, зниження ефективності судочинства; по-друге, незатребуваність відповідного провадження на практиці [11, с. 31]. Відтак, існує потреба у чіткому встановленні критерію об'єднання справ адміністративної юрисдикції як предмету спрощеної процесуальної форми.

Очевидною підставою об'єднання групи справ для застосування правил спрощеного провадження є малозначність справи (в цивільному аналогові – справи з невеликою ціною позову). Як процесуальна категорія, малозначність активно опрацьовується у кримінальному процесі і в адміністративно-деліктному праві у контексті конкретизації змісту суспільної небезпеки як загальної ознаки правопорушення. Незважаючи на уявне віддалення цього терміну від досліджуваного явища, можна стверджувати, що як характеристика діяння малозначність впроваджена для того, щоб підкреслити неможливість домінування формальної ознаки справи – наявності складу правопорушення, над фактичною сутністю справи – відсутністю загрози суспільним інтересам [12, с. 17]. Крім того, досить часто у кримінальному праві і адміністративно-деліктному праві ознака малозначності вимірюється розміром спричиненої шкоди. Цей самий критерій може стати визначальним для цивільного процесу при віднесенні справи до малозначної та застосування до неї спрощеної форми розгляду і вирішення.

Критерій малозначність заявлених вимог оцінюється неоднозначно фахівці у галузі цивільного процесу, багато з яких скептично налаштовані щодо його можливості виступати умовою для застосування спрощеної процесуальної форми розгляду і вирішення справ. Так, А.О. Згама вважає, що малозначність не може бути підставою для встановлення факту простоти справи та відсутності необхідності в розгляді справи в загальному порядку [8, с. 184]. Н.В. Сівак наголошує на тому, що проведення повноцінного процесу нераціональне, якщо сума позову мала, але малозначність спору вимагає передусім, здешевлення провадження, що дозволить збалансувати видатки і потенційні вигоди сторін, в той час, як обмеження суду і сторін у засобах доказування може лише нашкодити [11, с. 9].

В адміністративному судочинстві матеріальний еквівалент можна вважати похідним критерієм, в той час, як суспільна значущість відносин, із яких виник спір, – є основним. Саме виходячи із цього виборчі спори, навіть ті, що стосуються внесення до списку єдиного виборця, або виключення його зі списку, не можуть вважатися малозначними справами, враховуючи рівень суспільної напруги, яка супроводжує виборчий процес. Цікаву точку зору на питання встановлення сутності малозначних справ висловлює М.О. Бакумов, який відзначає, що критерії малозначності можна визначати як суб'єктивні та об'єктивні. До суб'єктивних критеріїв малозначності спору вчений пропонує відносити: а) ступінь значимості справи для сторін спору (наприклад, з урахуванням майнового стану осіб); б) готовність брати активну особисту участь у справі. В свою чергу, до об'єктивних критеріїв зараховано: а) математична різниця між заявленою ціною позову та витратами на розгляд справи; б) ступінь суспільного значення справи [4, с. 82]. В адміністративному судочинстві як спеціальному порядку розгляду і вирішення публічно-правових спорів, принципо-

вим питанням при віднесенні справи до малозначної є суспільний запит на публічність процесу. У широкому розумінні поняття «гласність» – це, перш за все, відкритість і публічність у діяльності державних структур як умови демократичного прийняття рішень, а також поінформованість громадян про всі соціально значущі проблеми, які торкаються їх інтересів [6, с. 16]. Тобто, кожен член суспільства має право знати, що загрожує його безпеці, правам та свободам, які заходи спрямовані й вживаються для їх забезпечення. Ступінь резонансності справи у публічних відносинах завжди вищий за цивільно-правові, тому виходячи із потреби забезпечення прозорості діяльності органів влади, як судової, так і виконавчої гілки, малозначних справ у адміністративному процесі відчутно менше.

В адміністративному судочинстві впровадження відокремленої безальтернативної процесуальної форми – скороченого провадження було пов'язане з формуванням серед справ адміністративної юрисдикції груп, які постійно повторювалися. Як правило, виникнення такої групи справ пов'язувалося з прийняттям певного підзаконного нормативного акту, яким звужувалося право групи осіб, що і спричиняло безсистемне звернення до адміністративного суду значної кількості осіб з одного і того самого питання до одного і того ж органу. Така ситуація зумовила появу нового критерію відмежування групи справ – типовість спору.

На підставі аналізу судової практики визначено ознаки типової справи: а) предметом позову є індивідуальне рішення, дія або бездіяльність; б) виникнення спорів з ідентичних публічно-правових відносин; в) фігурування у справах однієї й тієї ж сторони – суб'єкта владних повноважень; г) однаковість підстав позовів; д) однаковість позовних вимог; є) численність звернення до суду; е) неможливість об'єднання справ. Типові справи адміністративної юрисдикції, як правило, є нескладними для вирішення, не потребують значних зусиль для доведення фактичних підстав позовних вимог, і не становлять високого ступеня значущості для особи і для публічної влади. Таким чином, у категорії «типові справи» можна побачити поєднання двох проаналізованих вище критеріїв і приєднання до них ознаки множинності та повторюваності звернення до суду.

При детальному аналізі справ, яких віднесено законодавцем до фіксованого переліку справ скороченого провадження, можна побачити, що вони не об'єднані спільною логікою. Так, справи щодо стягнення грошових сум, які ґрунтуються на рішеннях суб'єкта владних повноважень, щодо яких завершився встановлений цим Кодексом строк оскарження можна з високою долею вірогідності вважати справами безспірними, тобто такими для яких більш прийнятною є форма особливого (непозовного провадження). Такі справи мало чим відрізняються, наприклад, від справ про стягнення коштів за податковим боргом, адже обидві справи: а) ініціюються суб'єктом владних повноважень; б) вимагають від суду оцінити обґрунтованість вимог заявника; в) як правило, не містять сутнісних заперечень від позивача; г) зумовлені необхідністю обмеження влади щодо вживання щодо вжиття примусових заходів, спрямованих на майно особи. Таким чином, в наявності невідповідність типу справи процесуальній формі, передбаченій КАС України для її розгляду і вирішення. Узагальнюючи висновки щодо критеріїв виокремлення груп справ, яким відповідає самостійний вид скороченого провадження, можна стверджувати, що саме ознака типовості є найбільш характерною для адміністративного судочинства.

Характеризуючи умови, з якими пов'язано застосування одного із спрощених проваджень, слід звернути увагу і на питання можливості виокремлення обставин, які унеможливлюють застосування спрощеного провадження. Так, наприклад, С. Женлель та Н. Чугунова

виокремлюють такі підстави, що унеможливлюють розгляд справи без судового засідання: 1) порядок спрощеного провадження може призвести до розголошення державної таємниці; 2) необхідно провести огляд і дослідження доказів за місцем їх знаходження, призначити експертизу або заслухати показання свідків; 3) вимога пов'язана з іншими вимогами, в тому числі до інших осіб, або судовим актом, прийнятим у даній справі, можуть бути порушені права і законні інтереси інших осіб; 4) розгляд справи в порядку спрощеного провадження не відповідає цілям ефективного правосуддя, в тому числі в разі визнання судом необхідності з'ясувати додаткові обставини або дослідити додаткові докази [7, с. 13].

Підсумовуючи визначені умови і підстави застосування спрощеного провадження при розгляді і вирішенні справ адміністративної юрисдикції, можна зробити висновок, що зміна загальної позовної форми можлива за умови поєднання двох факторів: нормативного і процесуального. Нормативною підставою зміни процесуальної форми є встановлення належності справи до визначеного в КАС України переліку. Процесуальною підставою зміни процесуальної форми є рішення адміністративного суду.

Поряд з підставами, при обранні або зміні процесуальної форми слід оцінювати й чинники, що становлять умови суб'єктивного та об'єктивного характеру. Об'єктивні умови форми провадження охоплюють комплекс позитивних (типовість справи, її поширеність у практиці адміністративних судів, малозначність позовних вимог, терміновість справи) і негативних (недостатність доказів, наданих сторонами для встановлення обставин справи, ускладненість суб'єктного складу справи; пропуск строку відповідачем для подання заперечень проти позову з причин, визнаних судом поважними) обставин. Наявність суб'єктивних умов визначається допоміжним характером спрощеного характеру і полягає у позиції сторін щодо доцільності особистої участі у процес.

Ключові слова: адміністративне судочинство; процесуальна форма; спрощене провадження; умови зміни процесуальної форми; підстави зміни процесуальної форми.

Статтю присвячено дослідженню умов та підстави обрання і зміни процесуальної форми адміністративного судочинства. Проаналізовано критерії обрання процесуальної форми в адміністративному судочинстві. З'ясовано роль об'єктивних і суб'єктивних чинників обрання і зміні процесуальної форми адміністративного судочинства. Узагальнено кореляційні зв'язки між характеристиками адміністративної справи і процесуальною формою її розгляду.

Статья посвящена исследованию условий и оснований избрания и изменения процессуальной формы административного судопроизводства. Проанализированы критерии избрания процессуальной формы в административном судопроизводстве. Охарактеризована роль объективных и субъективных факторов, влияющих на избрание и изменение процессуальной формы административного судопроизводства. Обобщены корреляционные связи между характеристиками административного дела и процессуальной формой его рассмотрения.

The article is devoted to the study of the conditions and grounds for choosing and changing the procedural form of administrative proceedings. The criteria for choosing a procedural form in administrative proceedings are analyzed. The role of objective and subjective factors in the selection and change of the procedural form of administrative proceedings is clarified. Correlations between the characteristics of an administrative case and the procedural form of its consideration are generalized.

Література

1. Авер'янов В.Б. Нові категорії Кодексу адміністративного судочинства України: питання наукового тлумачення. Часопис Київського університету права, 2010. № 2. С. 22-29.

2. Аналітичний огляд стану здійснення адміністративного судочинства у першому півріччі 2015 року. Офіційний веб-сайт Вищого 229 адміністративного суду України URL: http://www.vasu.gov.ua/userfiles/file/Statistika/Analiz_1pivr_2015-text.doc.

3. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право: учеб. для вузов. 3-е изд., пересмотр. и доп. Москва, Норма, 2007. 816 с.

4. Богунов В. Віртуальний суд: відеоконференції дозволять учасникам процесу економити час і гроші. Закон і бізнес. 2012. № 35(1034). URL: http://zib.com.ua/ua/print/11349-videokonferencii_dozvolyat – uchasnikam_sudovih_zasidan_ekonom.html

5. Вербицька М.В. Наказне провадження в цивільному процесі України: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Київ. Київський національний університет ім. Тараса Шевченка, 2011. 18 с. URL: irbisnbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe.

6. Гаврилюк О.О. Принцип гласності та відкритості в адміністративному судочинстві: автореферат дис. ... канд.. юрид. наук. Харків. Харківський національний університет внутрішніх справ, 2012. 20 с.

7. Женетль С., Чугунова Н. Некоторые проблемы упрощенного производства. Арбитражный и гражданский процесс, 2005. № 12. С. 13.

8. Згама А.О. Про застосування спрощеної процедури в господарському судочинстві. Актуальні проблеми держави і права, 2014. Вип. 72. С. 182-187.

9. Зуб О.Ю. Спрощене провадження як модель цивільного судочинства: URL: http://oaji.net/articles/2016/3229-1459839818.pdf

10. Кобилянський К.М. Право фізичної особи на судовий захист в адміністративному суді: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса. Національний університет «Одеська юридична академія», 2010. 220 с.

11. Сивак Н. Упрощенное производство в английском гражданском процессе. Арбитражный и гражданский процесс, 2008. № 8. С. 28-32.

12. Сопронюк І.О. Принцип процесуальної економії у кримінальному процесі України: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Київ. Львівський національний університет ім. Івана Франка, 2011. 20 с. URL: https://mydisser.com/dfiles/97932596.doc.

13. Ясинюк М.М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України: теорія та практика: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса. Національний університет «Одеська юридична академія», 2011. 38 с.

НОТАТКИ