

ISSN 1561–4999

ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

# ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

LAW HERALD

4'2013

**У НОМЕРІ:**

- *Юридична антропологія влади*
- *Критерії науковості порівняльного правознавства*
- *Недержавні правозахисні інститути*
- *Статутна нормотворчість місцевого самоврядування*
- *Сервітутні відносини*
- *Захист прав споживачів*
- *Реалізація нового КПК України*



**IN LEGIBUS SALUS**

# ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

# ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

## LAW HERALD

# 4'2013

**Виходить щоквартально**

Засновано у листопаді 1993 року

Засновник:

Одеська національна 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 № 19241-9041рп.

Президією Вищої атестаційної комісії України включено до наукових видань, в яких можуть публікуватися основні результати дисертаційних досліджень (Постанови від 9 липня 1999 р. — № 1-05/7, від 14 квітня 2010 р. — № 1-05/3).

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

Передплатний індекс: 40318

**Головний редактор**

*М. П. Орзіх*

**Редакційна колегія:**

*Ю. П. Аленін*

*В. М. Дрьомін*

*С. В. Ківалов*

*А. В. Луняченко*

*В. К. Мамутов*

*Ю. М. Оборотов*

*Б. А. Пережняк*

*(зам. голов. редактора)*

*П. М. Рабінович*

*В. О. Туляков*

*Є. О. Харитонов*

**Технічний редактор**

*С. С. Сон*

*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»  
05.10.2013 р., протокол № 2

Адреса редакції:

Україна, 65009, Одеса-9

Піонерська, 2, каб. 405

Тел. / факс: (048)719-88-15, 0674802353

Ел. пошта: constodessa@ukr.net

Здано до набору 10.10.2013.

Підписано до друку 07.11.2013.

Формат 70×108/16.

Друк офсетний. Ум. друк. арк. 17,2.

Тираж 1000 прим. Зам. № 17.

Друкарня видавництва «Юридична література»

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 4284 від 23.03.2012 р.)

Одеса, вул. Піонерська, 7.

Тел. (048) 777-48-79

Наукове видання

**ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК 4'2013**

Укр., рос., англ. мовами



## ЗМІСТ

### МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

**В. Завальнюк**

*Юридична антропологія влади. . . . .* 5

**М. Дамирли**

*Критерии научности сравнительно-  
го правоведения. . . . .* 10

### КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ У ДІЇ

**Ю. Фрицький**

*Система стримувань і противаг як  
засіб організації та функціонування  
державної влади в Україні . . . . .* 17

**О. Олькіна**

*Конституційно-правовий статус  
органів, установ та організацій в  
Україні. . . . .* 23

### ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ

**О. Батанов, І. Зайцева**

*Концептуальні проблеми статутної  
нормотворчості у місцевому само-  
врядуванні. . . . .* 28

**Ю. Бальцій**

*Основні моделі побудови системи  
місцевого самоврядування в містах  
України . . . . .* 35

### РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

**М. Аракелян**

*Негосударственные правозащит-  
ные институты — необходимый  
элемент правозащитной системы в  
Украине. . . . .* 39

**Т. Латковська**

*Реформування системи захисту  
прав споживачів на ринках фінансо-  
вих послуг у сучасний період . . . . .* 45

**Ю. Полянський, В. Долежан**

*Роль прокурора у досудовому кримі-  
нальному провадженні за новим  
Кримінальним процесуальним кодек-  
сом України. . . . .* 52

**Н. Бакаянова**

*Перспективи розвитку інституту  
стажування за законодавством про  
адвокатуру та адвокатську діяль-  
ність . . . . .* 59

**В. Андрусяк**

*Правозащитная функция в контек-  
сте реформирования прокуратуры  
Украины . . . . .* 63

### ПРОБЛЕМИ ТА СУДЖЕННЯ

**Г. Пузанова**

*Деякі підходи визначення поняття  
«інвестиція» . . . . .* 68

**Н. Водько**

*Вопросы правового регулирования  
противодействия уголовным право-  
нарушениям, требующие первооче-  
редного решения . . . . .* 76

**Н. Янчук**

*Многообразие уголовно-правовых  
систем современности и проблемы  
их классификации . . . . .* 83

**Ю. Аленін**

*Особенности открытия материалов  
іншої стороні за новим КПК Украї-  
ни: здобутки та прорахунки . . . . .* 89

**Е. Іскендеров**

*Правозащитная роль прокуратуры у  
досудовому кримінальному провад-  
женні . . . . .* 95

**О. Ващук**

*Слідчий як верифікатор достовір-  
ності криміналістичної інформації  
на досудовому розслідуванні. . . . .* 105

### ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

**Т. Харитонова**

*Співвідношення врегулювання  
сервітутних відносин нормами  
Земельного та Цивільного кодексів  
України . . . . .* 110

**Є. Полянський**

*Actus reus як сукупність  
об'єктивних ознак складу злочину  
в кримінальному праві США . . . . .* 116



---

# МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 340.12:342.5

**В. Завальнюк,**

кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри теорії держави і права,  
ректор Національного університету «Одеська юридична академія»

## ЮРИДИЧНА АНТРОПОЛОГІЯ ВЛАДИ

Державна влада є одним з найбільш вивчених і одночасно дискусійних предметів юриспруденції. У зарубіжній науці державну владу зазвичай розглядають з позицій біхевіоризму, телеології, інструменталізму, структуралізму, конфліктології. У вітчизняній юридичній науці поширений погляд на державну владу як здатність і можливість держави за допомогою наявних засобів впливати на поведінку людей. У той же час юридична наука все більш звертає увагу на зв'язаність влади з організацією впливу суб'єкта на об'єкт і активніше використовує досягнення інших наук. Серед них — політична антропологія, представлена низкою робіт вітчизняних та зарубіжних науковців. Разом з тим юридичні аспекти проблематики антропології влади практично не вивчались.

В. Ф. Халіпов визначає антропологію влади як науку про владу над людьми, що опирається на соціоприродні дані, здібності та можливості людини [1]. Антропологія влади виступає як концепція, що, по-перше, охоплює сукупність уявлень про існування людини у світі влади, по-друге, про сприйняття влади підвладними. Ця концепція, як уявляється, може стати у нагоді дослідникам держави та державної влади. Принаймні антропологія влади здатна хитнути нібито незаперечну істину про виключно соціальну природу державної влади і протистояти поширенню уявлень про державу як суто бюрократичний та/або правовий механізм.

Юридична антропологія звертає увагу на те, що влада, в тому числі —

державна — породжується не тільки соціальними факторами, але й також природою людини, її інстинктами, потребами, почуттями, інтересами. У свою чергу, уже в самій владі як феномені, породженому функціонуванням живих мислячих істот, мимоволі проявляються властивості та риси людини, що надають державній владі антропоморфний характер. Державна влада з позицій юридичної антропології постає не як пасивний інструмент, що служить інтересам суспільства в цілому, або класу, або соціальної групи тощо, а як активно діючий суб'єкт, що переслідує власні інтереси [2].

Як уявляється, своєрідній антропологічній науковій експертизі може бути піддана не тільки уся традиційна предметна сфера та інфраструктура державознавства: походження і сутність держави, її форми, функції, державний механізм тощо, але й нові аспекти теорії держави, а саме — співвідношення особистості та держави, образ держави у суспільній свідомості тощо.

Антропологічне (а подекуди, органіцистське) розуміння онтології державної влади є одним з найдавніших концептів в історії політичної та правової думки. Конфуцій розглядав державу як велику сім'ю, тобто бачив у державі людську істоту у системі споріднених зв'язків. Згідно з соціальною схемою Конфуція, правитель — «син неба» (знов-таки антропна характеристика державця) — лише на декілька сходинок підносився над главою сім'ї [3]. Платон бачив в ідеальній державі справедливу людину,

яка має ті ж інтелектуальні здібності та пристрасті, що й людина [4]. І як тут не згадати знамените слівце Людовіка XIV, кинуте непокірному паризькому парламенту: «Ви думали, панове, що ви — це держава? Помиляєтесь, держава — це я!»

Ототожнення державної влади (і навіть держави) і людини властиве було не тільки давньосхідним та античним авторам, не тільки диктаторам та абсолютним монархам, але й мислителям-раціоналістам, які започаткували модерне державознавство. Так, на обкладинці найбільш відомого твору Томаса Гоббса «Левіафан», присвяченого теорії держави, держава була зображена у вигляді велетня, який складається з маленьких людей. Антропологічним забарвленням просякнуті договірні та конституційні акти модерних держав. Так, угода «батьків-пілігримів» з «Мейфлауера» (1620 р.), що розглядається як ідеологічний фундамент США, проголошувала, що її учасники об'єднуються у громадянський політичний організм, тобто надають своєму колективу колоністів рис живої істоти.

Герберт Спенсер, критикуючи підходи Платона та Т. Гоббса, виробив власний не стільки антропологічний, скільки органістський підхід до онтології суспільства та держави, згідно з яким жива істота, людина, суспільство та його політична організація, тобто держава, володіють рисами схожості та відмінності: «І ті, й інші поступово зростають у масі своїй, помалу ускладнюються, а частини їх приходять до все більшої взаємної залежності; ті й інші продовжують жити як цілі, між тим як покоління складових їхніх одиниць одно за одним з'являються та зникають, — усе це разючі особливості, як проявляються політичними тілами поряд з усіма живими тілами...» [5].

І в наші дні антропологічний підхід до виявлення онтології державної влади проявляється у тому, що у суспільній правосвідомості їй приписуються властивості суто антропного характеру: наявність у держави власних інтересів (хоча в реальності у сучасної демократичної

правової держави у принципі не повинно бути власних інтересів, відмінних від інтересів громадянського суспільства), здатність викликати почуття та емоції (повага, заздрість, любов, зневага, ненависть, сподівання тощо), здатність підтримувати дружбу з іншими державами або ворогувати з ними тощо. З позицій антропологізму формується те, що сьогодні отримало у політології та іміджології назву «образ держави» (у державознавстві окремі спроби привнесення цього поняття до предметної сфери теорії держави належать Л. С. Мамуту та Ю. М. Оборотову). Л. С. Мамут йде навіть далі й говорить про те, що спостережувана людьми державність запам'ятовується в їхньому уявленні в одній із двох іпостасей: або у вигляді якоїсь асоціації (спільності) індивідів, або у вигляді окремої особи (групи осіб) [6]. У свою чергу, Ю. М. Оборотов підкреслює, що сформований образ сучасної держави транслює поширену ілюзію, нібито окрема людина може тримати в руках, контролювати та навіть змінювати державу, використовуючи інститути демократії. Таким чином дослідник підкреслює міфічність образів держави, їх внутрішню незавершеність та одночасно тотальну комплексність [7].

Походження держави є тим складовим елементом теорії держави, що зазнав найбільшого впливу антропологізму. Передусім його рисами відмічена аристотелівська концепція, в якій людина, як політична, тобто здатна спілкуватися з іншими, тварина є початком усіх форм організації суспільного життя — від сім'ї до держави. Патерналістські та патріархальні теорії походження держави (Конфуцій, Р. Фільмер), різні варіанти органічної теорії (Г. Спенсер, Р. Вормс та ін.), нарешті, психологічні теорії походження держави так чи інакше були людиноцентричними. Як уявляється, антропологічний підхід до виникнення держави певною мірою простежується також у багатофакторній та в олігархічній теоріях походження держави. Зокрема, їх представники (Ф. Ф. Кокошкін, М. М. Ковалевський, Б. Шантебу) повністю або частково

пов'язували причини виникнення держави з тими здібностями, які первісна людина бачила у племінних ватажків, жерців, шаманів, чаклунів. Вони могли робити щось таке, на що були нездатні усі інші. Їхня «магічна сила» робила громаду залежною від їхньої діяльності, що й стало зародком державної влади.

З позицій юридичної антропології по-новому постає така усталена характеристика держави, як її форма. Загальновідомо, що формою держави є спосіб організації та функціонування державної влади, що зумовлюється багатьма різноманітними чинниками. Але, як правило, характеристика форм держави ніколи не включає антропологічної складової, що, як уявляється, суттєво її збіднює. Принаймні форма державного режиму суттєво від неї залежить. Так, тоталітарним прийнято вважати лише той державний режим, який передбачає певні людські властивості правителя, а саме — наявність у нього харизми лідера, здатності нав'язувати свою волю та свою ідеологію підвладним не тільки правовими, переважно раціональними, але й ірраціональними засобами. Слід зазначити, що обожнювання (неважливо реальне чи удаване) правителя має не тільки суто психологічний, але й юридичний вимір, зокрема, може закріплюватися у антропоморфній титулатурі (батько народів, мати вітчизни, син бога, син неба та ін.). Так, Петро I у 1721 р. офіційно отримав від Сенату титул «Батька Вітчизни». У 1936 р. Сталін у передовій статті газети «Правда», яка була рупором державно-партійної влади, уперше був названий «Батьком народів» і ця титулатура набула характеру офіційної.

Антропологічний портрет державної влади буде неповним без усвідомлення її моральних основ. Так, у часи Конфуція зародилось уявлення про моральні чесноти як неодмінну перепустку до державної посади. І хоча воно не повсюдно стало перешкодою для усіх негативних проявів державної влади, відзначимо, що в історії є багато прикладів прогресивного впливу саме загальнолюдської моральності на розвиток державних ін-

ститутів. Так, перший президент США Джордж Вашингтон з моральних міркувань відмовився стати довічним президентом і навіть балотуватися на третій строк. «Прецедент Вашингтона» заклав міцну підвалину інституту протидії диктатурі у США. Взагалі, та обставина, що батьками-засновниками США стали такі високоморальні, патріотично налаштовані та гуманні особистості, як Бенджамін Франклін, Томас Джефферсон, Джордж Вашингтон, Джон Адамс, безумовно, «підняла планку» вимог до людських чеснот державного діяча або чиновника у цій країні і, так би мовити, задала правильний тон процесу державотворення. По сей день Президент США усіма, навіть тими, хто за нього не голосував, вважається найбільш впливовим та шанованим політиком. Джордж Вашингтон, Авраам Лінкольн, Теодор та Франклін Рузвельти, Джон Кеннеді, Рональд Рейган, а тепер і Барак Обама (останній у першій свої каденції навіть породив таке явище, як обамоманія) розглядаються не тільки як незаперечні лідери нації, але й як зразки для наслідування.

Уявляється, що законодавче врегулювання питання про моральність претендента на державну посаду має високий рівень кореляції з процесами революційних змін у державному ладі. Так, не випадково в Албанії у 1995 р. був прийнятий Закон про верифікацію моральності посадових осіб та інших осіб, пов'язаних з обороною демократичної держави. Певною мірою до нього належать подібні закони про люстрацію, ухвалені у Чехії та Польщі [8].

Взагалі антропологічний вимір державних інститутів та державної служби не є чужим і для законодавця. Це проявляється, передусім, у нормативних вимогах досягнення певного віку, наявності життєвого досвіду, розумності та моральності для зайняття певної посади. Так, за Законом про мирових суддів 1979 р. у Великій Британії переважна більшість мирових суддів (всього їх приблизно 30 тис. осіб) призначається на громадських засадах від імені королеви з урахуванням таких характеристик: се-



редній вік (від 27 до 65 років), середній рівень достатку, бездоганна репутація, проживання у місцевості, де функціонує відповідний суд. Колегія для розгляду справ про правопорушення неповнолітніх призначається з урахуванням ще однієї вимоги — хоча б один суддя має бути жінкою [9]. Взагалі, формування органів ювенальної юстиції й в інших країнах містить вимогу гендерного паритету.

Антропологічну природу має також проблема дискримінації відповідно до деяких соматичних ознак людини (раса, національність, стать, вік, стан здоров'я тощо). Зазначимо, що дискримінація може бути негативною або позитивною. Негативна дискримінація, тобто обмеження або позбавлення прав, заборонена на міжнародному, регіональному і національному рівнях, що ж до позитивної, то у вигляді пільг, привілеїв та імунітетів вона широко розповсюджена в сучасному світі.

Протокол № 12 до Конвенції прав людини та основоположних свобод зазначає, що «здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою» (ст. 1).

Однією із складових юридичної антропології влади є вивчення міфу як частини державного життя. Міфічні уявлення про державну владу простежуються не тільки у традиційних суспільствах (що майже вичерпно проаналізовані класиками антропології), але й модерних і навіть постмодерних. Серед них — міфи про мудрого правителя — філософа на троні, про правову державу та демократію, про всемогутність держави або правителя держави, про універсально-взірцевий або, навпаки, унікальний характер своєї державності тощо. Як приклад такого універсалістського державницького міфу можна навести слова президента Джорджа Буша, ска-

зані ним перед випускниками Вест-Пойнту в 2002 р.: «На кінець ХХ століття вижила і виявилась дієздатною тільки одна-єдина модель прогресу людства», тобто західна демократія. І — прямо протилежний приклад — наголошування багатьма політиками і політологами на унікальності Російської держави як багатонаціональної, полірелігійної, розташованої у двох частинах світу та ін.

Особливо слід зупинитись на міфологізації державного правителя, яка, як уявляється, найбільш потужний потенціал має у суспільствах з досучасною політичною культурою (культурою підданства — за типологією Г. Алмонда [10]) або у суспільствах з державним апаратом, який ще не перетворився на майже автоматично працюючий бюрократичний механізм. Таким є феномен Чингізхана в Імперії Монголів, Сталіна у Радянському Союзі і як найкращий зразок — Кім Ір Сена у Північній Кореї, який має усі ознаки героїчного міфу (дивне або принаймні незвичне народження, важке дитинство та/або юність, вигнання за межі свого соціуму, випробування та боротьба з ворогами, знаходження вірних соратників, дивовижні подвиги, загадкова смерть). Цей феномен щодо недавнього минулого Росії висвітлений А. В. Захаровим [11].

Але й демократична державність, для якої характерна інша політична культура — «культура участі» за типологією того-таки Г. Алмонда, не є чужою антропологічній темі. В основі сучасної демократичної теорії лежить вироблений А. Геленом концепт відкритої людини. На його думку, біологічна недосконалість людини зумовлює її відкритість до світу, пластичність, здатність до змін та діяльності, в тому числі — політичної. Такий погляд на людину лежить в основі максимальної демократизації суспільного життя, розвитку «демократії участі» [12]. Такий розгляд відносин людини та держави через антропологічну призму дозволяє «зняти» нібито вічну суперечність «особистість — держава». Ці одвічні конкуруючі та ворогуючі сутності проявляються з іншого боку: держава як один із варіантів самореаліза-

ції людини, а держава — як своєрідне дзеркало людської особистості, в якому відображені людські, антропні риси.

Уявляється, що антропологічний підхід до держави та державності на відміну від соціологічного або суто юридичного підходу дозволить актуалізувати проблеми гуманізації державної політики, захисту людини від жорстких політичних технологій, бездушної машини влади, з одного боку, і побачити «людське обличчя» у держави — з іншого. Такий підхід відкриває нетрадиційні шляхи до осмислення відносин особистості та державної влади і утвердити, нарешті, гасло, яке поки що залишається декларативним, про те, що не людина існує для держави, а держава для людини. Як видається, осмислення феномена демократичної правової держави може бути плідним напрямом для подальших пошуків у сфері антропології держави та державної влади.

**Ключові слова:** державна влада, юридична антропологія, концепція, держава, державність.

*Антропологія влади виступає як концепція, що охоплює сукупність уявлень про існування людини у світі влади та сприйняття влади підвладними. Ця концепція може стати у нагоді дослідникам держави та державної влади.*

*Антропологія влади виступає як концепція, охоплююча сукупність представлень о існуванні людини в світі влади та сприйняття влади підвладними. Ця концепція може пригодиться дослідникам держави та державної влади.*

*Anthropology power stands as a concept encompassing a set of ideas about human existence in the world of power and perception of power subservient.*

*This concept can be useful to researchers and the state government.*

#### Література

1. Халипов В. Ф. Кратология как система наук о власти : монография / В. Ф. Халипов. — М. : Республика, 1999. — С. 248.
2. Ясаи Э. Государство / Энтони де Ясаи ; пер. с англ. Г. Покатовича ; под ред. Ю. Кузнецова. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 410 с.
3. Переломов Л. С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая / Л. С. Переломов. — М. : Наука, 1981. — 333 с.
4. Платон. Государство // Собрание сочинений : в 4 т. / Платон. — М. : Мысль, 1994. — Т. 3. — С. 128. — (Филос. наследие ; т. 117).
5. Спенсер Г. Опытны научные, политические и философские / Герберт Спенсер ; пер с англ. под ред. Н. А. Рубакина. — Минск : Совр. литератор, 1998. — 1407 с.
6. Мамут Л. С. Образ государства как алгоритм политического поведения // Общественные науки и современность. — 1998. — № 6. — С. 85–97.
7. Оборотов Ю. Образы государств в глобализующемся мире // Закон и жизнь. — 2004. — № 8. — С. 4–8.
8. Бойцова В. Люстрация в Центральной и Восточной Европе / В. Бойцова, Л. Бойцова // Правозащитник. — 1999. — № 3.
9. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. — М. : Триада Лтд, 1996. — 157 с.
10. Алмонд Г. Гражданская культура. Политические установки и демократии пяти наций // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М. : Мысль, 1997. — Т. 2 : Зарубежная политическая мысль XX в. — С. 599.
11. Захаров А. В. Народные образы власти // Полис. — 1998. — № 1. — С. 23–35.
12. Гелен А. О систематике антропологии : пер. с нем. // Проблема человека в западной философии. — М. : Прогресс, 1988. — С. 152–200.



должны устанавливаться в отношении науки как видового понятия, т.е. для каждой отдельной науки, и призваны подчеркнуть специфичность отдельных наук, определить их границы, решать проблемы размежевания их с другими родственными науками. Они позволяют также определить исторический рубеж, с которого начинается полноценная «жизнь» отдельных наук.

Я считаю, что, опираясь на философию науки, в качестве таковых можно выделить, как минимум, три категории критериев: онтологические, гносеологические (эпистемологические) и институционально-организационные.

Теперь рассмотрим их последовательно.

**1. Онтологические критерии научности сравнительного правоведения.** Онтологические критерии какой-либо науки, на мой взгляд, базируются на объективных характеристиках изучаемой этой наукой реальности (ибо онтология — это учение о бытии). Поэтому выяснение этих критериев предполагает, прежде всего, установление объективных предпосылок для ее существования. Однако главное условие создания самостоятельной социальной науки, как утверждал еще создатель социологии О. Конт, — это выделение специфической реальности, не изучаемой никакими другими науками.

Стало быть, в онтологическом плане научный статус сравнительного правоведения будет доказан, если, во-первых, будут выявлены объективные предпосылки сравнительного изучения правовой реальности и при этом будет выявлено наличие специфической области правовой реальности, изучением которой занимается лишь сравнительное правоведение; во-вторых, будет показано, что в практическом плане сравнительное изучение этой области является достаточно важным (практическая необходимость), в-третьих, будет установлено, что она не изучается другими науками, появившимися раньше сравнительного правоведения и потому не делающими последнюю как самостоятельную науку излишней. Следует подчеркнуть, что

эти вопросы могут быть рассмотрены лишь в комплексе.

Как показывает история социальных наук, их становление связано с объективными условиями, назревшими потребностями общественной жизни, задачами практики и образования. Следовательно, потребность в сравнительном анализе, впоследствии и в самой сравнительно-правовой науке появилась через саму реальную жизнь, складывалась в соответствии с потребностями правовой практики и юридического образования.

В современном мире бытие права отличается не только единством, но и многообразием, которое обусловлено различными факторами: природными, географическими, историческими, политическими, экономическими, духовно-культурными (влиянием религии, традиции, культуры, языка), собственно юридическими.

Основой многообразия бытия права, прежде всего, является территориальное расчленение правовой реальности на множество правовых образований — правовые системы. Они существуют в рамках отдельных государств (национальные правовые системы) и регионов (интеграционные правовые системы), а равно в межгосударственном масштабе (международная правовая система). Многообразие права проявляется также в содержательном расчленении правовой реальности. Срезами этой реальности выступают: конституционно-правовая реальность, гражданско-правовая реальность, уголовно-правовая реальность и т.д. Такое расчленение происходит в рамках отдельных правовых систем.

Единство и многообразие в мире права находит свое отражение еще и в наличии национального и всеобщего в праве, в существовании в нем универсального и культурно-особенного, которые могут быть осмыслены надлежащим образом лишь через сравнение.

Таким образом, единство и многообразие правовой реальности является первоосновой сравнения. Оно здесь выступает общей методологической установкой практики. Тем самым срав-

нение превращается в способ существования.

Другой объективной предпосылкой специального сравнительного изучения правовой реальности является наличие реальных отношений и связей между территориально расчлененными правовыми образованиями: это отношения взаимосвязи, взаимодействия и взаимозависимости. В рамках мирового правового пространства всякая правовая система сосуществует со множеством других правовых систем. История человечества фактически не знает примеров абсолютно изолированного социального и культурного (следовательно, и правового) развития при отсутствии взаимодействия между отдельными обществами. В правовой сфере это взаимодействие осуществляется в целях взаимопонимания и сотрудничества, взаимного использования положительного опыта по решению правовых проблем. Сосуществование правовых систем и их согласование ставит задачу их систематического сравнительного изучения. Это и служит еще одним онтологическим основанием необходимости сравнительного правоведения как самостоятельной науки.

В историческом плане указанные связи и отношения в большей или меньшей мере были всегда, однако получили широкий размах со времен великих географических открытий, интернационализации экономики и расширения экономической взаимозависимости государств, экспансии колониализма, развития международных отношений и торговых связей. Все это неизбежно привело к преодолению национальной замкнутости, к взаимодействию и взаимовлиянию национальных правовых систем. Национальная ограниченность становится все более и более невозможной, образуется международное правовое пространство. Плоды юридической деятельности отдельных наций становятся общим достоянием. Еще Р. Иеринг отмечал, что именно в Новое время правовые системы, ранее развивавшиеся порознь, «не бегут более рядом, не соприкасаясь друг с другом, но перекре-

щаются, соединяются в одну ткань...» [6, 8]. Указанные процессы требовали выхода за рамки национального права. Подготовлена была практическая почва для становления сравнительного правоведения. Таким образом, с того же времени происходила онтологическая институционализация той сферы правовой реальности, на изучение которой претендует сравнительное правоведение.

Все правовые науки по определению занимаются освоением общей «территории» — правовой реальности. Однако правовая реальность как целостное явление изучается лишь общетеоретическими правовыми науками (общая теория права, философия права, социология права). В отношении отраслевых правовых наук, да и науки международного права можно говорить об определенном расчленении правовой реальности. В таком случае, например, для науки международного права специфической будет международно-правовая реальность, для науки конституционного права — конституционно-правовая реальность, для науки уголовного права — уголовно-правовая реальность и т.д. Дело в том, что и эти указанные отдельные срезы правовой реальности не исключаются из «территории» изучения сравнительного правоведения. Тем самым следует констатировать в некотором отношении совпадение области изучения сравнительного правоведения с областью изучения других правовых наук. Однако этими последними отдельные правовые системы изучаются изолированно, вне взаимосвязи и взаимодействия с другими правовыми системами, что составляет специфическую область правовой реальности, изучением которой занимается лишь сравнительное правоведение.

**2. Эпистемологические критерии научности сравнительного правоведения.** Для признания сравнительного правоведения как самостоятельной науки онтологических критериев недостаточно, ибо, как это видно из вышеприведенного, область изучения сравнительного правоведения в определенной мере (частично) совпадает

с областью изучения других правовых наук. Поэтому немалое значение имеют критерии другой категории — гносеологические (т.е. научно-познавательные, которые также могут быть названы эпистемологическими или когнитивными) критерии.

В эпистемологическом плане научный статус сравнительного правоведения будет доказан, если, во-первых, будет установлено, что выше выделенная область явлений для своего исследования требует специальной науки (концептуальная необходимость); во-вторых, будет выявлено наличие особой познавательной установки (или ракурса рассмотрения); в-третьих, будет показано, что сравнительное правоведение — это познание, непосредственно нацеленное на достижение новых научных знаний и/или знаний, целенаправленных на дальнейшее познание и преобразование объекта.

Если онтологические критерии исходят из фактических связей явлений, то эпистемологические — из их «мысленных» связей. В этой связи исходной эпистемологической предпосылкой специального сравнительного изучения правовой реальности является наличие отношений сходства и различия (общее, особенное и единичное), которые могут быть выявлены и познаны надлежащим образом лишь через сравнение.

Понятно, что не всякое применение сравнения можно считать специально-научным и, следовательно, не всякое сравнительно-правовое знание — продуктом самостоятельной сравнительно-правовой науки. Для того чтобы такие знания могли считаться специально-научными, право должно стать объектом особой познавательной установки (или особого ракурса рассмотрения). Следовательно, наличие особой познавательной установки, специфического подхода к изучаемому объекту является одним из главных эпистемологических критериев.

Для сравнительного правоведения таковым является сравнение. Но сравнительное правоведение от других правовых наук отличается тем, что здесь

сравнение применяется систематично. Более того, сравнение в этом случае выступает не просто методом, а методологической исследовательской стратегией, доминирующей методологической установкой, ориентиром познания.

Именно систематическое применение сравнения в познании права привело, с одной стороны, к накоплению значительного материала, нуждающегося в систематизации, а с другой — к развитию сравнительно-правового метода и необходимости разработки сравнительно-правовой методологии, требующих, в свою очередь, особого рода деятельности, которая называется наукой.

Важнейшим эпистемологическим фактором возникновения сравнительного правоведения стала также потребность в расширении географического кругозора правовой науки. Эта потребность была достаточно острой и объяснялась тем, что правовая наука времени конструирования сравнительного правоведения ограничивалась национальными границами. Критикуя положение дел в современной ему правовой науке, Р. Иеринг писал: «Наука спустилась на ступень правоведения той или другой страны, научные границы в юриспруденции совпали с политическими. Униженное, недостойное науки положение! Но от нее самой зависит перейти эти границы и обеспечить за собой на все последующие времена в другой форме — в форме сравнительного правоведения характер всемирности, который она так долго имела. Ее метод делается другим, ее взгляд делается шире, ее суждение зреее, ее обработка материала свободнее и таким образом мнимая потеря обратится в самом деле к ее истинному благу, поднимет ее на высшую ступень научной деятельности» [6, 12].

Важным эпистемологическим критерием научности любой отрасли знания является не просто научный характер получаемых здесь знаний, а непосредственная нацеленность ее на достижение новых научных знаний и/или знаний, целенаправленных на дальнейшее познание и преобразование объекта.



ментов. К тому же, с одной стороны, систематическое применение сравнения не исключает использования других специальных методов познания, а с другой стороны, применение последних обусловлено природой и спецификой самой изучаемой реальности и задачей создания более или менее целостной ее картины. В этом ключе методология сравнительного правоведения может быть представлена как «ансамбль» взаимосвязанных элементов. Она строится на сочетании, с одной стороны, сравнительно-правового подхода, который является доминирующим в ее структуре, и с другой стороны, остальных подходов и методов познания. При этом следует учесть, что в рамках самого сравнительно-правового подхода может быть использована целая совокупность, определенная система методов и принципов. В некоторых случаях посредством переплетения сравнительно-правового подхода с иными методологическими инструментами образуются его разновидности, например, сравнительно-логический, сравнительно-исторический, сравнительно-типологический и т.д.

Итак, научно-познавательные возможности сравнения в сочетании с эвристическими способностями других подходов и методов познания обеспечивают получение нового сравнительно-правового научного знания.

**3. Институционально-организационные критерии научности сравнительного правоведения.** Третья категория критериев научности сравнительного правоведения — это критерии институционально-организационные. Как и всякая наука, сравнительное правоведение включает в себя разные институционально-организационные формы научно-познавательной деятельности: научное сообщество юристов-компаративистов, систематические научные сравнительно-правовые исследования и публикации, научные периодические издания, специализированные международные и национальные научно-исследовательские школы, центры и институты, конгрессы, конференции, семинары, системы преподавания и подготовки со-

ответствующих кадров — юристов-компаративистов (факультеты, кафедры, издание учебных программ и пособий) и т.д.

В историческом плане организационная институционализация сравнительного правоведения происходила начиная с конца 20-х гг. XIX в. Именно с того времени в Европе (Германии и Франции) появляются первые кафедры и журналы по сравнительному правоведению. В течение века появляются и другие институционально-организационные формы научно-познавательной деятельности в области сравнительного изучения права.

В современном мире существует разветвленная сеть институционально-организационных форм сравнительно-правовой науки. Соответствующая институционализация происходила и в постсоветском пространстве. В частности, в Украине и Российской Федерации появились соответствующие научно-исследовательские центры (Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Центр сравнительного правоведения Института государства и права им. В. М. Корецкого), научные периодические издания («Ежегодник сравнительного правоведения» (Москва), Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения» (Москва), «Порівняльно-правові дослідження» (Киев)), в систему юридического образования было внедрено преподавание учебных дисциплин по сравнительному правоведению, были созданы соответствующие кафедры, учебники и учебные пособия. Последнее десятилетие ознаменовалось большим ростом систематических сравнительно-правовых исследований: монографий, диссертаций и научных статей.

Знаменитым событием стало создание в 2006 г. Украинской ассоциации сравнительного правоведения. С того же времени под ее эгидой была заложена традиция проведения в разных городах страны ежегодных международных форумов юристов-компаративистов: конференций, дней сравнительно-



го правоведения, научных семинаров и круглых столов. В рамках этих форумов читаются открытые лекции известных украинских и зарубежных ученых, проводятся презентации книг по профилю.

Таким образом, после вышеизложенной идентификации сравнительного правоведения на основе трех категорий критериев научности не должно быть сомнений по поводу признания его самостоятельного научного статуса.

**Ключевые слова:** критерии научности сравнительного правоведения, онтологические критерии, гносеологические (эпистемологические) критерии, институционально-организационные критерии, концептуальная и практическая необходимость сравнительного правоведения.

*В статье на основе критического анализа существующих подходов к определению статуса сравнительного правоведения и разработки трех категорий критериев (онтологических, эпистемологических и институционально-организационных) излагается авторское обоснование его научности, а также концептуальной и практической необходимости.*

*У статті на основі критичного аналізу існуючих підходів до визначення статусу порівняльного правознавства та розробки трьох категорій критеріїв (онтологічних, епістемологічних та інституційно-організаційних) викладається авторське обґрунтування його науковості, а також концептуальної та практичної необхідності.*

*In article on the basis of critical analysis of existing approaches to the definition of status of comparative law and on the basis of elaboration of three categories of criteria (ontological, epistemological and institutional-organizational) author's substantiation of scientific character of comparative law, as well as its conceptual and practical necessity, is stated.*

#### Литература

1. Bogdan M. *Comparative Law* / M. Bogdan. — Kluwer ; Stockholm : Norstedts Juridik ; Oslo : TANO, 1994. — 245 p.
2. Ильин В. В. *Критерии научности знания* / В. В. Ильин. — М. : Высш. шк., 1989. — 127 с.
3. Кезин А. В. *Научность: эталоны, идеалы, критерии: критический анализ методологического редукционизма и плюрализма* / А. В. Кезин. — М. : Изд-во МГУ, 1985. — 128 с.
4. Кохановский В. П. *Философские проблемы социально-гуманитарных наук (формирование, особенности и методология социального познания)* / В. П. Кохановский. — Ростов н/Д : Феникс, 2005. — 320 с.
5. *Философия науки* / под ред. С. А. Лебедева. — М. : Акад. проект : Трикста, 2004. — 736 с.
6. Иеринг Р. *Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1* / Р. Иеринг. — СПб. : Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. — 321 с.
7. Сабо И. *Теоретические проблемы сравнительного правоведения* // *Сравнительное правоведение : сб. ст. / отв. ред. В. А. Туманов.* — М., 1978. — С. 54–75.
8. Кант И. *Сочинения. Т. 2* / И. Кант. — М., 1964. — 510 с.

---

## КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ У ДІЇ

УДК 342.529

**Ю. Фрицький,**

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

### **СИСТЕМА СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ ЯК ЗАСІБ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ**

Перш ніж розглядати поняття терміна «система стримувань і противаг» в правовому контексті, звернемося до філософського розуміння терміна «система» взагалі. Термін «система» походить від грецького *systema*, що в перекладі означає складене з частин, поєднане. Під системою розуміють також сукупність елементів, які знаходяться у відносинах між собою і складають певну цілісність, єдність [1]. Для системи характерним є наявність зв'язку і відносин між елементами, які її утворюють, так і єдність із середовищем, у взаємовідносинах з яким система проявляє свою цілісність.

У правовому контексті цей термін використовується досить часто: система права, система державних органів, система законодавства, система норм, політична система суспільства, система стримувань і противаг тощо.

Поява сучасної системи стримувань і противаг (ця система почала виходити на передній план 60–70 років тому) пов'язана, перш за все, з активізацією держави в галузі управління суспільними процесами, які без повсякденного співробітництва гілок державної влади було б важко здійснювати. Дійсно, проведення принципу поділу державної влади, доповненого системою стримувань і противаг, має на меті створити такий механізм, який забезпечував би взаємодію всіх органів єдиної державної влади.

В окремих випадках систему стримувань і противаг виділяють як засіб

обмеження однієї гілки державної влади іншою [2]. Проте таке обмеження неможливо, оскільки це погрожуватиме встановленню свавілля з боку тієї гілки, яка буде надмірно обмежувати іншу гілку (або гілки) державної влади. На наш погляд, вдалою є теза з цього приводу американських дослідників, які відзначають, що як сам принцип поділу державної влади, так і доповнюючий його механізм стримувань і противаг мають своєю метою запобігти неправомірному підвищенню будь-якого органу за рахунок повноважень іншого [3].

Деякі вчені відмічають, що система стримувань і противаг, з одного боку, підтримує співробітництво та взаємне пристосування органів влади, а з другого — створює потенціал для конфліктів, які вирішуються частіше за все шляхом переговорів, угод та компромісів [4].

Уявляється, що положення про те, що стримування і противаги створюють потенціал для конфліктів є спірним, оскільки цей механізм актуалізується лише за умов наявності останнього. Взагалі система стримувань і противаг своєю наявністю впливає на гілки влади і вступає у справу лише у виключних випадках, хоча значна кількість елементів системи стримувань і противаг діють і без наявності конфліктів. Так, наприклад, Верховна Рада України здійснює контроль за виконанням Державного бюджету України (п. 4 ч. 1 ст. 85 Конституції України); Президент України



Становить безумовний інтерес і внутрішня система стримувань і противаг, яка має дворівневу структуру — вертикальну і горизонтальну. При цьому вертикальна структура цієї системи дає можливість координувати, направляти, об'єднувати зусилля як різних органів державної влади, так і їх складових усередині конкретного органу по врегулюванню загальних для них проблем.

У свою чергу горизонтальна структура дозволяє збільшити масштаби впливу на систему стримувань і противаг. Використовуючи, таким чином, продуману стратегію, можна добитися прийняття необхідного рішення. Так, наприклад, співробітники адміністрації Президента США, кожний на своєму рівні, взаємодіють з представниками законодавчої гілки влади, тим самим забезпечуючи планомірний, але гнучкий, нетотальний вплив на законодавця з метою прийняття вигідного рішення для виконавчої гілки влади, при якій, звичайно, повинен враховуватися й інтерес законодавців, і лише в тому випадку, коли всі вищевказані заходи були вичерпані, а результат не досягнутий, звертаються вже власне до механізму стримувань і противаг [12].

Аналіз здійснення сучасного механізму стримувань і противаг дозволяє зробити висновок про дуалістичність контрольної функції, тому що вона проявляється як між гілками державної влади, як окремо взятими системами, так і безпосередньо усередині кожної з них.

Що стосується органів, які можна віднести до згаданих структур, то *по горизонталі* — це міністерства та інші центральні органи виконавчої влади (наприклад, внутрішніх справ, юстиції і т. ін.), *по вертикалі* — центральні органи виконавчої влади — уряд — голова уряду зі штатом помічників, секретарями тощо.

Варто зазначити, що найбільш злагоджено механізм внутрішніх стримувань і противаг проявляється на міністерському рівні. Зокрема, в США члени кабінету віддають перевагу обговорювати проблеми безпосередньо з президентом, а не на засіданнях кабінету

[13]. У Франції — ідентичний підхід і «сплошь и рядом тема, над которой работает сотрудник, покрыта тайной даже для его соседа».

Велика кількість урядових проектів нормативно-правових актів зароджується у надрах центрального апарату відповідних міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, проходять багато етапів по узгодженню, уточненню, переопрацюванню. Таким чином, із залученням все більшої кількості державних службовців, що приймають участь в цьому процесі (нормативно-правового акту), проект повинен стати максимально узгодженим.

В юридичній літературі з цього питання підкреслюється, що функціонування системи стримувань і противаг побудовано на задоволенні інтересів приймаючих участь в розробці урядових програм і законопроектів сторін шляхом узгодження позицій та пошуку компромісних рішень.

Надійним засобом налагодження ділових взаємовідносин гілками державної влади є визначення конкретних форм і методів системи стримувань і противаг.

До методів системи стримувань і противаг можна віднести: контроль; координацію; планування спільних заходів; укладання угод про спільну діяльність та відповідальності тощо.

До процедур системи стримувань і противаг можна віднести процедуру імпичменту, право вето, інтерпеляцію (запити депутатів) — письмові та усні, утворення слідчих комісій, контрастигування, вотум недовіри та інші.

Після проведеного аналізу конституцій більшості демократичних країн світу можна визначити найбільш загальні елементи системи стримувань і противаг, які існують у сучасній теорії та практиці конституційного права:

— різні терміни функціонування органів державної влади (США, Франція, ФРН, Нідерланди, Україна);

— різні засоби формування гілок державної влади (Фінляндія, Росія, Україна);

— наявність права вето майже в усіх державах (у ФРН — відсутнє): законо-

давче (парламентське) вето; відкладальне, «кишенькове» вето президента;

— конституційно-правова відповідальність вищих органів державної влади та посадових осіб; процедура імпічменту щодо президента (США, ФРН, Італія, Росія, Україна), суддів та інших посадових осіб (США, Японія);

— біцефальний характер виконавчої гілки влади — подвійна відповідальність перед парламентом і президентом (Франція); колективна (солідарна) відповідальність уряду перед парламентом (Франція, Україна);

— вотум недовіри (Італія, ФРН, Україна);

— право дострокового розпуску парламенту урядом та призначення нових виборів;

— дострокове припинення повноважень інших владних структур; інтерпеляція (США, Франція, Україна);

— створення контрольних і слідчих комісій (США, Італія, ФРН, Україна);

— інвеститура (вотум довіри) — при своєму формуванні уряд повинен одержати довіру у парламенту (Італія, ФРН);

— бікамералізм — двопалатна побудова парламенту (США, ФРН, Австрія, Бельгія, Великобританія, Італія, Канада, Швейцарія, Росія); право промульгації (США, Україна);

— контрастигування — акти глави держави не мають сили, якщо вони не скріплені підписом керівника уряду та відповідальних за виконання міністрів (Іспанія, Італія, ФРН, Україна);

— колегіальний характер уряду (в усіх державах); порядок взаємовідносин між урядовою партією і опозицією та ін.

При здійсненні поділу державної влади мова йде про найбільш повне наближення до ідеалу, адже класична модель поділу цієї влади на три гілки на сучасному етапі одержує все більше розповсюдження у модифікованому вигляді. Правління парламенту, імперське президентство, плебісцитарна диктатура є девіаціями, які необхідно розглядати в контексті потенційно небезпечних, для демократичної системи правління, ри-

зикових, непередбачуваних, утопічних, а отже, абсолютно несумісних у контексті концепції поділу державної влади та механізму його реалізації — системи стримувань і противаг, з планомірним і конструктивним розвитком суспільства.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що метою створення системи стримувань і противаг є реалізація принципу поділу державної влади, а головне завдання і призначення цієї системи — забезпечення політичної стабільності та безперервності функціонування державної влади; узгодження дій всіх гілок цієї влади і недопущення кризи діяльності державного механізму.

Складовими цієї системи є: баланс гілок державної влади як скоординоване прагнення до їх врівноваження, з метою виключення домінування будь-якої з них, а також досягнення оптимальних результатів під час вирішення ними спільних завдань; взаємозалежність цих гілок влади, тобто взаємні обов'язки правового характеру, що стосуються гілок влади, кожна з яких наділена різними за своїм змістом повноваженнями; взаємодія гілок влади — як взаємна діяльність гілок влади під час вирішення ними спільних завдань, врегульованих правом, і які здійснюються всіма гілками державної влади.

Система ж стримувань і противаг — це сукупність законодавчо закріплених повноважень, засобів, форм, методів, процедур, призначених для забезпечення реалізації принципу поділу єдиної державної влади, недопущення домінування будь-якої гілки влади і досягнення динамічної стабільності між ними [14].

Щоб уникати випадків неузгодженості взаємовідносин між законодавчою та виконавчою гілками влади в Україні, доцільно враховувати світовий досвід демократичних держав та свій власний, особливо при умові проведення конституційної реформи 2004–2006 років.

Надалі в умовах проведення конституційної реформи та переходу України від президентської до парламентської республіки роль і значення впровадження системи стримувань і противаг відіграє визначальну роль у процесі ор-

ганізації і функціонування державної влади.

Уявляється, що основою її застосування, поряд з іншими складовими цієї системи, повинен бути певний компроміс, сторонами якого є різні політичні сили, представлені в діючому парламенті — Верховній Раді України, застосований при вирішенні, перш за все, питань загальнодержавного значення.

Під терміном «компромід» (від лат. *compromis* — *sum*) розуміється погодження між протилежними неоднаковими поглядами, яке досягнуте шляхом взаємних поступок [15].

У системі стримувань і противаг, стосовно діяльності парламенту — Верховної Ради України, компроміс, на наш погляд, повинен виявити себе у певній мірі у відступі від жорсткої принциповості членів різних фракцій при вирішенні важливих питань політичного, державного, соціального характеру, до певної міри неприциповості заради загальної згоди, необхідної для прийняття дійсно принципового і виваженого рішення.

Уявляється, що для дієвості системи стримувань і противаг при прийнятті такого роду рішень важливо, перш за все, враховувати громадську думку, якою, на жаль, до останнього часу органи державної влади відкрито нехтували. Між тим ще О. С. Пушкін у свій час писав: «Відсутність громадської думки — це байдужість до всякого обов'язку, справедливості, права й істини. Це цинічна зневага до думки і гідності людини» [16].

Видається також, що система стримувань і противаг плідно спрацьовуватиме при умові добору людей, здатних до компромісів, виходячи з загальнодержавних інтересів, а ні з особистих амбіцій. Це важлива проблема, оскільки протягом багатьох років існування незалежної України вищі посадовці держави здійснювали добір працівників на підставі кумовства, родинності, знайомства, належності до числа особистих друзів посадової особи тощо. Це, перш за все, характеризувало досить негативно самих керівників держави. У цьому

зв'язку доцільно навести відомий висновок Ніколо Макіавеллі щодо таких осіб. «Про розум правителя судять перш за все з того, яких людей він до себе наближує» [17].

Нарешті, слід зазначити, що система стримувань і противаг в період проведення конституційної реформи в сучасний період може не спрацювати, якщо не буде своєчасно підведена під її організацію та діяльність надійна правова база.

**Ключові слова:** система, стримування і противаги, система стримувань і противаг, принцип поділу влади, організація та функціонування влади.

*У публікації викладено комплексне дослідження появи та здійснення системи стримувань і противаг, їх вплив на взаємодію всіх органів державної влади. Також проаналізовано форми і методи, процедури, складові та застосування системи стримувань і противаг в різних країнах світу і в Україні.*

*В публикации изложено комплексное исследование появления и осуществления системы сдержек и противовесов и их влияние на взаимодействие всех органов государственной власти. Также проанализированы формы и методы, процедуры, составляющие и применение системы сдержек и противовесов в разных странах мира и в Украине.*

*The publication contains a comprehensive study of the emergence and implementation of a system of checks and balances and their effect on the interaction of state authorities. Also analyzed the forms and methods, procedures, components, and application of the system of checks and balances in different countries all over the world and in Ukraine.*

#### Література

1. *Философский энциклопедический словарь.* — М. : ИНФРА, 1997. — С. 415.

2. Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин / — М. : Юристъ, 1997. — С. 436.
3. Corwin E. S. *The Constitution & What it Means Today*. — N.Y., 1963.
4. Чиркин В. Е. Вказ. пр. — С. 441.
5. Burdeau G. *Droit Constitutionnel et institutions politiques* / G. Burdeau. — P., 1974. — P. 146.
6. Ладиченко В. Теоретико-правові засади поділу влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. Ладиченко. — К., 1998. — С. 77.
7. Проблемы теории государства и права : учеб. пособие. — М. : ПРОСПЕКТ, 1999. — С. 223.
8. Австрийская Республика : Конституция и законодательные акты / сост. Т. Г. Морцакова ; под ред. и со вступ. ст. И. П. Ильинского. — М. : Прогресс, 1985. — С. 43.
9. Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты : пер. с нем. / сост. Т. Г. Морцакова ; под ред. и со вступ. ст. Ю. П. Урьяса. — М. : Прогресс, 1991. — С. 81.
10. Мишин А. А. Американская доктрина сдержек и противовесов и современность // Советское государство и право. — 1981. — № 7. — С. 98–101.
11. Лузин В. В. Президентская модель разделения властей (на примере США) // Государство и право. — 1999. — № 3. — С. 88.
12. Каррі Д. П. Конституція Сполучених Штатів Америки : посіб. для всіх / Д. П. Каррі ; пер. з англ. О. М. Мокровольського. — К. : Веселка, 1993. — С. 143.
13. *American Politics Today*. — Manchester, 1982. — P. 51.
14. Силенко Л. М. Конституційні основи системи стримувань і противаг як засіб організації та функціонування державної влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Л. М. Силенко. — К., 2000. — С. 8–10.
15. Словарь иностранных слов. — М. : Гос. изд-во иностр. и нац. словарей, 1954. — С. 346.
16. Пушкин А. С. Полное собрание починений. Т. 10 / А. С. Пушкин. — М. : Худож. лит., 1958. — С. 256.
17. Макиавелли Н. Государь / Николло Макиавелли. — М. : Планета, 1990. — С. 45–46.







послідовність стадій набуття статусу, володіння ним та його реалізації. З цієї причини названий автор відносить до елементів конституційно-правового статусу: місце суб'єкта в суспільстві і державі, його соціально-політичну роль і призначення; загальну правоздатність, права та обов'язки або компетенцію і відповідальність; гарантії стійкості і реальності правового стану суб'єкта [9, 65].

Конституція України формує основу конституційно-правового статусу органів державної влади та місцевого самоврядування, об'єднуючи їх функціонування спільними принципами. Зокрема, згідно з частиною другою її ст. 19 «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». З цього випливає, що, за змістом положень Основного Закону, повноваження органів публічної влади — центральний елемент конституційно-правового статусу, мають бути визначені на конституційному та/або законодавчому рівні.

Такий висновок підтверджується ч. 2 ст. 120 Конституції України, за якою організація, повноваження і порядок діяльності Кабінету Міністрів України, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади визначаються Конституцією і законами України. Така можливість об'єктивно передбачена у змісті ст. 92 Конституції України, відповідно до якої виключно законами визначаються: організація і діяльність органів виконавчої влади (п. 12 ч. 1); судоустрій, судочинство, статус суддів, організація і діяльність прокуратури, органів дізнання і слідства, органів і установ виконання покарань (п. 14 ч. 1); організація і порядок діяльності Верховної Ради України (п. 21 ч. 1) тощо [2].

Більше того, безпосередньо Конституція України регламентує порядок формування та повноваження органів законодавчої, виконавчої і судової влади, а також органів місцевого самоврядування.

При цьому слід звернути увагу, що у радянському державному праві відповідальність була відсутня серед елементів конституційно-правового статусу. Проте, виходячи з того, що обов'язком держави, її органів, установ, посадових осіб і службовців є діяльність в межах Конституції та законів України, сучасне українське законодавство включає відповідальність у склад елементів конституційно-правового статусу державних органів та установ. Вказане положення відповідає і європейським правовим традиціям, зокрема згідно з Конституцією Італії (ст. 28) «посадові особи і службовці держави і публічних установ несуть безпосередню відповідальність у кримінальних, цивільних та адміністративних законах за діяння, здійснені в порушення прав. У цих випадках відповідальність покладається також на державу і публічні установи».

Враховуючи викладене, можна виокремити такі особливості механізму конституційно-правового регулювання статусу органів публічної влади (юридичних осіб публічного права):

а) застосування методу централізованого, імперативного регулювання, що сформульований у ч. 2 ст. 19 Конституції України;

б) переважне використання зобов'язувального способу правового регулювання пов'язане зі специфікою повноважень органів публічної влади, які одночасно є правами та обов'язками і мають забезпечувати належне функціонування державного механізму в цілому та права кожної окремої людини;

в) визначальними формами втілення конституційних норм у життя є їх виконання та застосування.

Конституція України як Основний Закон держави та суспільства регламентує статус організацій, які опосередковують використання громадянином України права на підприємницьку діяльність (господарські товариства тощо), участь в об'єднаннях громадян (політичні партії, громадські організації), сприяють здійсненню і захисту їх прав і свобод та задоволенню політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів.

Варто відзначити наявні у Конституції України спеціальні правові засоби впливу на діяльність господарських організацій, що поряд із загальнодозвільним регулюванням встановлюють для захисту суспільних інтересів певні заборони. Наприклад, не допускається зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція (ч. 3 ст. 42 Конституції України) [2].

З огляду на роль у процесі здійснення безпосереднього народовладдя, зокрема виборів, реалізації та захисту прав громадян України законодавець встановлює конституційно-правовий статус об'єднань громадян, які за Цивільним кодексом України є установами, адже створюються кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Саме на конституційно-правовому рівні здійснюється регламентація порядку створення політичних партій, громадських об'єднань, професійних спілок, їх права, обов'язки та відповідальність. Так, у ст. 37 Конституції України закріплюється заборона створення політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення [2].

Підводячи підсумок, слід відзначити, що органи публічної влади є самостійним видом організацій, що мають конституційно-правовий статус, обумовлений у першу чергу їх повноваженнями та сферою функціонування. До установ відносяться організації, що виконують соціально-культурну, виховну, освітню, наукову, лікувальну та іншу діяльність з метою задоволення відповідних потреб та інтересів населення (театр, кіно, лі-

карня, школа, університет), а також інститути громадянського суспільства — політичні партії, громадські об'єднання, професійні спілки, що беруть участь у конституційних правовідносинах. Господарські організації (підприємства) також наділені конституційними правами та обов'язками, що зумовлює необхідність вдосконалення їх конституційно-правового статусу.

**Ключові слова:** конституційно-правовий статус, орган, установа, організація.

*У статті розмежується правава природа та розглядаються особливості конституційно-правового статусу органів публічної влади, установ та організацій, які беруть участь у конституційних правовідносинах.*

*В статті розграничується правава природа і розглядаються особливості конституційно-правового статусу органів публічної влади, установ та організацій, які беруть участь у конституційних правовідносинах.*

*The article delimits the legal nature and considers the features of the constitutional and legal status of the public authorities, institutions and organizations involved in the constitutional legal relations.*

#### Література

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18–22. — Ст. 144.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
3. Алехин А. П. Административное право Российской Федерации: учебник / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. — М.: Зерцало-М, 2003. — 608 с.
4. Манохин В. М. Российское административное право: учебник / В. М. Манохин, Ю. С. Адушкин, З. А. Багишаев. — М.: Юристъ, 1996. — 472 с.

## КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ У ДІЇ

5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.

6. Кокошкин Ф. Лекции по общему государственному праву / Ф. Кокошкин — М., 1912. — 306 с.

7. Стариков Ю. Н. Служебное право : учебник / Ю. Н. Стариков. — М. : БЕК, 1996. — 698 с.

8. Бахрах Д. Н. Административное право России : учеб. для вузов / Д. Н. Бахрах — М. : НОРМА, 2000. — 640 с.

9. Богданова Н. А. Система науки конституционного права / Н. А. Богданова. — М. : Юристъ, 2001. — 218 с.

## ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ

УДК 342.4; 342.5; 342.9(477)

**О. Батанов,**

доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**І. Зайцева,**

здобувач Маріупольського державного університету

### КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СТАТУТНОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ У МІСЦЕВОМУ САМОВРЯДУВАННІ

Конституційне закріплення принципу державного визнання та гарантування місцевого самоврядування, прийняття Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» та інших законодавчих актів про місцеве самоврядування обумовили поступове формування правового статусу територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування, основних носіїв його функцій і повноважень. Важливою нормативною умовою функціонування та самоорганізації територіальних громад, їх органів і посадових осіб є правові акти, прийняті в системі місцевого самоврядування, насамперед статuti територіальних громад.

Нові чинники функціонування та модернізації правової системи України, поступове становлення муніципального права як самостійної галузі права обумовили необхідність визначення ролі й місця статутів територіальних громад у системі джерел конституційного права, а також утворення науково обґрунтованої концепції статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні.

Слід констатувати, що сучасний стан якості нормативно-правових актів, які приймаються у системі місцевого самоврядування, у першу чергу статутів територіальних громад в Україні, засвідчує необхідність удосконалення як організаційно-правового та процесуального, так

і конституційно-правового забезпечення статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні. В основі цих кардинальних перетворень, з одного боку, має бути прагнення суб'єктів місцевого самоврядування до створення локальної системи нормативно-правового, у першу чергу статутного, регулювання муніципальних відносин, а з іншого — цілеспрямована політика держави, спрямована на децентралізацію нормотворчих функцій та повноважень суб'єктів публічно-владних відносин, їх переміщення на рівень територіальних громад.

Також серед актуальних конституційно-правових проблем статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні в Україні можна виділити питання щодо визначення місця статуту територіальної громади у системі джерел конституційного та муніципального права, з'ясування ролі статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні у правовій системі, дослідження її сутнісних та структурно-функціональних характеристик тощо. Здебільшого сучасна конституційно-правова теорія не містить чітких відповідей на проблемні питання утворення й реалізації норм статутів територіальних громад, а також процесуального забезпечення статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні. У цьому аспекті особливо актуалізується проблематика принципів

і методів статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні, розробка загальних процедур, на основі яких мають розроблятися, прийматися та застосовуватися статuti територіальних громад, тлумачитися їх зміст.

Суттєвий внесок у становлення теорії муніципального права в цілому та концептуальних засад муніципального статутного права зокрема зробили М. О. Баймуратов, Ю. Ю. Бальцій, В. Р. Барський, О. В. Батанов, Ю. О. Волошин, Д. Д. Заяць, Т. О. Калиновська, В. М. Кампо, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко, П. М. Любченко, Н. В. Мішина, М. П. Орзіх, О. С. Орловський, М. О. Петришина, В. Ф. Погорілко, Х. В. Приходько, О. В. Прієшкіна, М. О. Пухтинський, Н. О. Чудик та ін.

Аналіз окремих аспектів муніципальної статутної нормотворчості у сучасній зарубіжній науці проводився у працях Б. Б. Адамокова, С. В. Арбузова, І. В. Бабічева, Г. В. Барабашева, М. С. Бондаря, В. І. Васильєва, Б. Ц. Жалсанова, А. Р. Єрьоміна, А. М. Костюкова, О. В. Кудрякова, О. О. Кутафіна, Т. С. Масловської, М. Л. Пешина, О. А. Сергєєва, К. О. Сергєєвої, О. В. Сикайло, В. І. Фадєєва, С. І. Чащиної, О. І. Черкасова, А. Ю. Черміт, К. С. Шугриної та ін.

Однак, незважаючи на важливість проблематики муніципального статутного права в Україні, залишається ще чимало прогалин, які повинні заповнити подальші наукові дослідження. Недослідженими залишаються питання теоретико-методологічних та конституційних засад статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні, сутнісні та структурно-функціональні характеристики статуту територіальної громади.

Метою даної статті є дослідження концептуальних проблем статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні.

Одним із векторів реформи конституційної моделі місцевого самоврядування, засади якої зафіксовані у проекті Концепції внесення змін до Конституції України [4], який 21 червня 2013 р. прийняла за основу Конституційна

Асамблея, утворена Указом Президента України від 17 травня 2012 р. [8], виступає впорядкування суспільних відносин, які виникають у сфері видання та застосування муніципальних правових актів. Зокрема, у проекті Концепції йдеться про необхідність «посилення конституційно-правового визначення ролі органів місцевого самоврядування як суб'єктів, відповідальних за вироблення й реалізацію місцевої політики, програм місцевого розвитку, закріплення головних повноважень цих органів», а також «закріплення положення про те, що територіальні громади приймають статuti у порядку, визначеному законом». Отже, можна відзначити, що проблематику статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні піднято на рівень конституційного регулювання, що свідчить про важливість та значення статутів територіальних громад у муніципальному будівництві сучасної України.

Муніципальна нормотворчість (у т. ч. статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні) є одним із важливіших напрямів діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Приймаючи правові акти, дані суб'єкти упорядковують відносини у сфері організації місцевого самоврядування у конкретній територіальній громаді. Як зазначається у сучасних муніципально-правових дослідженнях, саме в юридичних властивостях муніципальних правових актів знаходить вираження специфіка муніципальної правотворчості як виду діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування [6, 3]. При цьому сутність муніципальної правотворчості розглядають як функцію, спрямовану на виявлення волі місцевого співтовариства (населення), формування відповідно до цього владних нормативно-правових приписів та, як наслідок, закріплення цих приписів у нормативних актах місцевого самоврядування [11, 21].

Сучасні підходи до розуміння правової природи статутів територіальних громад [3, 9–10; 9, 9; 10, 8] свідчать, що це установчий нормативно-правовий акт локальної саморегуляції муніципальної влади, який приймається



б стабільності соціальних взаємодій на території [10, 33]. Це має забезпечуватися відповідною процедурою внесення доповнень і поправок, зафіксованою в тексті статуту. Важливою вимогою до статуту є наявність у ньому механізмів реалізації його положень і норм, а також положень і норм законодавства України. В статуті повинні міститися чіткі норми прямої дії. Також статут має бути гарантом континуїтету муніципальної влади. Адже, як зазначає О. С. Орловський, зміни під час виборів персонального складу місцевої влади часто приводять до ревізії усього того, що робилося минулою «командою», внаслідок чого часто відбувається корінна ломка курсу місцевої політики, що нерідко досить негативно відображається на жителях [5, 5].

У цьому контексті колосальний інтерес становить позиція російського дослідника проблем муніципальної статутної нормотворчості Б. Б. Адамокова, який обґрунтовує наявність у статуту муніципального утворення так званої гарантуючої функції як основи соціального гомеостазису. На його думку, сутність даної функції зводиться до гарантування існування соціальних явищ, які закріплюються статутом, тим самим утворюючи позитивні умови для їх виникнення та подальшого існування. Таким чином, статут гарантує існування та нормальне функціонування демократичних інститутів, а також створення умов соціальної виконаності (реальності) здійснення особою основних прав і свобод. Отже, констатує Б. Б. Адамоков, наявність статуту муніципального утворення, а саме виконання статутом гарантуючої функції, вже є основою для соціального гомеостазису місцевого співтовариства, який є невід'ємною характеристикою організації місцевого самоврядування на певній території [1, 10].

Узагальнення позицій даних вчених дозволяє стверджувати, що:

по-перше, еволюція системи місцевого самоврядування в Україні значною мірою детермінує умови, напрями та форми становлення і самого муні-

ципального статутного права, так саме як і активна статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні є свідченням прогресивного муніципального розвитку;

по-друге, будучи правовою основою для подальшої нормотворчості органів місцевого самоврядування, статут територіальної громади повинен створювати умови для постійної, стабільної взаємодії різних суб'єктів правовідносин у сфері місцевого самоврядування, тобто мати кумулятивний та комунікативний ефект;

по-третє, в сучасних умовах статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні поступово стає важливою гарантією муніципальних прав особи, що є основою для соціального гомеостазису (від грец. *ὁμοιος* гомео... — «подібний», «однаковий», «той самий», та *στασις* ...стаз — «стояння», «нерухомість» — відносна сталість властивостей певних організмів або систем) територіальної громади, який, з одного боку, є невід'ємною характеристикою організації та діяльності місцевого самоврядування на певній території та, з іншого боку, властивістю сучасного муніципального права, яке, у свою чергу, виконує специфічну гомеостазисну роль у процесах формування соціально-правової державності та громадянського суспільства в Україні.

Гомеостазис у місцевому самоврядуванні відрізняється від інших умов та факторів, які забезпечують стабільність тих чи інших соціально-політичних, економічних та духовно-культурних процесів наявністю системоутворюючих начал, внутрішнім взаємозв'язком та взаємозалежністю елементів системи місцевого самоврядування. Гомеостазис муніципального права з точки зору теорії породжується тією особливою роллю, яку відіграє ця галузь та наука у правовій системі демократичної держави, а постановка цього питання у практиці вітчизняного муніципалізму обумовлена нестабільністю муніципально-правового законодавства в цілому.

Втім, характеризуючись стабільністю, відносною сталістю, статут у той





У силу цього ефективність статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні визначається ефективністю реалізації статутів територіальних громад та їх нормативних приписів. У зв'язку з цим, слід погодитись з позицією О. В. Соловйової, яка зазначає, що важливе значення має виявлення середовища правового регулювання муніципальної правотворчості. На її думку, саме стан соціального середовища визначає активність або стримування муніципальної правотворчості [7, 14–15].

Слід зазначити й те, що статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні становить собою специфічну діяльність муніципальної громадськості, органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо виявлення, ідентифікації, втілення інтересів територіальних громад, історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування у конкретному селі, селищі або місті, а також закріплення норм, які реалізують та гарантують ці інтереси та особливості у відповідних муніципальних правових актах — статутах територіальних громад та різних положеннях, які є невід'ємною частиною цих статутів (про місцеві ініціативи, громадські слухання, місцеву символіку тощо).

У широкому розумінні, цю діяльність доцільно називати муніципальним правотворчим процесом, оскільки, вважає К. О. Сергеева, суть її полягає у послідовній зміні станів (етапів, стадій) у проміжку від прийняття рішення про необхідність муніципального правового акта до вступу у дію нового правового акта як результату цієї діяльності [6, 16]. Тобто суттєвою характеристикою статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні є рельєфно виражений процедурно-процесуальний характер. При цьому слід мати на увазі, що поняття «нормотворчість у місцевому самоврядуванні» характеризує особливий вид правової діяльності певних суб'єктів місцевого самоврядування, а муніципальний правотворчий процес — технологію утворення актів місцевого самоврядування [2, 21].

Концептуальний аналіз проблем теорії статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні дозволяє нам стверджувати, що це визнана та гарантована державою діяльність територіальних громад, органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо виявлення, ідентифікації, втілення інтересів територіальних громад, їх історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей та традицій шляхом прийняття, зміни або скасування статутів територіальних громад та інших пов'язаних із ними актів місцевого самоврядування з питань місцевого значення в межах Конституції та законів України.

*Стаття присвячена концептуальним проблемам статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні. Розкрито сутнісні ознаки та обґрунтовано структурні, змістовні та функціональні характеристики інституту статутного права у місцевому самоврядуванні. Встановлено джерела та форми статутного права в місцевому самоврядуванні та обґрунтовано основні організаційно-правові закономірності його розвитку.*

*Статья посвящена концептуальным проблемам уставного нормотворчества в местном самоуправлении. Раскрыты сущностные признаки и обоснованы структурные, содержательные и функциональные характеристики института статутного права в местном самоуправлении. Установлены источники и формы статутного права в местном самоуправлении и обоснованы основные организационно-правовые закономерности его развития.*

*The article is devoted to conceptual problems of statutory law in the local government. Grounded structural, content and functional characteristics of the statutory law of the local community as a universal system of norms of self-control community. Detected the sources and forms of statutory law. Solved the essence of statutory law as an institution*

of state law. Found organizational and legal trends in statutory law and outlines directions for law-making process, the adoption, amendment and cancellation of the statute of the local community.

**Література**

1. Адамоков Б. Б. Уставы муниципальных образований: проблемы правового регулирования и практика правореализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Б. Б. Адамоков. — М., 2013. — 26 с.

2. Алешкова Н. П. Конституционно-правовые основы муниципального правотворчества в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Н. П. Алешкова. — Екатеринбург, 2010. — 27 с.

3. Калиновська Т. О. Нормативно-правові акти місцевих рад як органів місцевого самоврядування в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Т. О. Калиновська. — К., 2011. — 250 с.

4. Концепція внесення змін до Конституції України [Електронний ресурс] // Дискусійний форум Конституційної Асамблеї. — Режим доступу : <http://cau.in.ua>

5. Орловский А. Опыт города Одессы по разработке устава территориальной громады / А. Орловский. — О. : Хоббит, 2003. — 48 с.

6. Сергеева К. О. Муниципальное правотворчество в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / К. О. Сергеева. — М., 2013. — 27 с.

7. Соловьёва О. В. Муниципальное правотворчество: структурно-функциональный и понятийно-категориальный состав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; 12.00.02 / О. В. Соловьёва. — Волгоград, 2010. — 24 с.

8. Указ Президента України «Про Конституційну Асамблею» від 17 травня 2012 року № 328/2012 [Електронний ресурс] // Офіційне представництво Президента України. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/14752.html>.

9. Чермит А. Ю. Устав муниципального образования в системе нормативно-правового регулирования местного самоуправления : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / А. Ю. Чермит. — Владикавказ, 2011. — 199 с.

10. Чудик Н. О. Статут територіальної громади як джерело конституційного права України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Н. О. Чудик. — К., 2011. — 228 с.

11. Яровой Б. Н. Проблемы правотворчества муниципальных образований : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Б. Н. Яровой. — Челябинск, 2007. — 26 с.

**Ю. Бальцій,**

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ОСНОВНІ МОДЕЛІ ПОБУДОВИ СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В МІСТАХ УКРАЇНИ

Однією з форм реалізації народовладдя і одним із найважливіших демократичних інститутів суспільства і держави є місцеве самоврядування, яке значно впливає на становлення та розвиток державності в Україні, сприяє децентралізації державної влади, активізації участі населення в управлінні державними та місцевими справами, вирішенні соціально-економічних питань.

Ефективне місцеве самоврядування неможливо без створення його ефективної організаційної форми. Одним із центральних питань, що постає в процесі розробки концепції конституційної реформи та її реалізації, є питання про організацію влади на субнаціональних рівнях управління — область, район, місто, район в місті, селище, село. Це питання тісно пов'язане з муніципальною реформою та подальшим розвитком місцевого самоврядування як відносно автономної форми публічної влади, в рамках якої здійснюється управління місцевими і деякими загальнодержавними (шляхом реалізації делегованих повноважень) справами.

Крім того, цьому питанню присвячені наукові праці багатьох вітчизняних вчених: М. О. Баймуратова, О. В. Батанова, А. Р. Крусян, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики, О. Ф. Фрицького, та ін., які найбільш гостро обговорюють питання про становлення та розвиток місцевого самоврядування. У той же час стан розбудови місцевого самоврядування в Україні недостатньо досліджений. У цій статті ставиться мета розглянути окремі проблеми становлення основних моделей системи місцевого самоврядування в містах України.

За роки розбудови незалежної Ук-

раїнської держави використовувалося декілька принципово відмінних між собою моделей організації влади, які відображали різний ступінь децентралізації влади: починаючи від «радянської» командно-адміністративної системи прямого державного управління на місцях і закінчуючи спробою запровадити щось на зразок повністю децентралізованої «англо-американської» системи, за якої на всіх субнаціональних територіальних рівнях управління були ліквідовані органи державної виконавчої влади загальної компетенції, а їх функції передані виконавчим органам місцевого самоврядування.

На жаль, всі ці моделі не змогли забезпечити ефективного управління, носили штучний характер і не відповідали реаліям сучасного стану суспільного та економічного життя України.

Отже, на сучасному етапі нагальною потребою є теоретичний аналіз та дослідження випробуваних як в містах України, так і в зарубіжних країнах організаційних форм місцевого самоврядування, насамперед того, що світова практика демонструє значну різноманітність форм (систем) муніципального управління.

Згідно з Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. територіальні громади України здійснюють самоврядування у рамках континентальної системи та організаційної форми «рада — голова». У світовій практиці (у зарубіжних країнах більш поширеною є назва «рада — мер») відомі два різновиди цієї форми, а саме: «рада — сильний мер» та «рада — слабкий мер». Уявляється, що такі назви є точнішими, ніж «слабка рада — сильний мер» та «сильна рада — слабкий мер». Незважаючи на

те, що роль ради в кожному з цих двох різновидів має свої особливості, головне розходження полягає не в тому, що в одному випадку — сильний мер, а в іншому — сильна рада, а в тій ролі і в тих повноваженнях, що належать саме меру. Різниця між повноваженнями мера в обох різновидах настільки істотна, що деякі автори називають моделі «рада — слабкий мер» і «рада — сильний мер» не різновидами організаційної форми «рада — мер», а цілком самостійними організаційними формами місцевого самоврядування [1].

Дуже цікава точка зору з цього питання у В. Ковалю, який вважає, що принцип взаємовідносин у системі місцевого самоврядування, котрий законодавець буде вважати більш прийнятним для України («рада — слабкий голова» або «рада — сильний голова»), буде залежати від подальшого розвитку законодавства, наприклад, від адекватного визначення статусу місцевих голів [2]. На жаль, на сучасному етапі неможливість чітко визначити різновид форми місцевого самоврядування в Україні пов'язана не з тим, що знайдено оптимальне співвідношення між обома різновидами організаційної форми «рада — мер» (тобто не з тим, що створено новий ефективний різновид цієї форми), а з численними прогалинами у законодавстві, з відсутністю правового регулювання істотних питань. Після прийняття Закону всі зміни, що до нього вносилися, стосувалися або компетенції сільських, селищних та міських рад, або повноважень виконавчих органів сільських, селищних та міських рад, або повноважень сільського, селищного, міського голови, або повноважень районних та обласних рад.

Після набрання чинності Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» Конституційним Судом України розглянуті подання груп народних депутатів України з приводу офіційного тлумачення деяких положень статей Конституції України і Закону та щодо відповідності Конституції України деяких частин Закону. Уявляється, що вирішення обох справ (справи про

сумісництво посад народного депутата України і міського голови [3] та справи про місцеве самоврядування [4]) цілком на користь суб'єктів права на конституційне подання давало б підстави для ствердження, що різновид організаційної форми місцевого самоврядування в Україні ще більше наблизився до різновиду «рада — сильний мер» у його класичному вигляді.

Виходячи із сучасної практики організації місцевого самоврядування в українських містах з районним поділом, відомі три основні моделі управління: «міська рада — районна рада», «міська рада — адміністрація міської ради в районі», «рада — державна адміністрація».

Перша модель: «міська рада — районна рада» характеризується такими рисами: відсутність підпорядкованості по «вертикалі» — районна у місті рада та її виконавчі органи не підпорядковані міському голові, міській раді та її виконавчим органам; чітке розмежування повноважень між загальноміським та районним рівнями управління; автономність районного рівня управління в межах повноважень, визначених міською радою.

До позитивних рис цієї моделі, на нашу думку, можна віднести: по-перше, можливість для громади району в місті впливати на процес прийняття рішень на районному рівні, по-друге, прозорість діяльності районної адміністрації завдяки контролю з боку представницького органу — районної у місті ради. Основним негативним моментом є можливість протистояння загальноміських та районних у місті органів внаслідок конкуренції компетенцій або за умови різної політичної орієнтації більшості депутатів у міській та районній у місті рад.

Друга модель: «міська рада — адміністрація міської ради в районі» не передбачає утворення районних у місті рад, а управління на районному рівні здійснюють районні органи міської влади (районні адміністрації, районні департаменти тощо), вона характеризується такими рисами: відсутністю на районному рівні представницького органу; ієрар-

## ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ

хією управління — районний рівень підпорядкований загальноміському рівню.

До позитивних моментів цієї моделі можна віднести те, що вона: по-перше, виключає протистояння загальноміського та районного у місті рівнів управління; по-друге, вона забезпечує реалізацію в межах міста єдиної муніципальної політики. Негативним є те, що ця модель, по-перше, суттєво звужує можливості територіальної громади району в місті контролювати діяльність районної адміністрації; по-друге, не дозволяє надійно забезпечити врахування особливостей району у місті.

Третя модель: «рада — державна адміністрація». Ця модель притаманна лише двом містам України — Києву та Севастополю. Вона пов'язана з особливим конституційним статусом цих міст і заснована на поєднанні місцевого самоврядування та прямого державного управління.

Особливостями даної моделі є: наявність специфічних функцій, обумовлених місією міста, реалізацію яких покладено на загальноміські та районні у місті органи (ст. ст. 4, 17, 22 Закону України «Про столицю України — місто-герой Київ» [5]); функціонування на всіх рівнях (загальноміському та районному в місті) як органів місцевого самоврядування, так і органів виконавчої влади — міська, районні у місті державні адміністрації; відсутність у міської та районних у місті рад власних виконавчих органів (виконавчих комітетів, відділів та управлінь) із самостійним статусом, їх функції виконують відповідні державні адміністрації одночасно з виконанням функцій виконавчої влади (п. 2 Прикінцевих положень Закону України «Про столицю України — місто-герой Київ»).

Складним залишається питання про організацію місцевого самоврядування і в Севастополі. На рівні міста тут також поряд з відповідними органами місцевого самоврядування, без прийняття окремого відповідного закону, створені і діють органи державної виконавчої влади — Севастопольська міська державна адміністрація та районні державні адміністрації.

Встановлений статус Києва та Севастополя позбавляє можливості міській раді самостійно вирішувати головні питання організації виконавчих органів, тобто визначити систему, структуру, штати та інше. Всі питання, як правило, вирішуються вищими органами виконавчої влади. Так, система управлінь, відділів, інших структурних підрозділів міських та районних у цих містах державних адміністрацій встановлюється відповідно до приблизних переліків, які передбачені постановами Кабінету Міністрів України. Так само вирішуються питання щодо положень про структурні підрозділи державних адміністрацій Києва та Севастополя, про регламент державних адміністрацій, а також багато інших питань, пов'язаних з організацією і діяльністю державних адміністрацій. При цьому не враховується той факт, що вони мають виступати як і виконавчі органи міської та районних у місті рад — органів місцевого самоврядування.

Таким чином, можна поділити точку зору багатьох вчених і практиків, що Закон України «Про столицю України — місто-герой Київ», як засвідчує аналіз його норм, у соціально-політичному аспекті, з урахуванням демографічних, виробничих, фінансових та інших характеристик, спрямований на визначення не стільки особливостей здійснення виконавчої влади, скільки особливостей місцевого самоврядування, які здебільшого зорієнтовані не на надання додаткових прав територіальній громаді міста, зумовлених столичними функціями, а скоріше на обмеження місцевого самоврядування [6].

Міське самоврядування в Києві та Севастополі не відповідає загальним вимогам, що властиві цьому інституту. Територіальні громади цих міст не мають мінімально встановлених прав щодо організаційної та матеріально-фінансової самостійності на рівні з іншими містами України; міська рада позбавлена можливості створювати власні виконавчі органи, встановлювати систему та структуру виконавчих органів, затверджувати положення про відділи, управління та інші структурні підрозділи; порушуєть-

ся вся система взаємодії представницького та виконавчого органів місцевого самоврядування шляхом позбавлення підконтрольності, підзвітності та відповідальності другого першому; орган, що має здійснювати виконавчі функції, ставиться в рівне, а то й вище становище над представницьким органом.

Організація місцевого самоврядування в містах з особливим статусом має передбачати особливості в рамках загального, а не виняток з нього. Київ та Севастополь як міста республіканського значення мають повне конституційне право на існування системи місцевого самоврядування, яка встановлюється для всіх міст України. У першу чергу це стосується виконавчих органів, тому що місцеві ради цих міст позбавлені власних виконавчих органів, створення яких є необхідною умовою розвитку місцевого самоврядування, запорукою реалізації конституційного права громадян на місцеве самоврядування.

Таким чином, подальший розвиток основних моделей системи місцевого самоврядування в містах України буде сприяти розвитку всього інституту місцевого самоврядування та ще більш наблизить Україну як демократичну, правову державу до міжнародної спільноти.

**Ключові слова:** місцеве самоврядування, моделі системи місцевого самоврядування, «рада — мер», «міська рада — районна рада», «міська рада — адміністрація міської ради в районі», «рада — державна адміністрація».

*Стаття присвячена дослідженню основних моделей системи місцевого самоврядування в містах України. Визначено, що до основних моделей системи місцевого самоврядування в містах України відносяться такі: «рада — мер», «міська рада — районна рада», «міська рада — адміністрація міської ради в районі», «рада — державна адміністрація».*

*Стаття посвящена исследованию основных моделей системы местного самоуправления в городах Украины.*

*Определено, что к основным моделям системы местного самоуправления в городах Украины относятся следующие: «совет — мэр», «городской совет — районный совет», «городской совет — администрация городского совета в районе», «совет — государственная администрация».*

*Article is devoted to the study of the basic models of the system of local self-government in the cities of Ukraine. It was determined that the basic model of the system of local government in the cities of Ukraine are the following: «the council — Mayor», «City Council — District Council», «city council — the administration of the city council in the area», «the council — the state administration».*

#### **Література**

1. Шугрина Е. С. Муниципальное право : учеб. пособие / Е. С. Шугрина. — Новосибирск, 1995. — С. 21.
2. Коваль В. Голова — фігура самостійна чи підконтрольна // *Голос України*. — 1999. — 15 верес.
3. Рішення Конституційного Суду України від 6 липня 1999 року у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України і виконавчого комітету Вінницької міської ради (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови) // *Офіційний вісник України*. — 1999. — № 27. — Ст. 1341.
4. Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 2000 року у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України (справа про місцеве самоврядування) // *Офіційний вісник України*. — 2000. — № 30. — Ст. 1283.
5. Про столицю України — місто-герой Київ : Закон України від 15 січ. 1999 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 1999. — № 11. — Ст. 79.
6. Борденюк В. Особливості здійснення виконавчої влади та місцевого самоврядування в місті Києві // *Вісник прокуратури*. — 2001. — № 4. — С. 40 ; Шульга М. О. Київ: Утвердження у столичному статусі // *Вісник ПАН України*. — 2001. — № 5. — С. 43 ; Барановський О. Київ: точка відліку // *Український регіональний вісник*. — 2002. — № 30. — С. 4.



## **РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

УДК:342. 7(477). 001. 73

**М. Аракелян,**

кандидат юридических наук, профессор, зав. кафедрой истории государства и права,  
первый проректор, проректор по учебной и методической работе Национального  
университета «Одесская юридическая академия»

### **НЕГОСУДАРСТВЕННЫЕ ПРАВООЩИТНЫЕ ИНСТИТУТЫ — НЕОБХОДИМЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВООЩИТНОЙ СИСТЕМЫ В УКРАИНЕ**

В условиях формирования в Украине правового государства и становления гражданского общества проблема правозащитной деятельности современного государства обретает особое звучание. Современному государству необходимо трансформироваться в институциональный центр, который объединял бы демократические институты, формирующие и реализующие общественные потребности, исходя из примата интересов человека и гражданина. В данном контексте особая роль отводится сложившейся в Украине правозащитной системе.

Для Украины сегодня приоритетным направлением развития государства и общества является развитие ее государственности в русле общемировых демократических, социальных, правовых стандартов. За годы независимости были осуществлены серьезные изменения в политике государства в данном направлении. Политика Украины в сфере реализации и защиты прав и свобод человека и гражданина является обусловленной и перспективной. Только благодаря разработанной законодательной базе, слаженной работе всех институтов государства, правозащитных институтов может обеспечиваться эффективность функционирования гражданского общества, основой которой является слаженная работа правозащитной системы как гаранта охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина.

Проблема защиты прав человека и связанной с ней правозащитной системы современного государства вообще и Украины в частности является объектом пристального внимания многих исследователей. В частности, ее разработкой занимаются такие ученые, как П. В. Анисимов, И. С. Долгошев, В. В. Долежан, В. А. Карташкин, С. В. Кивалов, Н. И. Козюбра, В. В. Лазеров, Ю. Н. Оборотов, М. Ф. Орзих, П. М. Рабинович, А. Д. Святоцкий, О. Ф. Скакун, В. Н. Смирнов и др.

Правозащитная система — это совокупность государственных, негосударственных институтов и органов, сформировавшаяся в результате взаимодействия государства и гражданского общества, деятельность которых направлена на защиту прав и свобод человека и гражданина. Функционирование правозащитной системы заключается в осуществлении профессиональной деятельности, сопряженной с возникновением, прекращением, восстановлением прав и свобод человека и гражданина, их защитой от неправомерных посягательств путем их пресечения, а также принятия мер по восстановлению нарушенных прав.

Самостоятельным элементом правозащитной системы выступают негосударственные (неправительственные) правозащитные организации, деятельность которых направлена на утверждение и контроль по соблюдению, а так-





различных правозащитных неправительственных организациях юридических консультаций, работники которых способны оказать высококвалифицированную и бесплатную юридическую помощь тем или иным категориям населения [3, 8].

Анализ правозащитной деятельности показывает, что ее успешность и эффективность зависит от их сотрудничества с региональными и международными правозащитными организациями. Такая возможность предусмотрена международно-правовыми актами, в частности, Уставом Организации Объединенных Наций, который закрепляет, что «Экономический и Социальный Совет уполномочивается проводить надлежащие мероприятия для консультации с неправительственными организациями, заинтересованными в вопросах, входящих в его компетенцию. Такие мероприятия могут быть условлены с международными организациями, а в случае надобности с национальными организациями после консультации с заинтересованным Членом Организации» (ст. 71) [4]. Благодаря этой юридической гарантии национальные правозащитные организации Украины плодотворно сотрудничают с ведущими международными организациями в области прав человека, такими как структуры ООН, Совет Европы, ОБСЕ, Европейский Союз, «Венецианская комиссия» и др.

В структуре правозащитной системы Украины необходимо выделить государственные и негосударственные институты. Государственными правозащитными институтами являются судебные органы, Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека, Уполномоченный Президента Украины по правам ребенка, органы юстиции, а также органы прокуратуры и милиции — как правоохранительные органы, наделенные особыми правозащитными полномочиями, органы защиты прав потребителей, межправительственные правозащитные организации. Негосударственными правозащитными институтами являются негосударственные правозащитные организации.

В системе негосударственных правозащитных институтов особо выделяются такие институты, как адвокатура и нотариат в силу их особого статуса. Право каждого на получение правовой помощи является основополагающим и гарантированным Конституцией Украины правом, которое обеспечивается как через систему государственных органов, так и через систему институтов, которые государство в законодательном порядке наделяет соответствующими полномочиями.

К такому типу институтов, обеспечивающих защиту прав и свобод человека и гражданина, относится институт адвокатуры. Адвокатура выступает как независимый институт гражданского общества, публичная организация профессиональных юристов, которая призвана участвовать в осуществлении правосудия и оказывать на профессиональной основе квалифицированную правовую помощь, выполняя возложенную на нее публично-правовую функцию — контроль по соблюдению государством гарантий прав и свобод человека и гражданина. При этом в деятельности адвокатуры при оказании квалифицированной юридической помощи одновременно присутствуют и частный интерес, и публичный интерес.

Институт адвокатуры, благодаря обеспечению эффективной комплексной защиты прав и свобод человека и гражданина, занимает ведущее место в правозащитной системе гражданского общества в Украине.

За годы независимости Украины неоднократно вносились законопроекты, в основу которых были положены различные концепции реформирования адвокатуры, только 5 мая 2012 года Верховной Радой Украины был принят Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», составляющий правовую основу функционирования современной украинской адвокатуры. Адвокатура Украины, в соответствии с Законом, является негосударственным самоуправляемым институтом, который обеспечивает осуществление защиты, представительства и предоставления других видов право-



негосударственных организаций и отдельных заинтересованных лиц; исследует проблемы дискриминации и неравенства на Украине по признаку расы, цвета кожи, этнической принадлежности, религии, языка и др.

Деятельность правозащитных организаций в Украине получает отражение в ежегодных докладах о состоянии и соблюдении прав и свобод человека в Украине — «Права человека в Украине», которые публикуются начиная с 2004 года. В них содержится общая оценка государственной политики в области прав человека в Украине, сделанная различными правозащитными общественными организациями и специалистами в этой сфере. Составление такого доклада является традиционным средством доведения до сведения общественности — как национальной, так и международной — информации о нарушении прав человека и основных свобод с целью устранения нарушений и улучшения ситуации в целом [9].

Как отмечает О. Пушкина, в Украине наблюдается определенное отставание в развитии правозащитных неправительственных организаций и недостаточный уровень сотрудничества между ними и органами государственной власти (в первую очередь, это обусловлено устойчивым нежеланием со стороны государства признавать необходимость и важную роль в правозащитной деятельности неправительственных организаций). Однако постепенная демократизация политической системы Украины и формирование развитого гражданского общества, несомненно, будут менять такое отношение к негосударственным правозащитным институтам со стороны государства. Этому процессу может способствовать и принятие специального закона «О мониторинге соблюдения прав человека в Украине», который бы обязал основные органы государственной власти сотрудничать с неправительственными организациями и осуществлять совместный мониторинг состояния соблюдения прав человека в Украине [10, 10].

Таким образом, структурные элементы правозащитной системы Украины (государственные и негосударственные институты) оказывают существенное влияние на состояние защищенности прав и свобод человека и гражданина, а также развитие правозащитных принципов и идей. Обладая широкими полномочиями, наделенными Конституцией и другими нормативно-правовыми актами, правозащитные институты могут осуществлять эффективную защиту прав и свобод человека и гражданина.

**Ключевые слова:** правозащитная система в Украине; государственные правозащитные институты; негосударственные правозащитные институты; права и свободы человека и гражданина; гражданское общество, правозащитная деятельность.

*В статье исследуется правозащитная система в Украине, ее современное состояние и элементы. Особое внимание уделяется негосударственным правозащитным институтам как важнейшему элементу правозащитной системы. Анализируется деятельность институтов адвокатуры и нотариата, особо выделяющихся в системе негосударственных правозащитных институтов в силу их особого статуса.*

*У статті досліджується правозахисна система в Україні, її сучасний стан та елементи. Особлива увага приділяється недержавним правозахисним інститутам як найважливішому елементу правозахисної системи. Аналізується діяльність інститутів адвокатури та нотаріату, що особливо виділяються в системі недержавних правозахисних інститутів через їх особливий статус.*

*The article investigates human rights system in Ukraine, its present state and the elements. The particular attention has been given to the non-governmental human rights institutions as an essential element of the human rights system. The activity of the bar and notaries*

have been analyzed, which stand out among the non-governmental human rights institutions by virtue of their special status.

**Література**

1. Захаров Є. Завдання, функції, права і принципи діяльності правозахисних організацій [Електронний ресурс] / Є. Захаров. — Режим доступу : <http://library.khpg.org/index.php?id=1084630553>.

2. Колесниченко В. Защита прав человека — главная национальная идея Украины [Электронный ресурс] / В. Колесниченко. — Режим доступа : <http://poslezavtra.com.ua/zashhita-prav-cheloveka-glavnaya-nacionalnaya-ideya-ukrainy>.

3. Пушкіна О. Інститути громадянського суспільства в системі захисту прав і свобод людини // Юридична Україна. — 2012. — № 1. — Ст. 8.

4. Устав ООН 1945 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.gumer.info/bibliotek\\_Buks/Polit/Article/ustav\\_oon.php](http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Polit/Article/ustav_oon.php).

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 лип. 2012 р. № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 27. — Ст. 282.

6. Комаров В. Український нотаріат: перспективи розвитку // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2012. — № 5.

7. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39.

8. Правозащитная деятельность в Украине: проблемы и перспективы от 28 ноября 2011 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://usf.in.ua/press-relizu>.

9. Права людини в Україні : доповідь [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0\\_%D0%BB%D1%8E%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%B8\\_%D0%B2\\_%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96\\_\(%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%96%D0%B4%D1%8C\)](http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0_%D0%BB%D1%8E%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%B8_%D0%B2_%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96_(%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%96%D0%B4%D1%8C)).

10. Пушкіна О. Вказ. ст.

*Т. Латковська,*

доктор юридичних наук, професор кафедри адміністративного і фінансового права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## **РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ НА РИНКАХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ У СУЧАСНИЙ ПЕРІОД**

Необхідність врахування досвіду світової фінансової кризи та її прояву в економіці Української держави викликає потребу реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг, що вимагає від органів влади цілеспрямованих дій для забезпечення фінансової стабільності та зростання добробуту громадян. Побудова надійної системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг з метою запровадження дієвих механізмів захисту від наслідків кризи забезпечить належну якість надання фінансових послуг, запобігатиме застосуванню дискримінаційної щодо споживачів практики роботи фінансових установ, у тому числі під час укладання та виконання договорів, сприятиме недопущенню надання фінансових послуг юридичними та фізичними особами, що не мають на це права.

Досліджуючи ринки фінансових послуг та державне регулювання на таких ринках, необхідно зазначити, що тут важливе місце займають відносини між суб'єктами на ринках фінансових послуг [1] з властивим для них різноплановим характером, адже одна їх частина є предметом фінансово-правового регулювання, інша — предметом цивільно-правового та господарсько-правового регулювання. Розглядаючи відносини на ринках фінансових послуг у частині їх охоплення сферою фінансово-правового регулювання, слід звернути увагу на вплив норм фінансового права, що значною мірою пов'язано зі здійсненням фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування.

Розвиток науки фінансового права та формування нових категорій і понять через категорію публічності [2]

створили необхідні умови для запровадження багатьох категорій, серед яких і така категорія, як «публічна фінансова діяльність», що об'єднує у собі категорії «фінансова діяльність держави» та «фінансова діяльність органів місцевого самоврядування».

Особливість фінансових правовідносин проявляється у тому, що вони, по-перше, виникають зі специфічної діяльності, а саме з публічної фінансової діяльності і пов'язані з мобілізацією, розподілом, перерозподілом і використанням публічних фондів коштів; по-друге, їм властива юридична нерівність сторін (однією стороною виступає держава в особі органів законодавчої або виконавчої влади, або органів місцевого самоврядування, фінансово-кредитних органів, які наділяються владними повноваженнями відносно другого учасника відносин); по-третє, відсутність диспозитивності у виборі варіантів здійснення прав та виконання обов'язків; по-четверте, їх виникнення, зміна та припинення не відбуваються за волевиявленням сторін, а пов'язані із фінансово-правовими актами; по-п'яте, забезпечення контролю за здійсненням грошових операцій.

Враховуючи те, що фінансова діяльність проводиться і на національних, і на міжнародних ринках фінансових послуг, проте стосовно захисту прав споживачів фінансових послуг інституційна інфраструктура виявляється сьогодні недосконалою.

Законодавчо закріплено, що державне регулювання ринків фінансових послуг здійснюється: Національним банком України щодо ринку банківських послуг; Національною комісією з цінних паперів

та фондового ринку щодо ринків цінних паперів та похідних цінних паперів (деривативів); Національною комісією, яка здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, щодо інших ринків фінансових послуг. Необхідно підкреслити й те, що національний підхід щодо правового регулювання ринків фінансових послуг відповідає прийнятим міжнародним та європейським стандартам у даній сфері.

Відповідно до Положення про застосування Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, заходів впливу за порушення законодавства про фінансові послуги, прийнятого Розпорядженням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 20 листопада 2012 р. [3], а також до законів України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [4], «Про страхування» [5], «Про кредитні спілки» [6], «Про недержавне пенсійне забезпечення» [7], інших законів та Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, затвердженого Указом Президента України від 23 листопада 2011 р. № 1070 [8], з метою встановлення порядку та умов застосування заходів впливу за порушення законів та інших нормативно-правових актів, що регулюють діяльність з надання фінансових послуг, та забезпечення захисту прав споживачів фінансових послуг Нацкомфінпослуг наділена правом застосовувати окремі заходи впливу. Так, Національна комісія має право:

- 1) зобов'язати порушника вжити заходів для усунення порушення;
- 2) вимагати скликання позачергових зборів учасників фінансової установи;
- 3) накладати штрафи в розмірах, передбачених ст. 41 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»;
- 4) тимчасово зупиняти (обмежувати) або анулювати (відкликати) ліцензію на право здійснення діяльності з надання фінансових послуг;

5) відсторонювати керівництво від управління фінансовою установою та призначати тимчасову адміністрацію;

6) затверджувати план відновлення фінансової стабільності фінансової установи;

7) виключати відповідно до законодавства учасників ринків фінансових послуг (крім споживачів фінансових послуг) з Державного реєстру фінансових установ або реєстру осіб, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги;

8) установлювати для небанківських фінансових груп підвищені економічні нормативи, ліміти та обмеження щодо здійснення окремих видів операцій;

9) виносити рішення про заборону недержавним пенсійним фондам — суб'єктам другого рівня системи пенсійного забезпечення укладати нові пенсійні контракти з учасниками накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування у разі порушення вимог, установлених для таких недержавних пенсійних фондів законом та ліцензійними умовами.

Безперечно, державне регулювання на ринках фінансових послуг спрямоване на досягнення системної стабільності шляхом здійснення контролю за дотриманням фінансовими установами встановлених норм та правил, у тому числі щодо реєстрації та ліцензування, наявності необхідних фінансових ресурсів (капіталу, ліквідності тощо), кваліфікованого персоналу, обмеження ризиків під час провадження діяльності, розкриття інформації тощо.

Однак, на жаль, спеціально утворений для цього орган, яким є Держспоживінспекція, що визначена законодавством як повноважений центральний орган виконавчої влади у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів, наділений відповідними повноваженнями щодо забезпечення захисту прав споживачів усіх видів продукції та послуг, у тому числі фінансових, не має належних для їх здійснення фінансових, інституційних та операційних ресурсів,

а також підготовлених на належному рівні працівників.

Негативним фактором також є те, що зазначена інспекція уповноважена приймати рішення щодо відповідальності фінансових установ тільки в частині надання фінансових послуг, передбачених Законом України «Про захист прав споживачів» [9], тобто лише щодо споживчого кредитування.

Суттєвим недоліком є й те, що наявні механізми щодо врегулювання конфліктів, які виникають між споживачами та надавачами фінансових послуг, є неефективними, що, у свою чергу, вимагає розробки сучасних механізмів їх вирішення.

Сьогодні чинне законодавство розглядає фінансову послугу як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб. У випадках, передбачених законодавством, фінансові послуги надають за рахунок коштів, залучених від інших осіб, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», прийнятого 12 липня 2001 р. [4], до фінансових послуг належать: 1) випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або їх обслуговування, кліринг, інші форми забезпечення розрахунків; 2) довірче управління фінансовими активами; 3) діяльність з обміну валют; 4) залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; 5) фінансовий лізинг; 6) надання коштів у позику, у тому числі і на умовах фінансового кредиту; 7) надання гарантій та поручительств; 8) переказ коштів; 9) послуги у сфері страхування та у системі накопичувального пенсійного забезпечення; 10) професійна діяльність на ринку цінних паперів, що підлягає ліцензуванню; 11) факторинг; 12) адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах. До фінансових послуг законодавство зараховує й інші операції, які відповідають визначеним критеріям.

Учасниками ринків фінансових послуг законодавство визначає осіб, які відповідно до закону мають право надавати фінансові послуги на території України; особи, які провадять діяльність з надання посередницьких послуг на ринках фінансових послуг; об'єднання фінансових установ, включені до реєстру саморегульованих організацій, що ведеться органами, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг; споживачі фінансових послуг. Законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг можуть визначатися інші учасники ринків фінансових послуг.

Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», прийнятий у 2001 р., довго не давав відповіді: що потрібно розуміти під посередницькою послугою на ринку фінансових послуг, незважаючи на те, що чинне законодавство досить часто оперувало поняттям «посередницькі послуги». І лише тільки у 2011 р. у вищезазначений Закон було внесено зміни, відповідно до яких під посередницькими послугами на ринках фінансових послуг слід розуміти діяльність юридичних осіб чи фізичних осіб — підприємців, що включає консультування, експертно-інформаційні послуги, роботу з підготовки, укладення та виконання (супроводження) договорів про надання фінансових послуг, інші послуги, визначені законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг [10].

Сьогодні на порядку денному актуальним постає питання щодо фінансової грамотності населення, яке набуло особливого розвитку в останні роки. Саме фінансова грамотність дає споживачеві змогу користуватись плодами фінансових рішень, а належний захист прав таких споживачів гарантує довіру до фінансових установ. На необхідності реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг наголошується і в розпорядженні Кабінету Міністрів України від 31 жовтня 2012 р. [11].

Як відомо, сьогодні 25 держав приділяють особливу увагу цим питанням.



Із 28 країн, в яких були проведені дослідження, Україна перебуває на 21-му місці за рівнем розвитку фінансової грамотності. Однак сучасне життя вимагає від кожного вміння орієнтуватися у фінансовому просторі з безліччю пропозицій. І саме ази фінансової грамотності допоможуть громадянам України приймати зважені рішення щодо власних витрат і заощаджень.

Прийнята Стратегія реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг на 2012–2017 роки [11] визначає з урахуванням основних завдань Програми економічних реформ на 2010–2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» концептуальні напрями діяльності органів, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, органів виконавчої влади, спеціалізованих установ, що виконують функції на ринках фінансових послуг, громадських організацій, об'єднують учасників ринків фінансових послуг та інших заінтересованих осіб щодо реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг з метою недопущення порушення їх законних прав та інтересів, а також підвищення рівня фінансової грамотності населення.

За висновком Організації економічного співробітництва та розвитку, посилення уваги до захисту прав споживачів фінансових послуг у всьому світі пояснюється особливостями сучасних фінансових продуктів та послуг, які передбачають можливість істотного переключення ризиків, що виникають, саме на споживачів. Нездатність споживачів належним чином зрозуміти та оцінити ризики на фоні недостатнього правового регулювання та агресивних методів просування фінансових послуг, які до того ж можуть супроводжуватися зловживаннями, шахрайством та іншими неправомірними діями з боку надавачів послуг, створюють загрозу для економічної безпеки населення та підривають його довіру до фінансових ринків, що має негативний вплив на рівень добробуту громадян та стримує економічний розвиток.

Водночас освіченого та фінансово грамотного споживача набагато складніше примусити до необдуманих дій, що опосередковано сприяє фінансовій та макроекономічній стабільності. При цьому належний захист прав споживачів фінансових послуг повинен сприяти усвідомленню такими споживачами всіх умов надання фінансових послуг, рішення про отримання яких вони приймають, а також зниженню ризиків діяльності фінансових установ, поведінка яких на ринку є виваженою та економічно обґрунтованою.

Удосконалення системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг позитивно вплине на загальну економічну ситуацію у державі, оскільки відновлення довіри до фінансових установ сприятиме залученню до фінансового сектора заощаджень населення, а належне використання його можливостей для задоволення соціальних потреб громадян (насамперед шляхом застосування механізмів страхової медицини та недержавного пенсійного забезпечення) — зменшенню навантаження на державні фінанси, що дасть можливість спрямовувати вивільнені ресурси на виконання завдань економічного розвитку.

Сучасний стан відносин між різними категоріями учасників ринків фінансових послуг в Україні не забезпечує повноцінного функціонування таких ринків, не може забезпечити їх сталого розвитку. Не в повній мірі дотримуються загальні принципи захисту прав споживачів фінансових послуг Організації економічного співробітництва та розвитку. Так, система законодавчого забезпечення функціонування ринків фінансових послуг в Україні створена без урахування потреби захисту прав споживачів фінансових послуг. Базове законодавство щодо захисту прав споживачів на належному рівні не враховує особливості надання фінансових послуг, а нормативно-правові акти органів, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, містять лише окремі елементи захисту прав споживачів, і їх застосування є неефективним.

Баланс прав та обов'язків фінансових установ і споживачів фінансових послуг постійно порушується внаслідок законодавчих ініціатив, які посилюють позиції однієї сторони за рахунок іншої, практики реалізації фінансових послуг, що формується без урахування необхідності поважати інших учасників ринків, дотримання їх прав та інтересів. Зазначене призводить до упередженого ставлення споживачів фінансових послуг до фінансових установ, небажання населення користуватися фінансовими послугами без крайньої потреби та підриває довіру до фінансового сектора держави в цілому.

Практика прийняття судових рішень у сфері надання фінансових послуг є непослідовною, оскільки існують факти винесення судами діаметрально протилежних рішень за аналогічними позовами. Принцип «єдиного контактного центру» не застосовується, що призводить до того, що споживачі часто не мають змоги ефективно відстоювати власні права у зв'язку з відсутністю необхідної інформації.

На ринках фінансових послуг в Україні спостерігається низький рівень інформаційної прозорості. Надавачі фінансових послуг не надають повної, достовірної, доступної та порівняльної інформації про вартість і умови надання таких послуг, пов'язані з ними ризики та переваги, тоді як споживачі фінансових послуг намагаються маніпулювати інформацією про власний фінансово-майновий стан та зобов'язання фінансового характеру з метою отримання таких послуг або уникнення пов'язаної з ними майнової відповідальності.

Крім того, результати проведених в Україні соціологічних досліджень свідчать про низький рівень фінансової грамотності та обізнаності громадян, які змушені самостійно здобувати знання щодо фінансових установ та послуг, що ними надаються. Іноді фінансові установи використовують загальний низький рівень обізнаності населення щодо фінансових послуг для перекладення більшості всіх ризиків надання таких послуг на їх споживачів, що призводить

до негативного ставлення населення до фінансових ринків та їх професійних учасників, недовіри до фінансових установ, небажання використовувати їх як інструмент забезпечення збереження заощаджень та підвищення рівня добробуту.

Серед негативних факторів, які порушують права споживачів на ринках фінансових послуг, є такі: 1) недостатньою мірою населення володіє базовими основами фінансових знань про свої права та обов'язки як споживачів фінансових послуг; 2) контроль за об'єктивністю і достовірністю інформації щодо фінансових послуг недостатній; 3) не завжди фінансові послуги установ є якісними, що формує у споживачів негативне ставлення до надавачів таких послуг; 4) потребує вдосконалення діяльність на ринках фінансових послуг, що пов'язана з інтересами фізичних осіб; 5) не в повній мірі використовується потенціал бюро кредитних історій, які за умови належного нормативно-правового регулювання можуть стати незалежними постачальниками інформації не лише про сумлінність виконання фізичними особами зобов'язань фінансового характеру, а і про фінансовий стан та кредитоспроможність фізичних осіб, тобто виконувати функції, подібні до функцій рейтингових агентств для юридичних осіб; 6) потребують удосконалення питання діяльності фінансових посередників як необхідного елемента інфраструктури ринків фінансових послуг; 7) конкуренція на ринках фінансових послуг є недостатньою внаслідок відсутності гарантування справедливого ставлення до споживача, що призводить до маніпулювання на таких ринках.

Результати аналізу наявної системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг свідчать про її невідповідність загальним принципам захисту прав споживачів фінансових послуг Організації економічного співробітництва та розвитку, що обумовлено рядом проблем, основними з яких є:

відсутність у нормативно-правовій базі з питань регулювання ринків фінансових послуг положень щодо забезпе-

чення захисту прав споживачів фінансових послуг;

недосконалість системи державного регулювання та нагляду за фінансовим сектором;

низький рівень інформаційної прозорості, фінансової грамотності та обізнаності населення;

відсутність дієвих механізмів захисту від ризиків та недосконала система вирішення спорів, пов'язаних з отриманням фінансових послуг;

відсутність належного вибору фінансових послуг.

У зв'язку з тим, що наявна система захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг не має системного характеру та може негативно вплинути на подальший розвиток національної економіки, необхідно ґрунтовно та комплексно її реформувати. Це і є головним завданням Стратегії реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг. Для цього з метою підвищення рівня захисту прав споживачів фінансових послуг необхідно на належному рівні забезпечити відповідне нормативно-правове регулювання захисту прав споживачів фінансових послуг; удосконалити інституційну інфраструктуру щодо захисту прав споживачів фінансових послуг; підвищити рівень інформаційної прозорості, фінансової грамотності та обізнаності споживачів фінансових послуг, виконання вимог щодо розкриття інформації на ринках фінансових послуг; розробити ефективний та доступний механізм врегулювання спорів між надавачами та споживачами фінансових послуг.

**Ключові слова:** фінансові послуги, учасники фінансових послуг, ринки фінансових послуг, захист прав споживачів на ринках фінансових послуг.

*Автор характеризує систему захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг. Виходячи з її невідповідності загальним принципам захисту прав споживачів фінансових послуг, пропонує шляхи реформування*

*системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг.*

*Автор характеризує систему захисту прав потребителів на ринках фінансових послуг. Исходя из ее несоответствия общим принципам защиты прав потребителей финансовых услуг, предлагает пути реформирования системы защиты прав потребителей на рынках финансовых услуг.*

*An author characterizes the system of protection of consumers on the markets of financial services. Coming from her disparity to general principles of protection of consumers of financial services, offers to the way of reformation of the system of protection of consumers on the markets of financial services.*

#### Література

1. Правове регулювання відносин на фінансовому ринку : стан та напрями вдосконалення : монографія / відп. ред. В. Д. Чернадчук. — Суми : ВВП «Мрія» ТОВ, 2013. — 340 с.

2. Нечай А. А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних витатків : монографія / А. А. Нечай. — Х. : Рута, 2004. — 264 с.

3. Положення про застосування Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, заходів впливу за порушення законодавства про фінансові послуги : розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 20.11.2012 № 2319.

4. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

5. Про страхування : Закон України від 07.03.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 78 (в ред. Закону України № 2745-III від 04.10.2001 р.).

6. Про кредитні спілки : Закон України від 20.12.2001 р. № 2908-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 15. — Ст. 101.

РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

7. Про недержавне пенсійне забезпечення : Закон України від 09.07.2003 р. № 1057-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 47–48. — Ст. 372.
8. Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг : Указ Президента України від 23 листоп. 2011 р. № 1070.
9. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 30. — Ст. 379 (в ред. Закону України № 3682-XII від 15.12.1993 р.).
10. Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання ринків фінансових послуг : Закон України № 3462-VI від 02.06.2011 р.
11. Стратегія реформування системи захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг на 2012–2017 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 31 жовт. 2012 р. № 867-р.



Почнемо з двох зауважень. Перше з них стосується питань конституційного регулювання. Термінологія ст. 36 КПК явно не збігається з п. 3 ст. 121 Конституції України, хоча за змістом вони близькі. В принципі у таких випадках зазвичай спочатку міняється термінологія Основного Закону, а потім — ординарного законодавчого акта, яким є КПК. Проте сприйmemo це як даність і сподіваємося, що відповідні зміни в Основний Закон будуть внесені у процесі конституційної реформи. Тоді ж виникне потреба переставити місцями п. 1 «Підтримання державного обвинувачення в суді» і п. 3, присвячений нагляду за додержанням законів у сфері розслідування, виходячи з фактичної послідовності реалізації цих функцій у прокурорській діяльності.

Друге зауваження стосується структури ст. 36 КПК. Очевидно, в її першій частині доцільно викласти суть відповідної функції прокуратури, виклавши її так:

«Як сторона обвинувачення прокурор здійснює нагляд за додержанням законів органами і службовими особами, які беруть участь у досудовому кримінальному провадженні».

Що ж стосуються завдань прокурора у цій сфері, то вони досить детально викладені у ст. 29 чинного Закону України «Про прокуратуру» [2] з урахуванням змін, внесених до нього у 2012 році. Виникає питання: чи варто фіксувати ці завдання у новому Законі про прокуратуру. Гадаймо, що так, оскільки це вносить елементи упорядкованості у наглядову діяльність прокуратури і водночас аж ніяк не суперечить європейським цінностям і критеріям. При цьому є доцільним об'єднати п. 3 і 4, які мають правозахисну спрямованість, і викласти відповідні положення у такій редакції:

«Нагляд має своїм завданням сприяти:

охороні прав і законних інтересів осіб при здійсненні кримінального провадження, вжиттю необхідних заходів для захисту прав потерпілих від злочину, а також запобіганню незаконному

притягненню осіб до кримінальної відповідальності».

Враховуючи сучасні підходи до проблем правозахисту, цей об'єднаний пункт доцільно поставити на перше місце. При цьому потрібно враховувати, що в Рекомендації Ради Європи «Про роль прокуратури в системі кримінального судочинства» (п. 1) спеціально виділено обов'язок прокурора стежити, щоб потерпілі одержували необхідну допомогу та сприяння [3]. У цій делікатній сфері суспільних відносин потрібно правильно розставити акценти, поставивши на перше місце захист прав потерпілих.

Ще два пункти у цій статті відображають роль прокурора у протидії злочинності. Навряд чи є сенс заперечувати, що, здійснюючи свої наглядові повноваження, прокурор сприяє таким чином розкриттю кримінальних правопорушень і притягненню винуватців до кримінальної відповідальності. Ця діяльність прокурора носить характер протидії злочинності або, за термінологією Ради Європи, — кримінального переслідування. Як слушно відзначив М. Мичко, «... на стадіях досудового слідства прокурор виступає у двох іпостасях — з одного боку, він є охоронцем законності, а з іншого — органом кримінального переслідування осіб, які вчинили злочин» [4, 26]. Навпаки, важко погодитись з протилежною думкою (П. Трагнюк) щодо несумісності кримінального переслідування з прокурорським наглядом [5, 10].

Водночас є потреба виключити із Закону про прокуратуру завдання прокурора щодо здійснення заходів із запобігання кримінальним правопорушенням, усунення причин та умов, що сприяють їх вчиненню. І не лише тому, що ця діяльність уже виключена з нового КПК. Наполягати на їх відновленні було б безглуздом, оскільки це є сферою організаційно-управлінської діяльності, тобто стосується не прокуратури-і органів розслідування, а інших владних структур. Прокурори перестануть, нарешті, «вимучувати» у слідчих долучення до матеріалів кримінальних проваджень копій подань про «усунення причин



Відносини прокурора зі слідчими, працівниками оперативних підрозділів, безумовно, носять публічно-правовий, офіційний характер, що, на нашу думку, не виключає можливості використання інших способів професійного спілкування, зокрема, висловлення усних порад щодо варіантів вчинення тих чи інших процесуальних дій.

Саме наявність у прокурора владно-розпорядчих повноважень дозволила поступово дійти висновку, що він здійснює процесуальне керівництво розслідуванням. У термінологічній літературі термін «керівництво» походить від слова «керувати», тобто «спрямовувати процес, впливати на розвиток, стан чого-небудь; спрямовувати діяльність кого-, чого-небудь, бути на чолі когось, чогось, давати вказівки, розпорядження» [12, 828]. Думається, що ці ознаки мають пряме відношення до існуючої моделі прокурорського нагляду за додержанням законів при провадженні досудового розслідування. Саме наявність у прокурора владно-розпорядчих (зробимо наголос на «розпорядчих») повноважень дає підстави для того, щоб вважати його діяльність у цій сфері процесуальним керівництвом.

Проте деякі науковці висловлюють інші погляди на цю проблему. Так, В. Сухонос вважає, що в разі, «...якщо прокурор буде безпосередньо організувати слідство і керувати ним, нести відповідальність за якість і результати розслідування, функція нагляду за цим видом діяльності з боку того самого прокурора зведеться нанівець і втратить будь-який сенс» [13, 277]. У свою чергу, Ю. Аленін звернув увагу на те, що «...Конституція України не покладає на органи прокуратури здійснення функції кримінального переслідування на стадії досудового слідства», а звідси робиться висновок, що положення щодо процесуального керівництва розслідуванням не узгоджуються з Конституцією України» [14, 110].

Але ж термін «кримінальне переслідування» не вживається не лише в Конституції України, він не вживався в попередньому і не використовується

у чинному КПК. Проте прокурор не може при здійсненні нагляду самоусунутись від протидії злочинності, вживаючи залежних від нього заходів, щоб на стадії досудового провадження винуватці кримінальних правопорушень були притягнуті до законної відповідальності. Нагляд за додержанням законів під час провадження досудового розслідування відповідає характеру цього завдання прокуратури. Що ж стосується «процесуального керівництва розслідуванням», то в ньому відображається глибинний зміст зазначеної функції.

У принципі прокурорське керівництво тому і названо процесуальним, що воно стосується саме процесуальних аспектів розслідування. Проте не виключена можливість використання прокурором і деяких організаційно-управлінських повноважень, проте лише в разі коли це прямо передбачено законом, зокрема, з метою координації діяльності правоохоронних органів для забезпечення розкриття злочину (ст. 10 Закону України «Про прокуратуру»).

Будь-яке керівництво, в тому числі процесуальне керівництво розслідуванням, пов'язано з відповідальністю суб'єкта контролю за виконання поставлених перед ним завдань. Відповідальність в позитивному розумінні означає покладений на когось обов'язок відповідати за певну ділянку роботи, справу, за чийсь дії чи вчинки [12, 317]. У зв'язку з цим дуже важливо чітко визначити міру відповідальності, в даному разі — реальну можливість процесуального керівника відповідати за свої рішення і дії і за стан законності у сфері розслідування за конкретним провадженням і загалом виконання в повному обсязі цих обов'язків. Їх невиконання чи неналежне виконання може бути підставою для настання так званої ретроспективної відповідальності у вигляді передбачених законом юридичних санкцій. Природно, що прокурор, який здійснює нагляд за розслідуванням, не в змозі домогтись розкриття всіх кримінальних правопорушень і виконання вимог закону щодо невідворотності відповідальності за них. Проте він може і повинен запобіг-





тидіяти незаконним наказам їх керівників та заявляти про незаконне втручання з їх боку» [16, 331–332].

Ця рекомендація не була врахована при доопрацюванні проекту КПК, хоча при реалізації зазначеної норми можливі ускладнення, зокрема, у випадках, коли, наприклад, слідчий суддя відмовляє у задоволенні скарги на рішення прокурора, а прокурор вищого рівня, незважаючи на це, скасовує його. Думається, що замість скасування рішення підпорядкованого прокурора прокурор вищого рівня, поважаючи процесуальну самостійність підлеглого прокурора, мав би в подібних ситуаціях внести йому пропозицію самому переглянути рішення, яке він вважає помилковим.

Проте незалежність прокурора у цій сфері повинна мати певні межі. У сучасних умовах, коли утвердження нового КПК викликає великі труднощі і суперечності, втручання прокурорів вищого рівня у конкретні ситуації, пов'язані з досудовим розслідуванням, в принципі є бажаним і навіть необхідним.

Зараз в Україні поступово набуває поширення практика укладення з ініціативи прокурорів угод про визнання винуватості з підозрюваними і обвинуваченими з наступним винесенням судових вироків на підставі цих угод. Як уже нами відзначалося, така практика інколи може являти собою приховану форму тиску на особу, яка потрапила в орбіту кримінального переслідування, а також зверталася увага на досить великий корупційний потенціал постановлення судових рішень на підставі угод, коли прокурор разом з правопорушником (не без участі захисника) вирішують ключове питання кримінального судочинства — про міру покарання [17, 52]. Долабет корупційних схем в таких випадках можуть потрапляти і судді, якщо їх відповідно «простимулювати».

Очевидно, розуміючи це, Генеральний прокурор України в галузевому наказі № 4гн від 19 грудня 2012 року (пункт 19.1) зажадав від прокурорів «угоду про визнання винуватості попередньо узгоджувати з керівником органу прокуратури. Копію угоди з його

відміткою долучати до наглядового провадження» [18, 47]. Така практика є в принципі доцільною — питання лише в тому, наскільки вона відповідає закону. Якщо зміна прокурором обвинувачення в суді і відмова від обвинувачення відбуваються на підставі ст. 341 КПК, то можливість погодження угоди про визнання винуватості процесуальним законом не передбачена, а вирішення цього питання у відомчому акті навряд чи є прийнятним. Відтак цей порядок доцільно закріпити у КПК, як це було для випадків зміни чи відмови прокурора від обвинувачення.

Дискусію з питань реалізації наглядової функції прокурора у досудовому кримінальному провадженні доцільно продовжити.

**Ключові слова:** досудове кримінальне провадження, прокурорський нагляд, процесуальне керівництво, повноваження прокурора.

*Статтю присвячено правовому статусу прокурора, який здійснює нагляд за дотриманням законів під час досудового кримінального провадження. Обрунтовано тісний взаємозв'язок між прокурорським наглядом у цій сфері і процесуальним керівництвом. Проаналізовано відмінності між наглядовою діяльністю прокурора і організаційно-управлінською діяльністю керівника слідчого підрозділу. Запропоновано зміни до чинного КПК України.*

*Статья посвящена правовому статусу прокурора, осуществляющего надзор за соблюдением законов во время досудебного уголовного производства. Обоснована тесная взаимосвязь между прокурорским надзором в этой сфере и процессуальным руководством. Проанализированы различия между надзорной деятельностью прокурора и организационно-управленческой деятельностью руководителя следственного подразделения. Предложены изменения в действующий УПК Украины*

*The article is devoted to the legal status of the prosecutor overseeing the observance of the law during the pre-trial criminal proceedings. Substantiated a close relationship between the prosecutor's supervision in this area and procedural guidance. Analyzed the differences between the prosecutor and the oversight activities of organizational and management activities of the head of the investigative unit. Proposed changes to the existing Code of Criminal Procedure*

### Література

1. Ягольницький А. Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства // Вісник прокуратури. — 2013. — № 8. — С. 129–134.
2. Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 794.
3. Рекомендація R (2000) 19 Комітету Міністрів держав — членів Ради Європи «Про роль прокуратури в системі кримінального судочинства» від 6 жовтня 2000 р. // Вісник прокуратури. — 2001. — № 2. — С. 31–77.
4. Мичко М. І. Проблеми функцій і організаційного устрою прокуратури України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / М. І. Мичко. — Х., 2002. — 38 с.
5. Трагнюк Р. Р. Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. Р. Трагнюк. — Х., 2003. — 19 с.
6. Косюта М. В. Прокуратура України : навч. посіб. / М. В. Косюта. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 312 с.
7. Пивненко В. В. Быстрота — важнейший качественный показатель оценки эффективности работы следователя // Питання конституційно-правового статусу прокуратури України та удосконалення її діяльності : зб. наук. пр. / ІПК Ген. прокуратури України. — Х., 1999. — С. 217–220.
8. Толочко О. Критерії оцінювання прокурором розумності строків досудового розслідування // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2013. — № 1. — С. 53–58.
9. Комментарий к Закону о прокуратуре СССР. — М. : Юрид. лит., 1984. — 224 с.
10. Закон України «Про прокуратуру» : наук.-практ. комент. / Д. М. Бакаев, Ю. М. Грошевой, В. В. Долежан [та ін.]. — Х. : Рута, 1993. — 163 с.
11. Організація діяльності районної (міської) прокуратури : наук.-практ. посіб. / Г. П. Середа, М. К. Якимчук, В. М. Куц [та ін.]. — Кіровоград : МПП «Антураж»-А, 2009. — 468 с.
12. Новый тлумачний словник української мови. Т. 1. — К. : Аконіт, 2003. — 926 с.
13. Сухонос В. В. Прокуратура в системі державних органів України: теоретичний аналіз сучасного стану та перспектив розвитку : монографія / В. В. Сухонос. — Суми : Університет. кн., 2008. — 448 с.
14. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. — Х. : Одиссей, 2003. — 1104 с.
15. Гловюк І. В. Поняття «процесуальний контроль» та його місце у кримінально-процесуальній доктрині // Правове життя сучасної України : тези доп. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу. Одеса, 21–22 трав. 2010 р. — О. : Фенікс, 2010. — С. 563–565.
16. Висновок Венеційської комісії щодо Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. // Право України. — 2012. — № 10. — С. 327–362.
17. Долежан В. В. Проблеми участі прокурорів у кримінальному судочинстві в аспекті судової реформи // Право України. — 2010. — № 5. — С. 48–54.
18. Закон України «Про прокуратуру» : науково-практичний коментар. У 3 кн. Кн. 3. Галузеві накази Генерального прокурора України та інші відомчі акти прокуратури. — К. : Алерта, 2013. — С. 42–52.

**Н. Бакаянова,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області

## ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ СТАЖУВАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Реформування законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність в Україні призвело до впровадження деяких нових інститутів, у тому числі інституту стажування в адвокатурі, що актуалізує дослідження правового регулювання та практичних проблем у цьому напрямку.

Стажування майбутніх адвокатів було відомо в історії адвокатури й раніше [1], але в незалежній Україні з'явилося за Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р. (далі — Закон) [2]. Закон передбачає стажування осіб, які отримали свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту з метою перевірки їх готовності самостійно здійснювати адвокатську діяльність (ч. 1 ст. 10 Закону).

В Україні стажування в адвокатурі відбувається на платній основі згідно із ч. 4 ст. 10 Закону та п. 1.8 Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затвердженого Рішенням Ради адвокатів України від 16 лютого 2013 р. № 81 із наступними змінами (далі — Положення) [3]. Розмір внеску за проходження стажування, що складає 20 мінімальних заробітних плат, встановлено п. 6.1 Положення. У випадку, якщо за результатами стажування рада адвокатів регіону прийняла рішення про продовження стажування (додатково стажування), такий стажист додатково оплачує за таке додаткове стажування плату з розрахунку 2 мінімальні заробітні плати за кожен місяць такого додаткового стажування (п. 6.4 Положення). Якщо ж стажист виявив бажання пройти стажування

додатково в інших адвокатів, крім адвоката-керівника стажування, то такий стажист додатково оплачує за таке додаткове стажування плату з розрахунку 2 мінімальні заробітні плати за кожен місяць такого стажування (п. 6.5 Положення).

Питання проходження стажування та правового статусу стажистів адвокатів привертало до себе увагу науковців та практиків як до прийняття Закону, так і після набрання їм чинності [4]. Проте перші кроки впровадження стажування виявили чимало проблемних питань, шляхи розв'язання яких викликають дискусії.

Так, привертає на себе увагу законопроектна ініціатива народного депутата України П. Д. Петренка про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо умов проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю) № 2300а від 14.06.2013 р. [5]. Проектом Закону пропонується доповнити ст. 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» положенням, відповідно до якого стажування в Україні відбувається на безоплатній основі, плата за організацію та проходження стажування не стягується.

Із зазначеною законопроектною позицією узгоджується запропонований у прикінцевих положеннях проекту Закону «Про прокуратуру» № 3541 від 05.11.2013 р. пункт 70 частини 5, що передбачає внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у тому числі щодо безоплатного стажування в адвокатурі

під керівництвом обраного нею адвоката, який надав на це згоду та відповідає вимогам, установленим для керівника стажування [6].

Необхідність прийняття проекту Закону № 2300а від 14.06.2013 р. обґрунтовано потребою визначення на законодавчому рівні таких умов проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, які не допускать будь-яких проявів дискримінації та можливого обмеження у доступі такої особи до адвокатської діяльності, у тому числі за ознакою її майнового стану.

Взагалі, підтримуючи сутність запропонованих змін, слід заперечити проти подібного обґрунтування проекту Закону, адже воно не враховує усіх положень діючого законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. Платна основа стажування майбутніх адвокатів не створює обмежень за ознаками майнового стану та не порушує гарантовані державою рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, перш за все тому, що Законом передбачено альтернативні шляхи набуття статусу адвоката.

Якщо звернутися до положень Закону, то згідно з ч. 1 ст. 6 Закону адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Відповідно до ч. 5 ст. 10 Закону від проходження стажування звільняються особи, які на день звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки.

Вимоги законодавця щодо необхідності досвіду роботи в адвокатському об'єднанні, адвокатському бюро у адвоката є цілком обґрунтованими. Особа, яка має стаж роботи в якості помічника адвоката, отримує чітке уявлення про

особливості адвокатської діяльності та ознайомлюється із методами її здійснення. Помічники адвоката працюють на підставі трудового договору (контракту), укладеного з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, з додержанням вимог цього Закону і законодавства про працю (ч. 1 ст. 16 Закону).

Інші особи, які відповідають вимогам, встановленим ч. 1 ст. 6 Закону, але не працювали помічниками адвоката, мають успішно пройти перевірку щодо готовності самостійно здійснювати адвокатську діяльність з захисту від обвинувачення, представництва та надання правової допомоги у відповідності із вимогами, встановленими законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність. Стажування забезпечує наставництво та передачу досвіду, розуміння стажистом етичного підґрунтя професії, традицій та принципів адвокатури. Протягом стажування стажист адвоката навчається приймати правильні та вчасні рішення при веденні відповідних справ, має можливість опанувати навички професії.

Таким чином, особа, яка прагне набутти статусу адвоката, має можливість обирати: працювати помічником адвоката з отриманням оплати за свою працю чи отримати необхідний стаж роботи в інших сферах юридичної діяльності із наступним проходженням стажування в адвокатурі.

Встановлення плати за проходження стажування було прийнято згідно із світовою практикою регулювання цього інституту. Стажування в адвокатурі є оплачуваним у Великобританії, Австрії, Польщі, Росії, Ірландії та інших країнах. Адвокати не отримують заробітну платню. Оплата праці адвоката є специфічною: гонорари адвокатів визначаються виходячи із складності справи, кваліфікації і досвіду адвоката, фінансового стану клієнта та інших істотних обставин. Отже, якщо адвокат витрачає свій час не на адвокатську діяльність, а на підготовку майбутнього адвоката та перевірку його професійної придатності, час та зусилля адвоката мають бути оплачені.

Розумні доводи щодо підтримки вищезазначеної концепції, тим не менш, поступаються практичній ситуації щодо стажування в адвокатурі, що склалася в Україні. Так, в юридичній спільноті обговорювалося, що встановлена сума є занадто високою та потребує суттєвого зменшення [7]. Для більшості осіб, що вступають до адвокатури, розмір оплати за стажування є непомірним, про що свідчить різке зменшення кількості осіб, що виявляють намір стати адвокатами. Рада адвокатів України вирішила зазначене питання шляхом доповнення Положення нормами, якими передбачається встановлення розстрочки плати за стажування та підстав звільнення соціально незахищених громадян від плати за від стажування. Так, згідно з підп. 6.1.1 Положення у разі сплати внеску на проходження стажування на умовах розстрочки він є незмінним та фіксованим протягом всього періоду розстрочки та визначається з розрахунку мінімальної заробітної плати, встановленої на дату здійснення першого внеску. Відповідно до підп. 6.1.2 за рішенням ради адвокатів регіону від сплати внеску на стажування звільнюються повністю або частково інваліди I та II груп, а також одинокі матері (батьки), дохід яких не перевищує однієї мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року [3].

Звертає на себе увагу й точка зору щодо ініціювання внесення змін в ст. 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та визначення організаторами стажування кваліфікаційно-дисциплінарні комісії регіонів замість рад адвокатів регіонів. Таку пропозицію обумовлюють тим, що стажування є складною частиною процедури набуття статусу адвоката, фактично, це друга частина іспиту, а прийняття іспитів та захисту у стажерів є повноваженнями кваліфікаційно-дисциплінарні комісії регіонів [8].

Проте таке обґрунтування за своїм змістом є занадто вільним та неточним: поняття «кваліфікаційний іспит» та «стажування» самостійні, не охоплюють одне інше та визначені відповідно

до ч. 1, 2 ст. 9 Закону та ч. 1, 2 ст. 10 Закону. Крім того, оцінювання результатів стажування Закон та Положення чітко відносять до компетенції ради адвокатів регіону (ч. 2, 6 та 7 ст. 10 Закону, підп. 10.1, 11.2 Положення). Змінювати встановлений порядок слід вважати недоцільним, адже адвокатське самоврядування передбачає розподілення функцій між органами адвокатського самоврядування з урахуванням досвіду та традицій діяльності цих органів, їх навантаження та ефективності здійснення повноважень.

**Ключові слова:** адвокатура, стажування, набуття статусу адвоката, повноваження органів адвокатського самоврядування.

*Автор аналізує повноваження органів адвокатського самоврядування та надає пропозиції щодо подальшого реформування адвокатури в Україні.*

*Автор анализирует полномочия органов адвокатского самоуправления и высказывает ряд предложений относительно путей дальнейшего реформирования адвокатуры в Украине.*

*The author analyses the powers of bodies of lawyer self-regulating and draws up proposals for ongoing reform of the Bar in Ukraine.*

### Література

1. Історія адвокатури в Україні / за ред. Т. В. Варфоломеевої, О. Д. Святоцького. — К., 1992. — С. 44.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України // Голос України. — 2012. — 14 серп., № 148–149.
3. Рішення Ради адвокатів України від 16 лютого 2013 р. № 81 «Про затвердження Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю» (із змінами, внесеними від 1 черв. 2013 р. № 124, від 27 лип. 2013 р. № 194) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://unba.org.ua>.



**В. Андрусяк,**

соискатель кафедры права Европейского Союза и сравнительного правоведения  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

## **ПРАВООЩИТНАЯ ФУНКЦИЯ В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ПРОКУРАТУРЫ УКРАИНЫ**

Прокуратура Украины занимает особое место в государственном механизме, не принадлежа ни к одной из ветвей власти, и одновременно с этим играет важную роль в развитии правового, демократического и социального государства. Ее деятельность направлена на всемерное утверждение верховенства закона, укрепление правопорядка, защиту гарантированных Конституцией, другими законами Украины и международно-правовыми актами социально-экономических, политических и личных прав и свобод человека.

Процесс реформирования прокуратуры Украины носит комплексный и длительный характер. В последнее время в связи с требованиями, выдвинутыми Советом Европы, в частности Венецианской комиссией, актуализировались дискуссии об избрании эффективной модели прокурорской системы в Украине с целью приведения ее функций и роли в государственном механизме Украины к европейским стандартам.

Исследование процесса функционирования института прокуратуры как важного элемента правозащитной системы украинского общества получило всестороннее освещение в работах современных ученых: С. В. Бабенко, Л. Р. Грицаенко, Л. М. Давиденко, В. В. Долежана, П. М. Кариача, С. В. Кивалова, В. М. Косюты, В. Т. Маляренко, І. Є. Марочкина, В. В. Мойсика, С. Прилуцкого, Ю. Е. Полянского, В. В. Сухоноса, С. Г. Стеценко, Р. В. Шарова, М. Якимчука и др.

Цель работы заключается в том, чтобы на основании системного анализа изучить сущность и содержание правозащитной функции в контексте реформирования прокуратуры Украины как

основополагающего института современного украинского государства.

Исследование правового статуса института прокуратуры Украины невозможно вне контекста социально-политических условий ее функционирования, национальных традиций, особенностей правовой культуры народа. Учитывая важность поставленных перед прокуратурой задач, любое реформирование и любые изменения в организации, основах и порядке ее деятельности могут происходить лишь на серьезной научной почве.

Очерчивая функциональную специфику деятельности органов прокуратуры, можно вместе с тем решить следующие проблемы: четко определить содержание основных функций этого органа государственной власти, а также выяснить, обеспечивают ли эти функции защиту прав и интересов граждан и не противоречат ли они основополагающим принципам правового государства.

Для выявления сущности и содержания правозащитной функции прокуратуры как института современного украинского государства необходимо исходить из того, что данная функция выступает в качестве одной из центральных. Защитные правоотношения возникают как реакция государственных и общественных органов на противоправное поведение субъекта права. А формы и способы охраны и защиты зависят от полномочий каждого правоохранительного органа, в том числе и органов прокуратуры.

В современных условиях прослеживается тенденция к изменению правозащитной функции современного государства. Так, она наполняется новым содержанием, в результате появления новых прав и свобод, гарантированных



государством. Косвенным подтверждением этому служит динамика изменения подхода к пониманию содержания общепризнанных прав и свобод, юридически закрепленных в международных актах и нормах внутригосударственного права за последние десятилетия.

Необходимо обратить внимание на то, что ряд исследователей выделяют в основе общего надзора правозащитную функцию, в связи с тем что надзор за соблюдением законов представляет собой наиболее эффективную и последовательную форму контроля государства в сфере обеспечения законности, которая осуществляется постоянно и не требует особой процедуры. Утверждая верховенство закона, прокурорский надзор в пределах предоставленных полномочий выступает действенным и необходимым инструментом защиты прав и свобод человека и гражданина, общества и государства [3].

Правозащитная деятельность прокуратуры связана не только с правами, но и с обязанностями граждан, поскольку последние, осуществляя свои права, принимают на себя соответствующие обязанности, а также с ограничением прав и свобод граждан.

Наличие правозащитной функции у прокуратуры возникает как следствие распространения после Второй мировой войны по всему миру принципов гуманности и приоритетности стандартов прав человека. Деятельность прокуратуры в рамках правозащитной функции распределяется по следующим направлениям: правотворчество, правоприменение и правореализация.

Органы прокуратуры в пределах своей компетенции также защищают права и свободы граждан на началах их равенства перед законом, независимо от национального или социального происхождения, языка, образования, отношения к религии, политических убеждений, служебного или имущественного положения и других признаков. Принимаются меры к устранению нарушений закона, восстановлению нарушенных прав и привлечению в установленном законом порядке к ответственности лиц,

допустивших эти нарушения. Органы прокуратуры действуют гласно, информируют государственные органы власти и общественность о состоянии законности и мерах по ее укреплению [6].

Перед прокуратурой законодатель ставит общие цели и задачи, главными из которых являются верховенство права и закона, защита прав и свобод человека, укрепление законности. Эти задачи решаются с учетом специфических форм, способов и методов работы органов прокуратуры.

Осуществляя правозащитную деятельность, прокурор рассматривает и проверяет заявления, жалобы и иные сообщения о нарушении прав и свобод человека и гражданина, разъясняет пострадавшим порядок защиты их прав и свобод, принимает меры по предупреждению и пресечению нарушений прав и свобод человека и гражданина, привлечению к ответственности лиц, нарушивших закон, и возмещению причиненного ущерба. Надзирая за исполнением законов, прокурор опротестовывает противоречащие закону правовые акты, а также применяет иные меры прокурорского реагирования.

Одна из предусмотренных Законом Украины «О прокуратуре» мер реагирования прокурора — обращение в суд для защиты нарушенных прав и свобод человека и гражданина. Однако законодательная регламентация порядка и оснований таких обращений вызывает вполне обоснованное возражение у научной общественности и работников прокуратуры [4]. Проблема состоит в ограничении действующим законодательством круга субъектов, в защиту которых прокурор вправе обратиться в суд. По справедливому замечанию С. Г. Бывальцевой в этом случае, надзор может осуществляться лишь за соблюдением прав и свобод именно этих граждан, поскольку при отклонении (а то и просто игнорировании) органом или должностным лицом соответствующего акта реагирования прокурор лишен возможности обратиться в суд и восстановить нарушенное право в отношении иных граждан. Между тем

очевидно, что любое полномочие по реагированию, не подкрепленное реальными мерами ответственности за неисполнение законных требований прокурора или правом обращения в суд, не может быть достаточно эффективным [2].

Необходимо рассматривать правозащитную функцию современного государства не в узком смысле и сводить ее лишь к пресечению нарушения и восстановлению нарушенного права посредством адекватных мер, принимаемых от имени государства публичными субъектами. Понимание правозащитной функции современного государства предполагает широкий подход к ее трактовке. Правозащитная функция государства отражает сущностную характеристику государства, соответствует определенному этапу развития общества и государства, она постоянно трансформируется под влиянием внутренних и внешних факторов и наполняется новым содержанием. Правозащитная функция — это комплекс мер правового характера, направленных на всестороннюю защиту прав и свобод человека и гражданина, осуществляемую правозащитными структурами.

Деятельность прокуратуры в рамках правозащитной функции распределяется по трем направлениям: правотворчество, правоприменение и правореализация.

Правотворчество органов прокуратуры осуществляется путем подготовки законопроектов с их последующим внесением на рассмотрение субъектам законодательной власти; подготовки заключений на законопроекты, представленные органами государственной власти; подготовки заключений на проекты ведомственных нормативных правовых актов.

Правоприменение и правореализация осуществляются органами прокуратуры путем рассмотрения и проверки заявлений, жалоб и иных сообщений о нарушении прав и свобод человека и гражданина, разъяснения пострадавшим порядка защиты их прав и свобод, принятия мер по предупреждению и пресечению нарушений прав и свобод человека и граж-

данина, привлечения к ответственности лиц, нарушивших закон, и возмещения причиненного ущерба.

Суть правозащитной деятельности органов прокуратуры заключается в осуществлении специфической деятельности, направленной на изучение информации о нарушении законов, в получении и анализе различных материалов, статистических данных о работе объектов, которые могут содержать сведения, указывающие на необходимость в проведении проверок своими силами или с привлечением контролирующих органов, в оценке правовых актов с позиции их соответствия действующему законодательству, а также в применении мер прокурорского реагирования с целью устранения выявленных нарушений, отмены незаконных решений и привлечения виновных к установленной законодательством ответственности для защиты законных прав, свобод, интересов человека и гражданина.

Укрепление института прокуратуры является не только обязательством нашего государства, взятым при вступлении в Совет Европы, но и насущной необходимостью, вызванной закономерностями развития украинского общества. Без совершенствования статуса и функций прокуратуры, одновременно в контексте всесторонней реформы системы правоохранительных и правозащитных органов, невозможно становление и функционирование правового и демократического государства, а также создание гражданского общества.

В заключении Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 190 от 26 сентября 1995 года о вступлении Украины в Совет Европы и Резолюции № 1244 (2001) о выполнении обязанностей и обязательств Украины отмечалось, что роль и функции Генеральной прокуратуры Украины должны быть изменены путем преобразования этого института в орган, который будет отвечать принципам и стандартам Совета Европы [1]. Несогласие Парламентской Ассамблеи Совета Европы вызывало и продолжает вызывать законодательное закрепление функции общего надзора,

поскольку считается, что это не соответствует провозглашенным принципам правового государства и верховенства права.

Мировой опыт свидетельствует о национальном своеобразии и неповторимости моделей института прокуратуры в различных правовых системах. Особенности моделей прокуратуры являются продуктом исторического развития конкретной страны и отражают особенности ее истории, экономики, политической системы, культурные и местные традиции, климатические и природные условия, стереотипы массового сознания населения, национальный менталитет народа. Поэтому при изучении и использовании зарубежного опыта необходимо в полной мере учитывать социально-экономические, политические и духовно-культурные аспекты, возможности и пределы заимствования моделей прокуратуры из других правовых систем современности.

Вот почему при заимствовании тех или иных достижений зарубежных моделей функционирования прокуратуры недопустимы дилетантизм, крайности, односторонний, поверхностный подход. Чтобы избежать этого, необходимо, прежде всего, знание истории формирования института прокуратуры в тех или иных странах, специфики его функционирования, его конкретики, наиболее общих тенденций его развития. Несмотря на то, что одной из современных тенденций является тенденция к сближению и единообразию в вопросах моделирования органов прокуратуры, необходимо учитывать особенности правовой традиции, достижения отечественной школы права, которая сформировалась на идеях классиков советской юриспруденции. Следует учитывать, что заимствование тех или иных достижений в области реформирования органов прокуратуры Украины из опыта более «передовых» стран не приведет к такому же результату, как это наблюдается в практике последних. Если речь идет о слепом заимствовании, то подобные нововведения будут отторгаться «народным духом».

Таким образом, прокуратура Украины является одним из основных государственных институтов, прямое назначение которого состоит в обеспечении законности, защиты прав и свобод граждан и публичных интересов. Соответственно, ее реформирование требует продуманных, согласованных государственных усилий с учетом национальных особенностей и международных обязательств Украины.

Роль прокуратуры за годы независимости Украины претерпела существенные изменения, которые были направлены на трансформацию отечественной модели прокуратуры, развитие ее правозащитного потенциала в сфере охраны прав и свобод человека и усиление позиций в системе обеспечения национальной безопасности. Вместе с тем конституционно-правовой статус и функции прокуратуры требуют дальнейшего совершенствования, учитывая социально-экономические, политические и правовые изменения в жизни страны. Реформирование прокуратуры должно быть комплексным, системным и научно обоснованным, базироваться на ценностях демократического общества, международных обязательствах Украины, учитывать особенности исторического развития страны и ее правовой системы [5].

Прокуратура является действенным компонентом в системе правозащиты, а суть правозащитной деятельности органов прокуратуры Украины заключается в осуществлении на всей ее территории специфической деятельности, направленной на изучение информации о нарушении законов, в получении и анализе различных материалов, статистических данных о работе объектов, которые могут содержать сведения, указывающие на необходимость в проведении проверок своими силами или с привлечением контролирующих органов, в оценке правовых актов с позиции их соответствия действующему законодательству, а также в применении мер прокурорского реагирования с целью устранения выявленных нарушений, отмены незаконных решений и привлечения виновных

к установленной законодательством ответственности [6] для защиты законных прав, свобод, интересов человека и гражданина.

Правозащитная функция, направленная на защиту прав и свобод человека и гражданина, является приоритетным направлением развития любого демократического государства, а выделение учеными и правовое закрепление правозащитной функции — главным вектором реформирования прокуратуры.

**Ключевые слова:** современное государство, институт прокуратуры, функции государства, правозащитная функция прокуратуры, права и свободы человека, реформирования прокуратуры Украины.

*У статті досліджено сутність і зміст правозахисної функції, спрямованої на захист прав і свобод людини і громадянина, що є пріоритетним напрямком функціонування прокуратури України як інституту сучасної Української держави.*

*В статье исследованы сущность и содержание правозащитной функции, направленной на защиту прав и свобод человека и гражданина, являющейся приоритетным направлением функционирования прокуратуры Украины как института современного Украинского государства.*

*The article investigates the nature and the content of human rights function which is directed to the protection of the rights and freedoms of individuals and citizens, which is a priority for the functioning of the public prosecution of Ukraine as an institute of the modern Ukrainian state.*

### Литература

1. ЄС критикує закон про прокуратуру як «невропейський» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.radiosvoboda.org/content/article/24716199.html>.
2. Бывальцева С. Защита прав и свобод человека // Законность. — 2008. — № 9. — С. 20–22.
3. Выростайкин В. Как прокурору защитить человека, закон и интересы государства? // Законность. — 2007. — № 12. — С. 32–34.
4. Мельников Н. В. Прокурорская власть // Государство и право. — 2002. — № 2. — С. 24.
5. Долежан В. В. Конституційні аспекти удосконалення прокурорської системи України // Стратегічні пріоритети. — 2008. — № 2. — С. 119.
6. Шевчук А. Правозахисна діяльність органів прокуратури України [Електронний ресурс] / А. Шевчук. — Режим доступу : <http://www.zvyagel.com.ua/?p=5012>.

УДК 342.951:330.322

**Г. Пузанова,**

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

### **ДЕЯКІ ПІДХОДИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ІНВЕСТИЦІЯ»**

Поняття «інвестиція» є вихідним поняттям для різних видів юридичних понять, наприклад, для такого поняття, як «іноземні інвестиції», «портфельні інвестиції», «фінансові інвестиції» та ін. Однак відсутня єдність підходів визначення даного поняття, існують різні погляди з розкриття сутності даної економіко-правової категорії, використовуємої в різних галузях права. Вказане обґрунтовує необхідність вироблення адекватної потребам часу правової дефініції.

Питання, пов'язані із здійсненням інвестиційної діяльності у тих чи інших аспектах, досліджувались рядом вчених-економістів та юристів України та зарубіжних країн: І. А. Бланком, О. Г. Богатирьовим, М. М. Богуславським, В. Бочаровим, Н. І. Вознесенською, Дж. Гитманом, Е. Дж. Доланом, Б. Доменко, Н. Г. Дорониною, Д. В. Задихайло, Л. Л. Ігоніною, М. В. Ігошиним, Дж. Кейнсом, О. Р. Кибенко, І. Комаровим, В. М. Коссаком, Н. Кузнецовою, Р. Поповою, Е. Черевик, О. Чабан, Д. Е. Федорчук та ін., праці яких були використані при підготовці даної публікації.

Актуальність дослідження підтверджується тим, що існують різні підходи у визначенні поняття «інвестиції», що породжує труднощі у правозастосовній діяльності, крім того, закріплені в існуючому законодавстві поняття не отображають характерні особливості даної правової дефініції, особливості, її сутність, досвід міжнародного правового визначення даного поняття.

Виходячи з того, що вихідним для поняття «іноземні інвестиції», а також для інших легальних визначень є поняття «інвестиція», то методологічно виправданим є розгляд цього поняття як загального, родового поняття, що є цілком та завданням даного дослідження.

Розробка категорії «інвестиція» в її економічному та юридичному аспектах здійснювалася значною кількістю вчених-економістів та правознавців, зокрема, представниками наук цивільного права, господарського, адміністративного, фінансового та ін. галузей права. Роздивимось існуючі погляди на дане питання.

Первісно інвестиції постають як носій економічних характеристик, тому дослідження юридичної конструкції інвестицій з необхідністю повинне ґрунтуватися на розумінні суттєвих рис їх як економічної категорії. Підтвердженням цього слугують загальнотеоретичні міркування С. С. Алексєєва щодо шляху пізнання права: «За правовою формою повинна бути виявлена її сутність, її глибинна підстава, і звідси — її економічний, соціально-політичний зміст; відштовхуючись від усього цього, дослідження повинно повернутися до багатоманітності правових явищ, які постають перед науковими пізнаннями в усій своїй повноті, об'єктивній обумовленості, практичній значущості» [1, 25]. Подібну думку висловлює і Д. В. Задихайло, вказуючи, що «сьогодні успішно тлумачити норми права, розуміти цілі, переслідувані учасниками правовідно-

син., прогнозувати шляхи розвитку законодавства, а отже, і довгострокові правові наслідки відносин, що вже виникли, неможливо без чітких уявлень про особливості їх соціально-економічного контексту» [2, 4]. Тому вважаємо доцільним досліджувати економічну сутність поняття «інвестиція».

«Інвестиція» в перекладі з сучасної англійської мови (*investment*) означає «капіталовкладення» [3, 155], що дозволяє говорити про синонімічність цих термінів та підтверджується багатьма запропонованими визначеннями даного поняття. Так, у Великому економічному словнику під капіталовкладеннями розуміють «вклад інвестицій у відтворення основних фондів», а інвестиції являють собою «сукупність витрат, які реалізуються у формі довгострокового вкладення капіталу у промисловість, сільське господарство, транспорт та інші галузі народного господарства» [4, 207, 232].

Д. Кейнс пропонує визначати інвестиції як «приріст цінності капітального майна в результаті виробничої діяльності за певний період» [5, 117]. На думку Є. Черевик, «інвестиція — капітал, нагромаджений і не використаний для споживання за певний період виробничої діяльності та знову вкладений у виробництво» [6, 9]. Таким чином, термін «інвестиція» переважно вживається в розумінні «капітальні вкладення». Як вважає Н. Кузнецова, поняття «інвестиції» та «капітальні вкладення» співвідносяться як категорії загального й окремого: інвестиція у відтворення основних фондів і на приріст матеріально-виробничих запасів здійснюється у формі капітальних вкладень [7, 6].

Аналогічну точку зору має А. Богатирьов, який вважає, що інвестиції — це, насамперед, продуктивні витрати, тобто витрати, спрямовані на відтворення життя, матеріальних і духовних благ як необхідних умов життя людини в суспільстві. Це нормальні з точки зору функціонування виробництва витрати на його розширення або модернізацію [8, 17]. Крім того, він визначив інвестиції як «накопичену та невикористовану

для вживання частину доходу за визначений період виробничої діяльності та знову вкладену у виробництво» [8, 9].

На думку І. Комарова, під інвестиціями слід розуміти вкладення фінансових і матеріально-технічних засобів з метою одержання бажаного соціально-економічного ефекту. Зазначений автор поділяє інвестиції на фінансові та реальні. До фінансових відносить вкладення фінансових коштів для придбання акцій, облігацій та інших цінних паперів, цільові вклади, банківські депозити. До реальних інвестицій — капітальні вкладення в нове будівництво, розширення, реконструкцію, технічне переозброєння і підтримання виробництва, а також вкладення коштів у створення матеріально-виробничих запасів [9, 3].

Більш предметно-визначене формулювання інвестиціям дали Л. Гитман та М. Джонк, які визначили їх як «будьякий інструмент, в який можна вкласти гроші, розраховуючи зберегти або примножити їх вартість, забезпечив позитивну величину доходу» [10, 10]. Вкладення не обов'язково здійснюються саме грошима, тому трактовка інвестицій як «затрат засобів, направлених на відновлення капіталу, його підтримку та розширення» [11, 81], яка дана М. В. Ігошиним, вважається більш вдалою.

Уільям Ф. Шарп зі співавторами книги «Інвестиції» дали ще більш широке та достатньо неформальне визначення інвестицій, як процесу «розлучення з грошми сьогодні, щоб отримати більшу їх суму у майбутньому» [12, 1], тим самим підкреслив два фактори, тісно пов'язані з поняттям: протяжність у часі (а саме, дія з відкладеним результатом чи процес) та ризик.

Також серед запропонованих наукою визначень інвестицій можна виділити визначення Н. Г. Дорониної: «Інвестиції — економічне відношення по наданню та використанню матеріальних та грошових засобів» [13, 370]. Недоліком такого визначення є його широта. Не вбачається можливим розрізнити це визначення з низкою інших, наприклад, термін «кредит» можна описати так само.



тування, наприклад, придбання пакета акцій комерційної організації іноземною особою для отримання стійкого впливу на її політику.

Численні визначення поняття «інвестиції» часто носять формальний та загальний характер, не виявляючи сутності інвестицій у всьому їх різноманітті.

Аналіз наведених економічних дефініцій інвестицій дозволяє відмітити, що часто вони виділяють переваги характеристики цього поняття, але в більшості випадків вони з'являються різними. Тим не менш можна виділити групу визначаючих: по-перше, інвестиції характеризуються наявністю «капіталу», необхідного для «вкладення»; по-друге, послідовністю практичних дій по вкладенню капіталу, яка отримала назву «інвестиційного процесу»; по-третє, як всяке економічне явище в житті суспільства, цей процес має потребу у правовій регламентації. Для його здійснення необхідні правові визначення поняття інвестиції та інвестиційного процесу.

Завданням юридичного визначення інвестицій є формалізація й конкретизація економічних ознак інвестицій з метою визначення змісту та меж дії законодавства.

Вперше у радянській правовій літературі визначення «інвестиції» було дано Н. Н. Вознесенською, яка вказувала, що «під інвестиціями слід розуміти таке надання засобів іноземним інвестором, при якому обов'язковим є економічна активність. Виробнича діяльність іноземного елемента направлена на погоджене цільове використання цих засобів, при умові, що ця діяльність (за участю або без участі іноземного капіталу) приведе до створення обумовленого виробничого об'єкта, який сприяє розвитку економіки молодій державі, підвищенню його економічного потенціалу» [20, 26–32].

З цієї точкою зору не згоден інший дослідник — А. Г. Богатирьов, який дійшов висновку про те, що інвестиції є, перш за все, власністю, оскільки являють собою права володіння, використання та розпорядження майном. Він формулює це визначення відносно іноземних інвестицій таким чином:

«Іноземні інвестиції є іноземним капіталом — власністю у різних видах та формах, вивезеним з однієї держави та вкладеним у підприємство (чи справу) на території іншої держави». Однак підкреслює, що дане визначення неможна розглядати як закінчене чи вичерпне в силу складності поняття інвестицій та наявності декількох видів і форм капіталу та інвестування [8, 12–13].

М. М. Богуславський, навпаки, розглядає поняття інвестицій застосовно до іноземних інвесторів та відмічає, що не слід ставити знак рівності між поняттями «власність» та «інвестиції». Різниця між інвестиціями та власністю чітко просліджується по двох критеріях: 1) інвестиції, як правило, — власність, яка має цільове призначення; але далеко не всяка власність має інвестиційний потенціал; 2) в якості інвестицій в деяких випадках можуть використовуватися притягнені засоби, які не є власністю інвестора, та в цьому випадку поняття інвестицій виходить за межі поняття власності [21, 15].

Автори Великого юридичного енциклопедичного словнику розуміють під інвестиціями «вкладення капіталу в якусь справу шляхом придбання цінних паперів або безпосередньо підприємства з метою отримання додаткового прибутку чи впливу на справи підприємства» [22, 208]. Недолік цього визначення — в його неправовій природі, у використанні неправових дефініцій, звуженні переліку об'єктів та суб'єктів інвестиційного процесу.

Ряд вчених при визначенні інвестицій, поряд з економічними ознаками інвестицій, вказують на необхідність досягнення іншого неекономічного ефекту. Так, В. Бочаров і Р. Попова вказують, що «інвестиції виражають усі види майнових та інтелектуальних цінностей, які вкладаються в об'єкти підприємницької діяльності, в результаті яких формується прибуток (доход) чи досягається соціальний ефект» [23, 24]. Характерна для більшості визначень вказівка на позитивний матеріальний результат чи досягнення позитивного соціального ефекту як мети інвестування не є безпе-



речною. У деяких випадках дії інвестора направлені на те, щоб підприємство, яке отримує інвестиції, перестало функціонувати та приносити прибуток, тобто з метою усунення конкуренції на ринку товарів, робіт, послуг, що є достатньо розповсюдженим.

Деякі дослідники обмежують мету здійснення інвестицій лише отриманням прибутку, заперечуючи саме поняття інвестицій з метою досягнення соціального ефекту. Так, О. Р. Кібенко стверджує, що такі інвестиції набувають специфічного характеру в тому разі, якщо вони здійснюються на безоплатній основі. Але тоді фактично зникає їх особливість як інвестицій — вони потрапляють під правове регулювання благодійництва [24, 218]. До ототожнення інвестування з метою досягнення соціального ефекту та благодійництва близький і Д. Е. Федорчук [25, 29]. О. Чабан вказує, що погодитися з такою позицією неможна через суттєві відмінності інвестицій з метою досягнення соціального ефекту та благодійництва, тому що інвестиція вкладається в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, а пожертва надається набувачам благодійної допомоги; предметом інвестиції є майнові та інтелектуальні цінності, а предметом благодійної допомоги є також дії, послуги; інвестиції — це працюючий капітал, благодійництво ж — це безкорислива діяльність, що не передбачає одержання прибутків від цієї діяльності [26, 18].

Легальні визначення інвестицій містяться в ряді законодавчих актів. Так, у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [27] інвестиції визначаються як усі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті яких створюється прибуток (дохід) або досягається соціальний ефект. Однак це визначення недостатньо повно відображає економічну сутність цього явища.

Отримання інвестиційного прибутку (доходу) є різновидом ефекту від інвестицій. Слід відзначити, що мета отримання саме соціального ефекту не є єдиною можливою альтернативою меті

отримання прибутку. У порівнянні з поняттям «інвестиції», визначеним у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність», більш вдалим видається формулювання Федерального закону Російської Федерації від 25 лютого 1999 р. № 39-ФЗ «Про інвестиційну діяльність у формі капітальних вкладень», де інвестиціями іменуються вкладення з метою отримання прибутку чи досягнення іншого корисного ефекту [28]. «Інший корисний ефект» може полягати не лише у вирішенні суто соціального завдань, а й у забезпеченні екологічної безпеки діяльності підприємства, популяризації торговельної марки тощо.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про інвестиційну діяльність» от 18 вересня 1991 р. [29], інвестиціями є усі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (дохід) або досягається соціальний ефект. Такими цінностями можуть бути: кошти, цільові банківські вклади, паї, акції та інші цінні папери (крім векселів); рухоме та нерухоме майно (будинки, споруди, устаткування та інші матеріальні цінності); майнові права інтелектуальної власності; сукупність технічних, технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих («ноу-хау»); права користування землею, водою, ресурсами, будинками, спорудами, обладнанням, а також інші майнові права; інші цінності. Формулювання видів інвестицій у цьому нормативному акті, безумовно, більш вдале. По-перше, законодавець зробив спробу типізації їх видів та, по-друге, залишив їх перелік відкритим для включення знов виникаючих видів у існуюче правове поле.

До переліку недоліків наведених дефініцій можна віднести вказівку на вкладення перелічених інструментів інвестування в об'єкти підприємницької та іншої діяльності. Це формулювання явно надлишкове, оскільки не

несе конкретного смислового навантаження, тому що має на увазі будь яку діяльність, в тому числі неекономічну. При тлумаченні цієї норми вказівка на будь-які види діяльності трактується як зайве, що говорить про недосконалість такого визначення.

Частина 1 ст. 326 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. [30] визначає інвестиціями у сфері господарювання довгострокові вкладення різних видів майна, інтелектуальних цінностей та майнових прав в об'єкти господарської діяльності з метою одержання доходу (прибутку) або досягнення іншого соціального ефекту. Запроваджуючи ознаку довгострокового характеру інвестицій, законодавець, очевидно, намагався відмежувати здійснення інвестицій від операцій зі спекулятивною метою. Однак критерій «довгостроковості» є прийнятним лише для так званих прямих інвестицій і у цьому контексті оцінюється неоднозначно.

Податковий кодекс від 2 грудня 2010 р. (далі — ПК України) [31] у п. 14.1.81 ст. 14 визначає інвестиції як господарські операції, які передбачають придбання основних засобів, нематеріальних активів, корпоративних прав та/або цінних паперів в обмін на кошти або майно. Тобто вказане поняття визначається через господарські операції в законодавче визначені об'єкти, що неможливо визнати обґрунтованим.

У результаті аналізу визначень поняття «інвестиція», що мають у науковій літературі, можна констатувати відому односторонність багатьох з них, а також значні відмінності в поглядах дослідників не тільки на окремі аспекти поняття, що розглядається, але й на його сутність. Багато дослідників, формулюючи поняття інвестиції, виокремлюють її економічну складову, що приводить до утворення групи близьких по суті визначень, які виділяють ті чи інші її сторони.

Аналізуючи наведені дефініції інвестицій, можна відмітити існування двох тенденцій в розробці поняття інвестиції. Перша і менш характерна для сучасної науки тенденція — тенденція їх

«обмежуючого визначення», тобто така трактовка інвестицій, яка не дозволяє охопити усі їх види. Типовим прикладом є трактовка інвестицій як вкладення в строго визначений набір фінансових інструментів, однак реалії економічного життя, а також юридична практика відкидають такий підхід, оскільки в цьому випадку важко охопити правовим регулюванням усе розмаїття їх видів.

Інша тенденція полягає в необґрунтовано широкому розумінні терміна «інвестиція». Існування цієї тенденції частково провокує постійне ускладнення галузі інвестиційних відносин, що й викликає бажання надати таке визначення, яке не буде мати потребувати змінення в подальшому. Для надання адекватного економічним та правовим потребам правового регулювання необхідно вичленувати групу характеристик, без яких існування поняття, яке відображає тотожні інвестиціям види економічної діяльності, виявляться неможливими.

Проведений аналіз дозволяє дійти висновку, що перелічені в чинному законодавстві види інвестицій: усі види майнових та інтелектуальних цінностей (закони України «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про інвестиційну діяльність»), різні види майна, інтелектуальних цінностей та майнових прав (Господарський кодекс) підпадають під поняття об'єкти цивільних прав, визначене у ст. 177 Цивільного кодексу України [32], це також підтверджується переліком видів цінностей, вказаних у ст. 1 ЗУ «Про інвестиційну діяльність».

Таким чином, проведене дослідження дозволяє запропонувати таке визначення інвестицій: інвестиції — це об'єкти цивільних прав, не обмежені в обігу на території держави, які інвестуються в об'єкти господарської діяльності з метою отримання прибутку (доходу) чи іншого корисного ефекту.

**Ключові слова:** інвестиція, капіталовкладення, економіко-правова конструкція поняття «інвестиція», юридична конструкція даного поняття.

У статті проводиться дослідження економічного та юридичного аспектів поняття «інвестиція». Аналізуються існуючі підходи з питань визначення даного поняття в науковій літературі, легально закріплені в існуючому законодавстві, кваліфікуючі ознаки даної правової категорії, а також пропонується нове визначення даної правової дефініції.

В статтє проводится исследование экономического и юридического аспектов понятия «инвестиция». Анализируются существующие подходы по вопросам определения данного понятия в научной экономической и юридической литературе, легально закреплённые в действующем законодательстве, квалифицирующие признаки данной правовой категории, а также предлагается новое определение данной правовой дефиниции.

In the article, a study on the economic and legal aspects of the definition of «investment». Analyses existing approaches on the definition of this concept in scientific, economic and legal literature, legally fixed by legislation of the concept, features characterizing this legal category, and also proposes a new definition of this legal definition.

#### Література

1. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1981. — 359 с.
2. Задыхайло Д. В. Инвестиционное право Украины : сб. нормативно-правовых актов с комментариями / Д. В. Задыхайло. — Х. : Эспада, 2002. — 752 с.
3. Иностранные инвестиции. Мировой опыт — практика в России (Энциклопедия рынка). Ч. 2 / под ред. Б. Д. Дякина. — М. : РОСБИ, 1996. — 528 с.
4. Большой экономический словарь / под ред. А. Н. Азрилияна. — М. : Ин-т новой экономики, 1998. — 856 с.
5. Кейнс Д. Общая теория занятости, процента и денег : пер. с англ. / Д. Кейнс. — М., 1978. — 496 с.
6. Черевик Е. Инвестиционный процесс в развивающихся странах / Е. Черевик. — М. : Изд-во УДН, 1988. — 148 с.

7. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова ; Киев. гос. ун-т им. Т. Г. Шевченко. — К. : Наук. думка, 1993. — 158 с.
8. Богатырев А. Инвестиционное право / А. Богатырев. — М. : Рос. право, 1992. — 271 с.
9. Комаров И. Инвестиции и рынок / И. Комаров. — М. : Знание, 1991. — 64 с.
10. Гитман Джонк. Основы инвестирования / Джонк Гитман. — М. : ДЕЛЮ, 1997. — 192 с.
11. Игошин Н. В. Инвестиции. Организация управления и финансирование : учеб. для вузов / Н. В. Игошин. — М. : ЮНИТИ-ДАТА, 2001. — 542 с.
12. Шарп У. Инвестиции / У. Шарп, Г. Александер, Дж. Бейли. — М. : Инфра-М, 1998. — 1028 с.
13. Доронина Н. Г. Инвестиции / Н. Г. Доронина // Российская юридическая энциклопедия. — М., 1999. — С. 370.
14. Долан Э. Дж. Экономика / Э. Дж. Долан, Б. Домненко. — М. : Лазурь, 1994. — 542 с.
15. Кейнс Дж. Общая теория занятости, процента и денег / Дж. Кейнс. — М., 1999. — 352 с.
16. Игонина Л. Л. Инвестиции : учеб. пособие / Л. Л. Игонина. — М. : Юристъ, 2002. — 480 с.
17. Бланк И. А. Инвестиционный менеджмент : учеб. курс / И. А. Бланк. — К. : Эльга-Н, Ника-Центр, 2001. — 448 с.
18. Кібенко О. Р. Особливості правового регулювання іноземних інвестицій в Україні (міжнародно-правово-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Олена Рувімівна Кібенко. — Х., 1998. — 192 с.
19. Большой коммерческий словарь / под ред. Т. Ф. Рябовой. — М. : Война и Мир, 1996. — 399 с.
20. Вознесенская Н. И. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки / Н. И. Вознесенская. — М., 1975. — 187 с.
21. Богуславский М. М. Иностранные инвестиции. Правовое регулирование / М. М. Богуславский. — М. : БЕК, 1996 — 445 с.
22. Большой юридический энциклопедический словарь / под ред. А. Б. Барихина. — М. : Книжный мир, 2000. — 719 с.

23. Бочаров В. Финансово-кредитный механизм регулирования инвестиционной деятельности предприятий : учеб. пособие / В. В. Бочаров, Р. Г. Попова. — СПб : Ун-т экономики и финансов. — 85 с.

24. Кібенко О. Р. Інвестиційна діяльність: визначення, суб'єкти, класифікація та співвідношення з підприємницькою діяльністю // Вісник університету внутрішніх справ. — 1999. — № 6. — С. 217–221.

25. Федорчук Д. Е. Режим прямого іноземного інвестування (порівняльно-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук / Д. Е. Федорчук. — Донецьк, 2003. — 19 с.

26. Чабан О. До питання про поняття «інвестор» // Підприємцтво, господарство і право. — 2000. — № 9. — С. 16–20.

27. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квіт. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

28. Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений : Федеральный Закон от 25 февр. 1999 г. № 39-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1999. — № 28. — Ст. 1096.

29. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18 верес. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 47. — Ст. 646.

30. Господарський кодекс : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.

31. Податковий кодекс : Закон України від 2 січ. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 13–14, 15–16, 17. — Ст. 112.

32. Цивільний кодекс : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.



активно участвовали в расследовании менее опасных видов правонарушений как в индивидуальном порядке, так и в составе штатных подразделений дознания. Вместе с тем, как это видно из комментируемой нормы, остается неясным, в каких же случаях можно привлекать сотрудников ОВД к расследованию. Поскольку УПК такие случаи не определил, то можно полагать, что законодатель намеревается прописать о них в Кодексе криминальных проступков, хотя это процедурный вопрос и там ему не место, поскольку нормы Кодекса криминальных проступков относятся к материальному праву. В этой связи предлагается в ст. 38 УПК внести дополнение, в ней следует недвусмысленно прописать, что «расследование криминальных проступков в форме дознания может осуществляться не только следователями, но по поручению руководителя следственного органа сотрудниками других подразделений, при необходимости могут создаваться штатные подразделения для расследования криминальных проступков в форме дознания».

Начальникам следственных органов в УПК следует предоставить право при рассмотрении зарегистрированных в ЕРДР заявлений и сообщений о правонарушениях давать поручения сотрудникам ОВД о проведении расследования в порядке дознания. Очевидно, что в крупных городах неизбежно будут созданы специализированные следственные отделения (группы) для расследования правонарушений в форме дознания. Целесообразно даже в информационном плане загружать такими производствами следователей, специализирующихся на досудебном следствии, поскольку большинство уголовных правонарушений, рассматриваемых в форме дознания, в силу малозначительности и возможности соглашения сторон неизбежно будут рассматриваться в порядке упрощенного производства.

В этой связи было бы целесообразным законодателю заранее отнести к числу криминальных проступков ряд составов преступлений, предусмотрен-

ных УК Украины, и отдельные нормы КАП Украины, а затем без спешки разрабатывать Кодекс о криминальных проступках, имея, однако, в виду, что уголовное законодательство некорректно размещать в двух кодексах. Такой подход нарушает принцип единства уголовного законодательства, закрепленный в ст. 3 УК Украины.

**Вторая.** Предусмотренный УПК порядок учета заявлений и сообщений о правонарушениях в ЕРДР следует только приветствовать, ибо все предыдущие годы в милиции существовала проблема так называемого укрытия преступлений от учета, ставшая основным предметом прокурорского надзора за законностью в деятельности милиции. И хотя отмененные постановления об отказе в возбуждении уголовных дел в своем абсолютном большинстве после дополнительного расследования все равно прекращались, эта тема постоянно муссировалась в материалах совещаний, административных актах ОВД и органов прокуратуры. Необоснованно наказывались в дисциплинарном порядке тысячи сотрудников милиции. Установленный ныне порядок регистрации и принятия решений по заявлениям и сообщениям о правонарушениях, а также участие прокурора в расследовании в качестве его организатора, представляется, в большей степени обеспечит принятие законных решений, защиту прав интересов лиц, потерпевших от преступлений.

В то же время новый УПК таит в себе и негативные стороны проблемы качественного рассмотрения заявлений и сообщений о правонарушениях. Если ранее УПК предусматривал жесткие сроки рассмотрения заявлений о преступлении и принятия решения о возбуждении уголовного дела либо отказе в возбуждении — 3 и 10 суток, что обеспечивало определенную быстроту реагирования и удовлетворяло потерпевших, то сейчас законодатель обеспечивает, прежде всего, только своевременную регистрацию и четкий учет заявлений и сообщений. Однако своевременная регистрация сама по себе еще не обеспечивает активную наступательную работу по выявлению



неприятие ими такого положения и влечет падение активности сотрудников оперативных подразделений, чему способствует несколько обстоятельств:

а) закрепление в ч. 2 ст. 41 УПК положения о запрете сотрудникам оперативных подразделений проявлять инициативу в осуществлении процессуальных действий в уголовном производстве. Свои предложения они вносят следователю, но если последний не поддерживает инициативу, то почему оперативный работник не может обратиться к прокурору как процессуальному руководителю досудебного расследования? Это абсурдное и вредное положение целесообразно исключить из данной нормы, поскольку порядок участия сотрудников оперативных подразделений в уголовном судопроизводстве достаточно подробно определен в главе 21 и других нормах УПК. Кроме того, многолетний опыт борьбы с преступностью свидетельствует, что успех в установлении и изобличении лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие правонарушения, достигается в наибольшей степени за счет инициативы, настойчивости и оперативного мастерства сотрудников оперативных подразделений. В то же время законодатель в ч. 3 ст. 93 УПК наделяет правом инициирования проведения СРД и НСРД сторону защиты потерпевшего. Но представителю государственного органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность в интересах борьбы с уголовными правонарушениями, проявление инициативы запрещено. В поиске фактических данных — доказательств преступной деятельности по так называемым неочевидным правонарушениям оперативным подразделениям отводится определяющая роль. Поэтому в таком трудном творческом процессе, каким является оперативно-розыскная деятельность, инициативу сотрудников оперативных подразделений следует стимулировать, а не запрещать;

б) отсутствие четких правовых оснований оперативным подразделениям осуществлять активную, как прежде, работу по уголовным производствам о правонарушениях без лиц, т.е. нераскры-

тым, поскольку в новой редакции ст. 1 Закона об ОРД эта цель (раскрытие) из задач оперативных подразделений неоправданно исключена. Сейчас задачей оперативных подразделений является поиск и фиксация фактических данных только с целью *пресечения* (выделено нами. — Н. В.) правонарушений и в интересах уголовного производства.

Это положение нашло также отражение и в новой редакции ст. 6 данного закона, закрепляющей основания для проведения оперативно-розыскной деятельности. Согласно части первой данной нормы ныне основаниями для проведения ОРД является наличие информации:

- о готовящихся преступлениях;
- о лицах, подготавливающих совершение преступления.

Ранее содержащиеся в этой норме правильные положения «о готовящихся и совершенных преступлениях» и «о лицах, подготавливающих и совершивших преступления», как видим, законодателем исключены, т.е. норма закона изменена в худшую со всех точек зрения сторону. В связи с этим в текущем году оперативно-розыскная работа по установлению лиц, совершивших правонарушения, оставшиеся не раскрытыми, фактически свернута.

Проведению квалифицированной оперативно-розыскной работы в форме оперативной разработки в определенной мере препятствует дополнение к Закону об ОРД в виде ч. 2 п. 7 ст. 7, согласно которому «в случае выявления признаков преступления оперативное подразделение обязано безотлагательно направить собранные материалы, в которых зафиксированы фактические данные о противоправных деяниях отдельных лиц и групп, в соответствующий орган досудебного расследования в порядке, предусмотренном Уголовным процессуальным кодексом. В случае, когда признаки преступления выявлены в ходе проведения ОРМ, прекращение которого может негативно влиять на результаты уголовного производства, оперативное подразделение сообщает в соответствующий орган досудебного





разделения имеют право проводить по делам оперативной разработки: а) с согласия надзирающего за ОРД прокурора предусмотренные гл. 21 УПК Украины негласные следственные (розыскные) действия, не перечисляя их; б) оперативно-розыскные мероприятия, исчерпывающий перечень которых закрепить в этом законе. Это позволит не смешивать данные группы правовых действий, обеспечить чистоту юридической терминологии и повышение эффективности обоих видов деятельности.

**Пятая.** Одной из важнейших составляющих эффективности оперативно-розыскной деятельности является конспирация осуществления НСРД и ОРМ. Тот, кто занимался оперативной разработкой серьезных организованных групп и преступных организаций, знает, чего стоит малейшая утечка информации о факте проведения таких действий. Определенную угрозу этому нежелательному явлению представляет действующая система получения разрешений и участие в этой процедуре большого количества субъектов и участников. О факте проведения НСРД согласно УПК неизбежно будут знать следующие лица: следователь, прокурор, следственный судья, работники их секретных канцелярий, начальники оперативного и следственного подразделения, руководитель и сотрудники подразделений оперативного поиска и оперативно-технических подразделений — всего более 10 лиц трех самостоятельных ведомств.

В условиях высокой коррумпированности общества и правоохранительной системы трудно рассчитывать на преданность делу борьбы с преступностью всех этих лиц. Не требует доказывания, что в случае разглашения сведений о фактах и методах проведения НСРД уголовному производству не только наносится существенный вред противодействием заинтересованных лиц, но такие факты, как известно, влекут серьезные нарушения прав и интересов человека, причинение физического и имущественного вреда и даже гибель участников уголовного производства. По этим причинам в 1990–2002 годах в Российской

Федерации и Украине имели место факты гибели от рук участников преступных группировок внедренных в них и расшифрованных оперативных работников. Вполне очевидно, что необходимо ставить вопрос об установлении уголовной ответственности участников проведения НСРД за разглашение фактов и методов их проведения. Декларативного положения ст. 259 УПК, закрепляющей обязанности прокурора обеспечить сохранность информации, полученной в ходе проведения НСРД, явно недостаточно.

Не удовлетворяет практику и ч. 2 ст. 387 УК Украины, устанавливающая ответственность за разглашение данных ОРД, досудебного расследования, совершенное судьей, прокурором, следователем, работником оперативно-розыскного органа, если разглашенные данные позорят человека, унижают его честь и достоинство. Но не менее важными для уголовного производства являются факты, когда разглашение указанных данных повлекло срыв операции, следственных действий, уничтожение фактических данных, нанесение физического и имущественного вреда, ущемление прав свидетелей, потерпевших и иных участников досудебного расследования. Для этого нужны прочные гарантии уголовного закона, ст. 387 УК Украины нуждается в дополнениях.

**Ключевые слова:** предварительные итоги, криминальные правонарушения, сообщение о подозрении, негативные тенденции, предложения.

*Сделан краткий анализ результатов борьбы с криминальными правонарушениями в Украине за девять месяцев 2013 года в условиях введения в действие нового Уголовного процессуального кодекса Украины. Вносятся предложения по совершенствованию отдельных положений уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства.*

*Зроблено короткий аналіз результатів боротьби з кримінальними пра-*



**Н. Янчук,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры права Европейского Союза и сравнительного правоведения Национального университета «Одесская юридическая академия»

## **МНОГООБРАЗИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ СИСТЕМ СОВРЕМЕННОСТИ И ПРОБЛЕМЫ ИХ КЛАССИФИКАЦИИ**

Сравнительное правоведение исторически зародилось в области частного права. Этим объясняется тот факт, что «теория правовых семей... почти всегда развивается так, будто не существует другого права, кроме частного» [8, 103]. Применительно к уголовному праву, в свою очередь, отмеченное обстоятельство находит свое выражение в том, что множество типологий уголовно-правовых систем современного мира в какой-то мере «механически» создаются по образцу, предложенному компаративистикой применительно к частному (гражданскому) праву [4, 17].

Классификация правовых систем в публично-правовой сфере позволяет учитывать специфические особенности, свойственные публичному праву, и тем самым акцентировать внимание на содержательных характеристиках отдельных отраслей публичного права. При этом такая классификация существенно отличается от классификации правовых систем, разработанной в рамках общей правовой компаративистики. Более того, в рамках одной уголовно-правовой системы можно выявить различные уголовно-правовые модели, «представляющие уголовно-правовую реальность в современном мире в отдельных ее измерениях» [3, 386]. Так, в англо-американской правовой семье правовая система США с писанной Конституцией, кодификацией уголовного законодательства, более развитым законодательством и меньшей ролью прецедентов, более жесткой уголовно-правовой политикой отличается от английской уголовно-правовой системы.

Подобная ситуация усложняет классификацию уголовно-правовых систем.

Отдельные трудности в построении классификации уголовно-правовых систем современного мира связаны не только с объективными, но и с субъективными факторами. В данном случае речь идет о том, что большинство современных авторов, проводящих исследования в сфере сравнительного уголовного права, являются специалистами в области уголовного права, но не являются компаративистами. Как следствие, исследования таких авторов «не подвергаются сравнительно-правовому анализу в соответствии с предметом сравнительного правоведения и методологией сравнительно-правовых исследований» [1, 284], и в конечном итоге представляют собой малополезное теоретическое исследование.

В сравнительном уголовном праве для отображения многообразия уголовно-правовых систем современности в подавляющем большинстве используются классификации, разработанные в рамках общей правовой компаративистики. Подобный подход к классификации уголовно-правовых систем усложняет отображение «оригинальных теоретических доктрин, специфических законодательных положений, а также форм и методов практического осуществления целей и задач уголовного права» [2, 70].

Одной из попыток отойти от механического копирования частноправовых типологий при классификации уголовно-правовых систем современности стала классификация Г. Есакова. В поисках пригодного для классификации уголовно-правовых систем критерия ученый обращается к понятию «идея». Как отмечает Г. Есаков, «эта идея многогранна:

она отображает предназначение данной системы уголовного права; определяет построение последней; связана с мерой использованной репрессии, хотя и не сводится к ней; носит во многом неосознаваемый, неосязаемый характер, но существует вместе с тем реально, определяя социальную природу данной системы уголовного права, выражаясь с той или иной степенью четкости в письменном выражении последней. В самом общем своем виде эта идея сводится к тому, что (или кто) является доминантой в уголовном праве. Таких доминант может быть пять: человек, закон, Бог, общество и семья. Соответственно на основе этих доминирующих идей можно выделить уголовно-правовые системы общего права, континентального права, религиозного права, общинного права и обычного права» [4, 21].

Несмотря на то, что Г. Есаков критикует копирование частноправовых типологий уголовно-правовых систем, имеющее место в современной юридической доктрине, нельзя сказать, что ученому удалось избежать подобного изъяна в собственной классификации уголовно-правовых систем.

Во-первых, вряд ли можно согласиться, что данные идеи являются доминантой только в уголовном праве, но не влияют, например, на гражданское право. Как известно, в романо-германской правовой семье закон является основным источником права, а кодификация большинства отраслей права возвела закон на небывалую высоту.

Во-вторых, ученый достаточно смело объединил в одну правовую группу несколько правовых систем, где сама по себе правовая традиция существенно отличается. В частности, речь идет о семье религиозного права. Автор не раскрывает, какие правовые системы входят в данную группу. В современной юридической доктрине большинство авторов к религиозным правовым системам относят мусульманскую, иудейскую, индуистскую и каноническую правовые системы. И только мусульманская правовая система в своем целостном классическом виде продолжает функцио-

нировать, да и то не во всех правовых системах исламских государств. Что касается других религиозных правовых систем, то сфера применения религиозных норм ограничена лишь некоторыми отраслями права. Как правило, речь идет о семейном, земельном, наследственном праве. Нормы уголовного права были реформированы под влиянием метрополий. Поэтому, говоря о религиозных правовых системах, речь может идти только о мусульманской уголовно-правовой семье.

В-третьих, уникальный характер некоторых правовых систем, выделяемых в рамках общей правовой компаративистики, не дает оснований их слепого копирования при классификации уголовно-правовых систем. Так, вряд ли целесообразно выделять уголовно-правовые системы общинного и обычного права.

Сегодня большинство авторов выделяют уголовно-правовые системы следующих типов: романо-германский, англо-американский, мусульманский и социалистический [5; 7]. Однако на правовой карте остаются и другие уголовно-правовые системы, «где сама по себе идея права (а в рассматриваемом контексте — идея преступления и наказания) заключает в себе совершенно иные по сравнению с привычными нам представлениями» [4, 19].

Для определения многообразия уголовно-правовых систем современности необходимо обратиться к анализу норм и институтов уголовного права. Уголовное право любой страны имеет свою специфику, обусловленную историческими, культурными, политическими, социальными, экономическими, национальными особенностями. Вместе с тем анализ уголовно-правовой доктрины, которая отображает правовую культуру и правовую политику правовой системы, уголовно-правовых норм и правоприменительной практики позволяет выделить отдельные типологические черты уголовного права в различных странах и регионах, выявить общие черты и отличия уголовно-правовых систем.

Поскольку вопрос классификации уголовно-правовых систем остается открытым и разработка принципиально новой классификации уголовно-правовых систем — одна из основных проблем сравнительного уголовного права, своеобразность современных уголовно-правовых систем рассмотрим на основе классификаций, разработанных в рамках общей правовой компаративистики. Таким образом, с определенной долей условности можно выделить следующие уголовно-правовые системы: романо-германская, англо-американская, мусульманская, социалистическая, постсоциалистическая.

Многомерность уголовно-правовой реальности позволяет вести речь об выделении на правовой карте мира романо-германской уголовно-правовой системы. Отличительными чертами романо-германской уголовно-правовой системы являются «ярко выраженное стремление к писанному праву и отказ от прецедентного или обычного права, к признанию закона единственным нормативным источником уголовного права, к кодификации уголовных законов. Другой характерной чертой этой системы права следует признать специфический способ формирования уголовно-правовых запретов, который отличается от абстрактного способа их описания, что отличается лаконичностью языка уголовного закона, предусматривающий обобщенные формулировки уголовно-правовых норм, рассчитанных на применение к максимально-типичным случаям их проявления» [7, 50].

Своеобразной чертой романо-германской правовой системы является иерархичность источников уголовного права. Современное французское и немецкое уголовное право представлено в виде определенной иерархической системы, на вершине которой находится конституция и международно-правовые акты, далее следуют уголовные кодексы и другие кодифицированные акты, законы и подзаконные акты. Специфичность романо-германской уголовной системы состоит в применении широкого подхода к пониманию уголовно наказуемого де-

яния, которое включает не только преступление, но и проступки, объединяющиеся в единую категорию «уголовные правонарушения» или «противоправные деяния» [9].

Уникальность англо-американской уголовно-правовой системы обусловлена своеобразной правовой традицией. Для англо-американской уголовно-правовой системы характерно объединение норм общего права и статутного права; усиливающая роль статутов в сравнении с общим правом; использование в качестве источников уголовного права подзаконных актов; специфический способ формирования уголовно-правовых запретов, который отличается стремлением к казуистическому способу и предусматривает конкретное формирование уголовно-правовых норм, рассчитанных на применение при решении аналогичных ситуаций; наличие в уголовном праве ярко выраженного процессуального компонента [12].

Мусульманская уголовно-правовая система характеризуется наличием специфических черт, позволяющих обособить ее на правовой карте мира. Отличительные черты рассматриваемой уголовно-правовой системы — ее формирование на основе ислама; классификация преступлений имеет определенную специфику, что во многом обусловлено особенностями охраняемых уголовным законом общественных отношений; преобладание религиозного принципа применения: оно действует во взаимоотношениях мусульман; применение чисто юридических санкций за неисполнение некоторых религиозных обязанностей и норм морали; применение за неисполнение религиозных норм двух видов санкций: одна, из которых должна быть применена в «земной» жизни, а другая — в «загробной»; применение жестоких, в том числе членовредительских наказаний (забивание камнями, обезглавливание, отсечение руки, четвертование и т.д.); власть правотворчества принадлежит единственно Аллаху через его откровения (к воле же Аллаха человек не имеет доступа с момента смерти пророка Мухаммада);

отсутствие в мусульманском уголовном праве аналогов многих юридических понятий, институтов и категорий, известных западному уголовному праву.

Помимо указанных типологических особенностей мусульманской уголовно-правовой системы выделяют и другие: неравный статус мужчины и женщины как субъекта преступления; наличие специальных мусульманских судов, где судье предоставлена большая свобода усмотрения; мусульманское уголовное право направлено на защиту пяти основных ценностей — религия, жизнь, разум, продолжение рода и собственность; наличие относительных понятий и категорий и т.д [10].

Уникальный характер социалистического уголовного права проявляется в наличии специфических черт, позволяющих говорить об особом месте данной уголовно-правовой семьи на правовой карте мира. Во-первых, это закрепление на законодательном уровне формально-материального определения преступного деяния. Во-вторых, родовой особенностью этой системы следует признать специфический способ формирования уголовно-правовых запретов, отличающихся стремлением к абстрактному и декларативному способу их описания. В-третьих, характерной чертой социалистического уголовного права является ярко выраженный политический характер. В-четвертых, особенностью данной уголовно-правовой системы является классификация преступных деяний на политические и общеуголовные. В-пятых, отличительной чертой социалистической уголовно-правовой системы является отступление от фундаментальных принципов уголовного права. Прежде всего речь идет о нарушении следующих уголовно-правовых принципов: недопустимость применения уголовного закона по аналогии, недопустимость многократного наказания за одно и то же преступление и др. В-шестых, своеобразие социалистической уголовно-правовой системы заключается в подходе к наказанию как к каре, воздаянию за содеянное. В-седьмых, еще одной специфической

чертой социалистической уголовно-правовой системы является полная кодификация уголовного права. В-восьмых, отличительной чертой социалистического уголовного права является идеологическая составляющая. УК социалистических стран трактуют исправление осужденного в идеологическом смысле. В-девятых, типологической чертой рассматриваемой уголовно-правовой системы является наличие специфических составов преступленных деяний, которые не являются преступными и наказываемыми по уголовному законодательству других правовых систем. В-десятых, своеобразие социалистического уголовного права проявляется в чрезмерной суровости санкций. Помимо указанных типологических особенностей социалистическая уголовно-правовая система характеризуется: классовым характером, то есть официально провозглашается правом диктатура пролетариата и подчинено задачам построения социализма и коммунизма; уголовное право обеспечивает доминирующие интересы государства; не обеспечивается в полной мере судебная защита прав юридических и физических лиц; отождествлением права и закона; узкий подход к понятию «преступное деяние»; выделением в Особой части УК раздела «Экономические преступления», что отображает социалистическую традицию выделять экономическую систему общества как единый комплексный объект уголовно-правовой охраны; наличием специальных разделов либо статей об уголовной ответственности несовершеннолетних в Общей части УК; широким закреплением норм-дефиниций, норм-принципов, свойственных социалистической школе уголовного права.

Выделение постсоветской уголовно-правовой системы как самостоятельно направленной правовой цивилизации имеет определенную новизну и требует обоснования ее специфичности. К типологическим чертам данной уголовно-правовой системы следует отнести: формально-материальное определение преступления; полную кодификацию

уголовного законодательства; отсутствие специальных военных уголовных кодексов; отказ от подзаконного акта как источника уголовного права.

В уголовном праве постсоветских стран все уголовно наказуемые деяния охватываются единым понятием «преступление», в рамках которого могут выделяться определенные категории по степени тяжести. В странах постсоветского пространства наблюдается «тенденция гуманизации уголовной политики, что проявляется в отказе от смертной казни, стремлении сократить «тюремное население» за счет альтернативных мер наказания, не связанных с лишением свободы» [2, 76].

Правовая карта современного мира складывается из множества существующих и функционирующих на данном этапе развития уголовно-правовых систем. Классификация уголовно-правовых систем служит своеобразным компасом для компаративиста в сравнительно-правовых исследованиях. Отступление от содержательных характеристик уголовного права при классификации уголовно-правовых систем современности и попытки проведения сравнительно-правового анализа на примере отдельных институтов и норм [2; 6] может повлечь появление нежизнеспособных норм, созданных в результате необдуманного заимствования чужеродных элементов уголовного права.

**Ключевые слова:** классификация уголовно-правовых систем, уголовно-правовые системы, многообразие уголовно-правовых систем, правовая карта мира, уголовное право, типология уголовно-правовых систем.

*Статья посвящена исследованию многообразия уголовно-правовых систем на правовой карте мира. В статье рассматриваются проблемы классификации уголовно-правовых систем. Большое внимание уделено анализу типологических признаков уголовно-правовой традиции в различных уголовно-правовых системах.*

*Статтю присвячено дослідженню багатоманітності кримінально-правових систем на правовій карті світу. В роботі розглядаються проблеми класифікації кримінально-правових систем сучасності. Велику увагу приділено аналізу типологічних ознак кримінально-правової традиції в різних кримінально-правових системах.*

*The article studies the diversity of criminal law in the legal systems of the world map. This paper addresses the problem of classification of criminal law systems today. Much attention is paid to the analysis of typological features of criminal law traditions in different criminal law systems.*

#### Литература

1. Бехруз Х. Сравнительное право-ведение как учебная дисциплина // *Наукові праці НУ ОЮА.* — О., 2010. — Т. 9. — С. 284.
2. Ведерникова О. Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // *Государство и право.* — 2004. — № 1. — С. 68–76.
3. Дамирли М. А. Проблемы классификации в сравнительном уголовном праве // *Наукові праці ОНЮА.* — О., 2010. — Т. 9. — С. 382–387.
4. Есаков Г. А. Уголовное право зарубежных стран / Г. А. Есаков, Н. Е. Крылова, А. В. Серебрянникова. — М.: Проспект, 2008. — 336 с.
5. Кибальник А. Г. Тенденции развития мировых уголовно-правовых систем // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* — 2007. — № 2. — С. 212–222.
6. Корчагин А. Г. Сравнительное уголовное право / А. Г. Корчагин, А. М. Иванов. — Владивосток, 2002. — 470 с.
7. Наумов А. В. Сближение правовых систем как итог развития уголовного права в XX веке и его перспективы в XXI веке // *Государство и право.* — 1998. — № 6. — С. 50–58.
8. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы: пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М.: Междунар. отношения, 2000. — 480 с.





**Ю. Аленін,**

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент  
 Національної академії правових наук України, завідувач кафедри кримінального  
 процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

## **ОСОБЛИВОСТІ ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ЗДОБУТКИ ТА ПРОРАХУНКИ**

Закінчення досудового розслідування — це заключний етап досудового провадження, що являє собою комплекс процесуальних дій, пов'язаних із завершальним аналізом і оформленням результатів розслідування, забезпеченням прав учасників кримінального судочинства та прийняття підсумкових рішень у кримінальному провадженні. Зміст кримінально-процесуальної діяльності слідчого на завершальному етапі розслідування полягає в аналізі зібраних матеріалів кримінального провадження, остаточному вираженні внутрішнього переконання за кожної з обставин провадження і за кожним зібраним доказом у процесуальних документах. Визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням перед складанням названих підсумкових процесуальних документів зобов'язані здійснити такі процесуальні дії: а) повідомити про завершення досудового розслідування учасникам процесу; роз'яснити їм право на ознайомлення з провадженням шляхом надання доступу до матеріалів досудового розслідування; б) надати доступ до матеріалів досудового розслідування. Ознайомлення учасників кримінального провадження із матеріалами кримінального провадження є одним із найбільш дієвих засобів охорони їх інтересів та забезпечення реалізації принципу змагальності при закінченні досудового розслідування.

Інститут відкриття матеріалів є відносно новим для кримінального процесу-

ального законодавства та практики України, оскільки КПК 1960 р. передбачав ознайомлення потерпілого, цивільного позивача та їх представників, обвинуваченого та його захисника із матеріалами справи, однак не передбачав обов'язку здійснювати відкриття матеріалів для сторони захисту. Проблеми відкриття матеріалів іншій стороні за КПК 2012 р. вже стали предметом дослідження таких вчених, як Ю. О. Гришин, В. Ю. Калугін, Н. С. Карпов, С. О. Ковальчук, С. Крушинський, Д. П. Письменний, О. О. Торбас, С. Б. Фомін, М. І. Хавронюк, Н. С. Чальцева та ін.; ними, зокрема, виділені етапи цієї процедури; особливості відкриття матеріалів, що містять державну таємницю; охарактеризовано права потерпілого при здійсненні відкриття матеріалів; проаналізовано співвідношення відкриття матеріалів за КПК 2012 р. та ознайомлення із матеріалами кримінальної справи за КПК 1960 р.

Метою цієї статті є аналіз процедури відкриття матеріалів іншій стороні у порядку ст. 290 КПК, виявлення її позитивних рис та недоліків, формулювання пропозицій щодо удосконалення цієї процедури.

У ч. 1 ст. 290 КПК мова йде лише про обов'язок прокурора, слідчого повідомити підозрюваного, його захисника, законного представника та захисника особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування, потерпілого, цивільного позивача та його законного представника, представника, та цивільного відповідача, його представника, але не указується на не-



що закон не передбачає права сторін після ознайомлення з відкритими матеріалами досудового розслідування на заявлення клопотання про доповнення досудового слідства, зміну кваліфікації кримінального правопорушення і закриття провадження в цілому або в якійсь його частині та інші. Якщо на думку учасників процесу є обставини, які мають значення для провадження, то клопотання про їх з'ясування будуть предметом розгляду вже в ході судового засідання. У зв'язку із цим у літературі висловлені логічні та справедливі зауваження, що законодавець у новому КПК відмовився від однієї з двох цілей ознайомлення після закінчення розслідування. За КПК 1960 р. обвинуваченому і його захиснику надається таке право для того, щоб вони, з одного боку, мали реальну можливість контролювати повноту, всебічність і об'єктивність розслідування кримінальної справи шляхом заявлення клопотань про доповнення слідства, а з іншого боку, готуватися до захисту від пред'явленого обвинувачення при розгляді кримінальної справи в суді. За КПК 2012 р. ознайомлення спрямоване лише на підготовку сторін до розгляду кримінальної справи в суді [3, 22–23]. У зв'язку з цим було вірно постановлено питання: який сенс ознайомлення з матеріалами розслідування, якщо ні сторона захисту, ні потерпілий не може клопотати про доповнення досудового слідства, вистребування документів тощо. З таким же успіхом сторони могли б ознайомлюватись з матеріалами кримінального провадження у суді [4, 89]. Вважаємо, що було б доцільним передбачити відповідне право після ознайомлення із матеріалами, оскільки заявлення таких клопотань вже після ознайомлення з усіма матеріалами кримінального провадження, коли у сторін та потерпілого вже склалася цілісна картина щодо доказової бази, могло б сприяти усуненню недоліків розслідування, реалізації прав та законних інтересів учасників кримінального провадження та забезпеченню реалізації положень ч. 2 ст. 9 КПК.

Відповідно до ч. 6 ст. 290 передбачається і процесуальний порядок відкриття та надання доступу для ознайомлення з матеріалами, які мають у сторони захисту, тобто тут мова йде про нове процесуальне положення. Особливістю його є: а) наявність запиту прокурора до сторони захисту надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази в суді; однак не зрозумілою є форма такого запиту і те, як має бути відображено у матеріалах кримінального провадження сам факт його подання та відповідь на цей запит [4, 89]; б) обов'язок сторони захисту надати доступ для ознайомлення з матеріалами, які мають у неї, й можливість їх копіювання; в) сторона захисту має право не надавати прокурору (стороні обвинувачення) доступ до матеріалів, якщо вони можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення; г) прийняття рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до матеріалів, які звинувачують підзахисного, може бути відкладено до закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування, тобто мова йде не взагалі про відмову в наданні доступу до таких матеріалів, а лише про відстрочку в їх наданні. Слід відмітити різницю у процедурі відкриття матеріалів стороною захисту порівняно із стороною обвинувачення: якщо у процедурі відкриття матеріалів стороною обвинувачення можна виділити два елементи: (1) повідомлення про надання доступу до матеріалів досудового розслідування та (2) безпосереднє надання можливості ознайомитися з матеріалами досудового розслідування, то для сторони захисту КПК передбачає дещо іншу процедуру: 1) подання прокурором як представником сторони обвинувачення запиту про

надання доступу до матеріалів, зібраних стороною захисту; 2) безпосереднє надання стороною захисту можливості ознайомитися із наявними у неї матеріалами [5, 330–331].

Закон (ч. 7, 8 ст. 290 КПК) зобов'язує прокурора або слідчого за його дорученням повідомити потерпілого про відкриття сторонами матеріалів, після чого він має право на ознайомлення з ними разом з представником за правилами, викладеними вище.

Про відкриття сторонами кримінального провадження цими ж особами повідомляються цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник, після чого ці особи також мають право на ознайомлення з матеріалами за вказаними вище правилами, але лише в тій частині, яка стосується цивільного позову. Реально це обмеження стосується лише цивільного відповідача, оскільки цивільним позивачем фактично є лише потерпілий. При цьому слід погодитися із точкою зору, що таку вказівку на можливість цивільного відповідача ознайомлюватися із матеріалами лише в частині цивільного позову не слід тлумачити буквально як жорстко обмежувальне правило. Це положення закону означає, що цивільний відповідач, який має право заперечувати проти пред'явленого позову (ч. 3 ст. 62 КПК України), може знайомитися з матеріалами, що доводять факт скоєння діяння особою, за чий дії він несе матеріальну відповідальність, а також з іншими даними, на підставі яких прийматиметься рішення щодо цивільного позову [2].

Закон не визначає певної форми процесуального документа, яким б підтверджувався факт надання доступу і ознайомлення до матеріалів провадження, а лише підкреслює, що цей факт повинен бути письмово зафіксований: а) стороною захисту стороні обвинувачення; б) стороною обвинувачення стороні захисту; в) потерпілим — прокурору. Очевидно, що такі письмові підтвердження факту доступу й ознайомлення з наданими матеріалами повинні додаватися до матеріалів кримінального проваджен-

ня як підтвердження того, що кожна із сторін виконала свої обов'язки і не порушила прав учасників кримінального процесу, передбачених КПК, зокрема права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, та вимагати відкриття матеріалів; при цьому повинно бути чітко вказано, з якими матеріалами було здійснено ознайомлення. На практиці стороною обвинувачення складається протокол про надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Сторонам кримінального провадження та потерпілому надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ. Але цей час може бути чітко встановлений в разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ. Право на обмеження і встановлення певного строку має тільки слідчий суддя. Таке рішення приймається ним: а) при наявності клопотання сторони кримінального провадження та б) з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них; в) клопотання розглядається не пізніше п'яти днів з дня надходження до суду з повідомленням сторін кримінального провадження. Неприбуття в судові засідання осіб, які були повідомлені про місце та час судового розгляду клопотання про встановлення строку ознайомлення з відкритими матеріалами, не перешкоджає розгляду клопотання.

На жаль, КПК не встановлює чіткого порядку розгляду такого клопотання, у зв'язку із чим у літературі вже запропоновано доповнити норму ч. 10 ст. 290 відповідними положеннями [6, 247]. У якості зловживання правом на ознайомлення у судовій практиці визнаються, наприклад, ситуації, коли з часу повідомлення про можливість ознайомлення з матеріалами досудового розслідування стороною захисту жодного разу для ознайомлення не з'явилась [7]; неявка для ознайомлення з матеріалами без поважних причин та без повідомлень про неможливість прибуття [8]; повільне ознайомлення із матеріалами кримінального провадження [9]; ненадання документального підтвердження поважності причин неявки [10].

Після спливу встановленого слідчим суддею строку сторона кримінального провадження або потерпілий вважаються такими, що реалізували своє право на доступ і ознайомлення з відкритими матеріалами.

В останній частині ст. 290 КПК фактично передбачена кримінально-процесуальна санкція стосовно сторін кримінального провадження, яка реалізується в разі невиконання сторонами обов'язку щодо відкриття матеріалів, яка полягає в тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази у невідкритих матеріалах.

Таким чином, проаналізувавши процедуру відкриття матеріалів досудового розслідування іншої стороні, можна запропонувати такі напрямки її удосконалення: закріпити у ч. 7 ст. 290 положення, що про відкриття сторонами кримінального провадження матеріалів прокурор або слідчий за його дорученням повідомляє також законного представника та представника потерпілого; закріпити у ст. 290 КПК, що матеріали завершеного досудового розслідування повинні пред'являтися підозрюваному та іншим учасникам процесу в підшитому та пронумерованому вигляді; передбачити право учасників кримінального провадження на заявлення клопотань про доповнення досудового розслідування після відкриття матеріалів; закріпити форму запиту прокурора до сторони захисту надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту; закріпити форму письмового підтвердження факту доступу й ознайомлення з наданими матеріалами з боку сторони обвинувачення.

**Ключові слова:** відкриття матеріалів, сторона обвинувачення, сторона захисту, ознайомлення, надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

*Статтю присвячено аналізу норм КПК України, які регламентують процесуальний порядок відкриття матеріалів кримінального провадження іншій стороні. Указано на недоліки нормативної регламентації цієї процедури у частині суб'єктів ознайомлення, фіксації ознайомлення, оформлення матеріалів кримінального провадження. Запропоновано шляхи вирішення указаних проблем.*

*Статья посвящена анализу норм УПК Украины, которые регламентируют процессуальный порядок открытия материалов досудебного расследования. Указаны недостатки нормативной регламентации этой процедуры в части субъектов ознакомления, фиксации ознакомления, оформления материалов досудебного расследования. Предложены пути разрешения указанных проблем.*

*The article is dedicated to analyzing the rules of Criminal Proceeding Code of Ukraine, which regulate procedural order of discovery of materials of the criminal proceedings to another side. The defects of normative regulation of this procedure in terms of the subjects of discovery, fixation of discovery, formalization of materials are indicated. The ways to resolve these problems are suggested.*

#### Література

1. Ковальчук С. О. Процесуальний порядок відкриття матеріалів кримінального провадження // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. — 2013. — № 2. — С. 190–195.
2. Гришин О. Ю. Особливості процесуального алгоритму відкриття сторонами матеріалів кримінального провадження [Електронний ресурс] / О. Ю. Гришин, Н. С. Чальцева. — Режим доступу : <http://www.corp-iguvd.lg.ua/d130109.html>.
3. Фомин С. Б. Відкриття матеріалів іншій стороні кримінального провадження для ознайомлення: чи вирішить новий процесуальний інститут старі проблеми? // Адвокат. — 2012. — № 7. — С. 21–25.

4. Пожар В. Г. Проблеми забезпечення прав деяких учасників кримінального провадження на етапі закінчення досудового розслідування // Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства : матеріали регіон. круглого столу (19 квіт. 2013 р.) / відп. за вип. Ю. П. Алєнін ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О. : Юрид. л-ра, 2013. — С. 87–90.

5. Крушинський С. Процедура відкриття матеріалів іншій стороні у кримінальному судочинстві України // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали ХІХ звіт. наук.-практ. конф. 7–8 лют. 2013 р. / Юрид. фак. Львів. нац. ун-ту ім. Івана Франка. — Л., 2013. — С. 330–331.

6. Карпов Н. С. Деякі питання ознайомлення учасників кримінального процесу з матеріалами кримінального провадження // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. — 2013. — № 1. — С. 243–248.

7. Ухвала слідчого судді Балаклійського районного суду Харківської області від 02.10.2013 р. (справа № 610/3638/13-к) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33841010>.

8. Ухвала слідчого судді Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 18 лютого 2013 р. (справа № 183/948/13-к) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29396802>.

9. Ухвала Святошинського районного суду м. Києва від 14.02.2013 р. (справа № 1-кс/759/140/13) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29301377>.

10. Ухвала Деснянського районного суду м. Києва від 13.02.2013 р. (справа № 1-кс/754/250/13) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29297562>.

**Е. Іскендеров,**

кандидат юридичних наук, асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія»

## **ПРАВОНАХОДНА РОЛЬ ПРОКУРАТУРИ У ДОСУДОВОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Відповідно до ст. 2 КПК України «завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожного, хто вчинив кримінальне правопорушення, було притягнуто до відповідальності у міру його вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура».

Варто підкреслити, що відповідна норма нового КПК України має не декларативний характер, а містить конкретні правові приписи, які згодом не лише конкретизуються в інших процесуальних нормах Кодексу, але й містяться у документах європейського співтовариства. Основою міжнародно-правової бази прокурорського нагляду є, без сумніву, Європейська конвенція із захисту прав людини і основоположних свобод, в якій врегульовані найуразливіші аспекти взаємовідносин громадян та органів правопорядку, особливо в тому, що стосується додержання особистих прав. У Рекомендації Ради Європи щодо ролі прокуратури у системі кримінального судочинства зазначено: «Прокурори... гарантують застосування закону, коли його порушення веде до кримінальних санкцій, враховуючи як права особи, так і ефективність системи кримінального судочинства», тобто прокурор, з одного боку, повинен охороняти і захищати права особи, а з іншого — дбати

про належну дієвість системи кримінального провадження [1, 98]. У свою чергу, Конференція генеральних прокурорів країн Європи підкреслила, що «органи переслідування, відіграючи ключову роль у боротьбі зі злочинністю, водночас захищають верховенство права і забезпечують глибоку повагу до Європейської конвенції із захисту прав людини» [2, 2].

До 2013 р. органи прокуратури України вступили з оновленою у 2012 р. нормативною базою прокурорського нагляду у цій сфері, що проявилось у:

1) прийнятті і набутті в основному чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом України (КПК України);

2) внесенні змін до чинного Закону України «Про прокуратуру» законами № 4652 від 13.04.2012, № 4711 від 17.06.2012, № 5178 від 05.07.2012, № 5888 від 18.09.2012 р.;

3) виданні нових галузевих наказів Генеральним прокурором України щодо завдань прокурорського нагляду за додержанням законів при здійсненні оперативно-розшукової діяльності та досудовому кримінальному провадженні, інших документів нормативного характеру, зокрема щодо порядку ведення Єдиного реєстру кримінальних правопорушень.

Передусім новою термінологією у новому КПК України обумовлено зміни, які внесено до ст. 29 «Предмет нагляду» і ст. 30 «Нагляд за додержанням законів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання і досудове слідство» (остання назва з поваги до Конституції України збережена поки що в такому вигляді, в якому вона фігурує в Основному Законі). Але при цьому викликають сумнів дві обставини.



По-перше, те, що у п. 5 ст. 29 Закону про прокуратуру збереглося таке завдання, як здійснення заходів щодо запобігання кримінальним правопорушенням, усунення причин та умов, що сприяли їх вчиненню, і аналогічна вимога міститься у ст. 30 (п. 3 ч. 1). Водночас у чинному КПК відсутні норми, які, на відміну від попереднього КПК, регламентували б діяльність слідчого і прокурора щодо встановлення причин злочинів та умов, що їм сприяли, і вжиття заходів щодо їх усунення. Із цього приводу потрібні відповідні роз'яснення.

По-друге, у ч. 3 ст. 29 Закону про прокуратуру збереглася норма, відповідно до якої, «здійснюючи нагляд, прокурор вживає заходів до узгодження дій правоохоронних органів у боротьбі із вчиненням кримінальних правопорушень». Існування такої норми викликає сумнів із часів закріплення в Законі координаційної діяльності прокуратури, яка, власне, і являє собою форму узгодження прокурором діяльності правоохоронних органів із протидії злочинності.

Що ж стосується оперативно-розшукової діяльності, то вона є або підготовчою стадією кримінального провадження, або супроводжує його. У наказі Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, що проводять оперативно-розшукову діяльність» від 3 грудня 2012 р. № 4/1гн [3] на прокурорів покладено обов'язок забезпечити належну організацію нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства та держави при здійсненні оперативно-розшукової діяльності щодо попередження, своєчасного виявлення і припинення злочинів, розшуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, безвісно зниклих осіб (п. 1). При цьому слід звернути увагу, що додержання прав людини і громадянина, у тому числі щодо недоторканності особистого життя, житла і таємниці листування,

телефонних розмов, телеграфної кореспонденції та інших форм приватного спілкування, банківських вкладів і рахунків, вжиття невідкладних заходів до поновлення порушених прав та притягнення винних осіб до встановленої законом відповідальності при здійсненні оперативно-розшукової діяльності розглядаються як критерії оцінки ефективності прокурорського нагляду у цій сфері (п. 19.1 наказу).

Прокурори повною мірою повинні використовувати свої права, передбачені законом, щодо проведення перевірок, усунення порушень, допущених при здійсненні оперативно-розшукової діяльності, поновлення порушених прав і свобод громадян.

Водночас потрібно звернути увагу на неточність, яка міститься в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» [4]. Пунктом 10 ч. 1 цього Закону передбачено, що прокурор «опротестовує незаконну постанову суду про дозвіл або відмову на проведення оперативно-розшукових заходів. Принесення протесту зупиняє проведення оперативно-розшукових заходів, дозвіл на які дано судом». Це законодавче положення потребує внесення змін із таких причин. По-перше, сучасний підхід законодавця стосовно реагування прокурора на судові рішення виходить із того, що прокурор не опротестовує, а оскаржує рішення суду. По-друге, на теперішній час внесення актів прокурорського реагування не може зупинити виконання судових рішень, навіть за умов, що рішення суду видається прокурору незаконним.

Отже, зазначений пункт доцільно викласти так:

«оскаржує постанову суду про дозвіл або відмову на проведення оперативно-розшукових заходів. Прокурор може звернутися до суду з клопотанням про зупинення оперативно-розшукових заходів, дозвіл на які надано судом».

Основний Закон, КПК України та Закон України «Про прокуратуру» надають прокуророві достатнє коло повноважень для захисту прав і свобод учасників кримінального провадження.

Як зазначає Л. Лобойко, «предметом відання прокурора є всі кримінально-процесуальні відносини, що виникають на території, окресленій межами адміністративного району, області чи держави в цілому. Прокурор здійснює нагляд за законністю в діяльності всіх органів, уповноважених здійснювати кримінально-процесуальну діяльність, незалежно від їхньої відомчої належності. Діяльність цих органів у досудовому провадженні є предметом нагляду прокурора. Він може вступити у будь-яку кримінальну справу і здійснювати у ній слідство. Те саме можна сказати і щодо реалізації прокурором функції державного обвинувачення в суді» [5, 105].

Видання Генеральним прокурором України наказу «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному судочинстві» № 4гн від 19 грудня 2012 р. [6] можна розглядати як нове явище у нормотворчості такого роду. Попередні накази і Генерального прокурора СРСР, і Генерального прокурора України завжди видавались окремо з питань як нагляду за розслідуванням, так і участі прокурора у розгляді кримінальних справ у суді. Цей же наказ об'єднує всі організаційні питання діяльності прокурорів на всіх стадіях кримінального провадження, тобто по суті йдеться про нагляд за додержанням і застосуванням КПК України. Отже, по суті цей наказ є не галузевим, а міжгалузевим.

Відповідно до нього основними критеріями оцінки ефективності здійснення прокурором своїх повноважень у кримінальному провадженні було визначено:

— своєчасне вжиття заходів щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, поновлення порушених прав та інтересів, притягнення винних осіб до встановленої законом відповідальності, забезпечення повного відшкодування завданої кримінальними правопорушеннями шкоди;

— виявлення причин вчинення кримінальних правопорушень та умов,

що сприяли цьому, вжиття заходів до їх усунення;

— додержання законності при реєстрації, вирішенні заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення або ті, що готуються, забезпечення достовірності обліку показників щодо стану злочинності та досудового розслідування;

— забезпечення додержання вимог закону щодо швидкого, всебічного, повного, неупередженого розслідування і судового розгляду кримінального правопорушення; своєчасне скасування незаконних рішень у кримінальних провадженнях тощо (п. 3.9 наказу).

Привертає увагу на себе істотна зміна статусу працівників прокуратури, які беруть участь у здійсненні нагляду за додержанням законів у досудовому кримінальному провадженні. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI [7] (ст. 55 Закону про прокуратуру у новій редакції) колишні старші помічники і помічники прокурорів у міських, районних і прирівняних до них прокуратурах стали називатися прокурорами відповідних прокуратур. На важливу роль цього заходу для підвищення авторитету працівників прокуратури звернув увагу Генеральний прокурор України В. Пшонка [8, 4]. Як зазначила у своїй публікації прокурор Дніпропетровської області Н. Марчук, «...виходячи з положень КПК України, можна дійти висновку, що як в досудовому, так і в судовому кримінальному провадженні можуть діяти від імені органів прокуратури всі ті посадові особи, які передбачені у п. 15 ст. 3 нового КПК» [9, 5]. Безумовно, цей захід спрямовано на підвищення не лише авторитету, але й відповідальності прокурорів за доручену справу, у тому числі і перед людьми, які через різні причини опинилися у сфері кримінального провадження.

Принципове положення щодо організації нагляду у цій сфері міститься у частині ст. 37 КПК України. Відповідно до неї «прокурор, який здійснює пов-



ревірки судом на стадію попереднього розгляду кримінальної справи або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист» [13, 400]. Відтак Ю. Аленін запропонував у майбутньому при вдосконаленні КПК передбачити більш детальну регламентацію порядку прийняття, реєстрації заяв, повідомлень, іншої інформації про діяння, передбачені законом України про кримінальну відповідальність» [13, 402].

Звичайно, на першому етапі застосування нового процесуального порядку вирішення цих питань, очевидно, є неминучими труднощі в його застосуванні, пов'язані з недосвідченістю працівників, збоями в роботі електронних систем, які можуть досягти в умовах українських реалій досить широких масштабів.

Правозахисна діяльність прокурора при здійсненні нагляду за додержанням законодавства органами досудового розслідування повинна бути спрямована не на здійснення нагляду взагалі, а предметно — на забезпечення виконання вимог кримінального процесуального законодавства на конкретному етапі досудового розслідування, додержання законності при провадженні окремих слідчих дій, виконання законів кожним учасником кримінального провадження. Такий обов'язок вимагає від прокурора необхідності ретельно вивчати роботу з розкриття і розслідування кожного кримінального правопорушення, вчасного оцінювання на предмет відповідності закону усієї діяльності (дій, бездіяльності, актів) усіх учасників досудового розслідування.

Здійснюючи нагляд у стадії досудового розслідування, прокурор повинен усунувати порушення вимог закону при розслідуванні кримінальних правопорушень, що є можливим завдяки застосуванню правових засобів нагляду задля попередження, виявлення й усунення порушень законів.

Так, у наказі Генерального прокурора України № 4-2012 зазначено, що прокурори повинні забезпечити єдину систему організації нагляду за додержанням

законів усіма органами досудового розслідування, підтримання державного обвинувачення, оскарження незаконних судових рішень (п. 1.1).

Найбільш значущими у плані правоохоронної системи України підтверджується не лише дослідженнями всередині країни, але й практикою розгляду справ за скаргами українських громадян у Європейському суді з прав людини. Часто ці порушення встановлюються і доводяться не одразу після їх вчинення, а через досить тривалий час, тобто вони виявляються своєрідними «мінами уповільненої дії». Чи не тому зараз через 6–7 років доводиться вирішувати питання про покарання оперативників, суддів і прокурорів, причетних до тривалого ув'язнення невинних людей за вбивства, які, як згодом з'ясувалося, вчинив сексуальний маніяк? Тому обов'язком прокурора є вчасно і ретельно встановлювати обставини цих порушень і домагатися покарання винуватців, проявляючи при цьому оперативність, наступальність і принциповість.

Із початком дії нового КПК України сама доцільність «вибиття» показань про визнання вини є більш ніж сумнівною. Це певною мірою може мати сенс лише тоді, коли підозрюваний повідомив одному йому відомі обставини вчинення злочину і підкріпив їх вагомими доказами. В іншому разі визнання в сучасних умовах неминуче «зависне» в суді, якщо особа відмовиться від нього. У зв'язку із цим важко переоцінити положення ч. 4 ст. 95 КПК, відповідно до якої «суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку,



ня інколи не вистачає. Деякі прокурори не враховують наслідків своєї поведінки щодо свого процесуального опонента, не розуміють, що для них краще, за будь-яку ціну не дати «розвалити справу» і довести її до протиправного фіналу чи погодитися з опонентом, а відтак забезпечити себе від неприємностей і навіть від лави підсудних у майбутньому.

На жаль, у результаті опитування прокурорів лише 18 із ста дали ствердну відповідь на питання про те, чи схвалюють вони закладене у новому КПК України розширення прав захисника, який бере участь у досудовому кримінальному провадженні. Очевидно, шляхи до порозуміння слід шукати через такі заходи, як спільні зустрічі прокурорів і адвокатів, науково-практичні конференції із цих питань з участю вчених-юристів тощо.

Відповідно до п. 8.1 Наказу Генерального прокурора України № 4-2012 на прокурорів покладено обов'язок «...ураховувати, що запобіжний захід у виді тримання під вартою є винятковим, подавати клопотання про його застосування виключно у разі, якщо іншими запобіжними заходами неможливо забезпечити виконання підозрюваним покладених на нього процесуальних обов'язків чи запобігти передбаченим законом ризикам».

Виконання цієї вимоги дозволить остаточно подолати «традицію», яка бере початок ще з радянських часів, коли взяття під варту вважалося найнадійнішим запобіжним засобом. Лібералізація державної правової політики у цій сфері може потягнути за собою такі позитивні наслідки. По-перше, допоможе розвантажити слідчі ізолятори, саме перебування людей в яких само по собі можна вважати катуванням. По-друге, дозволить додержати критеріїв, які існують в інших демократичних країнах, де взяття під варту в порядку досудового кримінального провадження розглядається скоріше як виняток. По-третє, це значною мірою вплине на визначення судом покарання у бік його пом'якшення, особливо на його заміну штрафом.

Важливим етапом досудового кримінального провадження є участь прокурора у визначенні правового статусу особи, яку в перспективі може бути притягнуто до кримінальної відповідальності і засуджено.

Підозрюваним у вчиненні кримінального правопорушення визнається особа, яка або затримана за підозрою у цьому, або якій повідомлено про підозру (ч. 1 ст. 42 КПК). Натомість відповідно до ст. 276 КПК повідомлення здійснюється, по-перше, при затриманні особи на місці правопорушення чи безпосередньо після його вчинення і, по-друге, у разі обрання одного з передбачених законом запобіжних заходів; по-третє, за наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, тобто незалежно від обрання чи необрання запобіжного заходу.

Повідомлення про підозру — це процесуальний документ, який певною мірою нагадує постанову про притягнення особи як обвинуваченого. При цьому у новому КПК спостерігається зміна акцентів у термінологічному визначенні статусу осіб, яким загрожує кримінальна відповідність, від ланцюжка «обвинувачений» — «підсудний» — «засуджений» / «виправданий», як у старому КПК до «підозрюваний» — «обвинувачений» (у результаті складання обвинувального акта) — «засуджений» / «виправданий». Слід казати, що використання терміна «підозрюваний» у досудовому провадженні більшою мірою відповідає принципу презумпції невинуватості, ніж термін «обвинувачений». Видається, в цій ситуації все-таки було би більш логічним не повідомлення про підозру, а визнання особи підозрюваним з винесенням відповідної постанови. Проте в сучасних умовах повертатися до попереднього порядку в принципі немає потреби.

Повідомляти про підозру має право як сам прокурор (п. 11 ч. 2 ст. 35 КПК), так і слідчий за погодженням з прокурором (п. «б» ч. 2 ст. 40 КПК). Таким чином, в обох випадках прокурор несе відповідальність за додержання закону при прийнятті цього процесуального

рішення. У зв'язку із цим, думається, потрібно доповнити ч. 2 ст. 36 пунктом про те, що прокурор «погоджує повідомлення слідчим особі про підозру».

Наостанок слід торкнутися ще двох питань охорони прав людини у процесі досудового кримінального провадження, вирішення яких має викликати пильну увагу прокурора.

Частиною 4 ст. 267 КПК закріплено можливість обстеження шляхом таємного проникнення слідчого до житла та іншого володіння особи для вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 257 КПК. Природно, що таємне обстеження житла здійснюються у відсутності господаря і членів його сім'ї і з використанням технічних засобів для проникнення в недоступні приміщення, щоб вони стали доступнішими. Конфіденційність подібної операції, звичайно, виключає присутність при цьому понятих. Таку можливість не було передбачено попереднім «недостатньо демократичним» КПК, хоча допускалося ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Потребу в застосуванні заходів визначає слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України. Отже, прокурор у жодному випадку не може зняти з себе відповідальність за можливі наслідки цього рішення.

Виявлені у ході негласного проникнення предмети, документи не вилучаються, лише фіксуються сліди вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину [15, 676]. Проте найдосконаліше правове регулювання не може виключити того, що в результаті такого «рейду»: а) з приміщення зникнуть деякі предмети і документи, які там були, а натомість з'являться речі, яких не було, і їх виявлять у процесі наступного обшуку; б) відомості про відсутність у житлі господарів виявилися хибними або вони раптово з'явилися під час огляду і до прибулих спонтанно поставились як до грабіжників з усіма скандальними і навіть трагічними наслідками.

Хотілося б вислухати й інші точки зору щодо припустимості такої практи-

ки грубого порушення принципу недоторканності житла, але замовчувати цю проблему не можна.

Поки що таке нововведення схвалили лише 32 % опитаних прокурорів, 43 % дали негативну відповідь, решта утримались від відповіді.

Це ж стосується й укладення угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним (під час досудового) і обвинуваченим (під час судового провадження) (ч. 2 ст. 468 КПК), яка, будучи затвердженою судом, виключає судові провадження у змагальному процесі.

У літературі у зв'язку із цим резонно поставлено питання так: «Якщо сумнівів у правильності обвинувачення у прокурора немає, то немає і причин укласти якусь угоду. Якщо ж сумніви є, то він повинен або відмовитись від обвинувачення, або змінити його, керуючись при цьому ч. 3 ст. 62 Конституції України про те, що усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». Відзначається також корупційний потенціал такої практики, коли до тиску на підозрюваного або обвинуваченого можуть залучатися, крім прокурора, також адвокати і судді, внаслідок чого з'являється визнання винуватості за відсутності об'єктивних доказів і неможливості спростування цього визнання після затвердження угоди судом [10, 52].

Переважає більшість опитаних нами прокурорів (83 %) позитивно оцінили запровадження можливості укладання угод про визнання вини. Можливо, на це вплинуло очікування на те, що застосування такого порядку значно пришвидшить процедури кримінальних проваджень, що і спостерігається у практиці деяких зарубіжних країн, особливо США.

Уявляється, укладення угоди про визнання вини має бути у майбутньому визнано припустимим лише тоді, якщо це супроводжується не лише розкаянням, яке може бути і фальшивим або вимушеним, але й наданням достовірної інформації, яка допомогла розкрити кримінальне правопорушення у повному обсязі.

Вважається, що практика застосування цієї норми та її аналіз служитимуть виробленню зваженої позиції щодо вирішення цієї проблеми.

Загалом же повноваження прокурора за умови їхнього правильного використання є надійною гарантією захисту прав учасників кримінального провадження шляхом своєчасного виявлення, усунення й попередження порушень вимог закону в процесуальній діяльності органів досудового розслідування.

**Ключові слова:** правозахисна діяльність прокуратури, захист прав і свобод громадян, правозахист, досудове кримінальне провадження, прокурорський нагляд.

У статті аналізуються окремі правозахисні повноваження прокурора у досудовому кримінальному провадженні та висловлюються пропозиції з вдосконалення законодавства в цій сфері.

В статті аналізуються отдельные правозащитные полномочия прокурора в досудебном уголовном производстве и высказываются предложения по совершенствованию законодательства в этой сфере.

*The Public Prosecutor's Office some authorities on human rights defense are analyzed in the article and makes suggestions to improve the legislation in this sphere.*

### Література

1. Назаров В. В. Особливості діяльності органів прокуратури щодо захисту прав громадян у кримінальному провадженні // Держава та регіони. Серія: Право. — 2009. — № 3. — С. 98–105.
2. Конференція Генеральних прокурорів Європи (6 сесія), організована Радою Європи за сприяння прокуратури Угорщини. Будапешт, 29 квіт. — 1 трав. 2005 р. Підсумковий висновок. — Страсбург, 2005. — 5 с. // Інтернет-сайт Української асоціації прокурорів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.uap.org.ua/ua/journal/1\\_5.html?\\_m=publications&t=rec&id=15722](http://www.uap.org.ua/ua/journal/1_5.html?_m=publications&t=rec&id=15722).

ua/ua/journal/1\_5.html?\_m=publications&t=rec&id=15722.

3. Про організацію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, що проводять оперативно-розшукову діяльність : наказ Ген. прокурора України від 3 груд. 2012 р. № 4/1 гн [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Генеральної прокуратури України. — Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=151868](http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=151868).

4. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 8 лют. 1992 р. № 2135-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 22. — Ст. 303.

5. Лобойко Л. Структура кримінально-процесуальної компетенції прокурора // Вісник прокуратури. — 2006. — № 2. — С. 101–109.

6. Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні : наказ Ген. прокурора України від 19 груд. 2012 р. № 4гн [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Генеральної прокуратури України. — Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=151871](http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=151871).

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4652-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 37. — Ст. 1371.

8. Пшонка В. П. Важливі аспекти діяльності органів прокуратури в світлі нового КПК // Вісник прокуратури. — 2012. — № 6. — С. 4–6.

9. Марчук Н. Щодо визначення поняття «прокурор» в кримінальному провадженні // Вісник прокуратури. — 2012. — № 8. — С. 3–10.

10. Долежан В. Проблеми участі прокурора у кримінальному судочинстві в аспекті судової реформи // Право України. — 2010. — № 5. — С. 48–54.

11. Бабенко І. В. Вплив положень кримінального процесуального кодексу України на реформування органів прокуратури // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2012. — № 3. — С. 62–67.

12. Про Єдиний реєстр досудових розслідувань : наказ Генерального прокурора України від 17 серпня 2012 року № 69 //





**О. Ващук,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## СЛІДЧИЙ ЯК ВЕРИФІКАТОР ДОСТОВІРНОСТІ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Традиційні методи пізнання та підтвердження достовірності криміналістичної інформації не завжди працюють або працюють не в повному обсязі. У цьому аспекті увагу до себе привертає слідчий як особа, що верифікує криміналістичну інформацію на досудовому розслідуванні, де процес верифікації заснований на вивченні зовнішніх і внутрішніх психофізіологічних, вербальних і невербальних проявів учасників розслідування. Аналіз судово-слідчої практики та наукової літератури надасть можливість виділити та охарактеризувати специфічний механізм перевірки достовірності криміналістичної інформації на досудовому розслідуванні.

Дослідженням загальних та окремих питань досудового розслідування присвячені роботи таких вчених, як Ю. П. Алєнін, Л. І. Аркуша, Р. С. Белкін, В. А. Журавель, Н. І. Клименко, І. І. Когутич, В. П. Колмаков, В. О. Ковалова, В. С. Кузьмічов, В. Г. Лукашевич, В. В. Тищенко, П. В. Цимбал, С. С. Чернявський, В. Ю. Шепітько, Б. В. Щур та інші.

Метою статті є теоретична розробка однієї із форм діяльності слідчого як верифікація достовірності криміналістичної інформації на досудовому розслідуванні.

Органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство, є слідчі підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів державного бюро розслідувань [1].

Досудове розслідування здійснює слідчий вище перелічених органів од-

ноособово або слідчою групою. Слідчий органу досудового розслідування несе відповідальність за законність та своєчасність здійснення процесуальних дій, і при цьому він є самостійним у своїй діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Відповідно до ч. 5 ст. 40 КПК України органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові особи, інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення слідчого [1].

Кримінальний процесуальний кодекс України надає слідчому право:

- самостійно починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК України;
- проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, встановлених КПК України;
- доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам;
- призначати ревізії та перевірки;
- звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій;
- повідомляти за погодженням із прокурором особі про підозру;
- за результатами розслідування складати обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру та подавати їх прокурору на затвердження;



— у програмуванні верифікацією називають доказ правильності чи неправильності програми за допомогою лише формальних методів, таких як символічне виконання, абстрактна інтерпретація та ін. [6];

— у криміналістиці верифікацією слід назвати спеціальну методику виявлення, фіксації, дослідження неправдивих даних.

2. Термін «достовірність» має різні значення і застосовується у філософії, теорії судових доказів, гносеології, логіці, теорії ймовірностей, психології, природознавстві та інших областях. Єдиного визначення терміна не існує, хоча власне визначення давали багато відомих вчених (Г. Гегель, І. Кант, Г. Лейбніц, І. Фіхте та інші). Тут варто говорити о достовірності в розрізі різних знань:

— у філософії достовірність, як «один із способів існування істини «для нас», при якому збіг відповідності між пізнанням і об'єктом і знання цієї відповідності... виступає для об'єкта як доконечно встановлене» [7];

— у соціології «достовірність — характеристика якості дослідження, відповідність зроблених висновків справжньому стану об'єкта, що вивчається. Достовірність результатів залежить від надійності даних і правильності теоретичних висновків» [8];

— у логіці достовірність часто виступає синонімом поняття «істина» і характеризує безспірне, твердо обґрунтоване і доказове знання;

— у теорії судових доказів під істинністю розуміється відповідність знань реальному стану справ, а під достовірністю — тільки переконаність в цій істинності [9];

— у природознавстві під достовірністю розуміється якість судження, емпірично підтвержене спеціальними експериментами або суспільною практикою [10];

— у теорії ймовірностей достовірність означає впевненість у правильності оцінки ймовірності настання тієї чи іншої події, висловлюючи ступінь знань про чинники, які можуть сприяти чи перешкоджати його наступу [11].

На досудовому розслідуванні слідчий досліджує різні види криміналістичної інформації, в тому числі невербальну, джерелом якої є людина. Під невербальною інформацією слід розуміти систему даних особистого характеру про соціальні, психологічні, фізіологічні і інші властивості учасників кримінального провадження, одержані безпосередньо за допомогою немовних засобів спілкування. Саме доказове значення має інформація, що сприйнята, зафіксована, впорядкована, відображена мовними засобами, тобто вербально, можливо з використанням технічних засобів і пристосувань, з метою встановлення істини, викриття і притягнення до відповідальності винних. Тобто згідно з чинним законодавством України невербальна інформація (емоційно-психологічні реакції особи, викликані зовнішніми і внутрішніми, суб'єктивними і об'єктивними чинниками) не підлягає фіксації у процесуальному документі на досудовому розслідуванні. Така інформація лише тоді буде мати доказове значення як носія інформації, коли в Кримінальному процесуальному кодексі України буде встановлено, що фактичні дані (тобто докази) встановлюються показаннями учасників кримінального провадження мовними засобами спілкування зі змістовним навантаженням невербальної комунікації.

Процесуальним засобом збирання та перевірки доказів є проведення слідчих дій, спрямованих на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Підставами для проведення слідчої дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети [1]. Фіксація ходу і результатів слідчої дії є одним з етапів проведення слідчої дії та елементом процесу збирання доказів. Слідчий після проведення слідчої дії та / або під час неї має можливість верифікувати всю ту криміналістичну інформацію, яку він отримав. Тобто на досудовому розслідуванні він постійно стикається з необхідністю встановлення достовірності, що спонукає його на пошук і впроваджен-



Таким чином, слідчий перевіряє достовірність криміналістичної інформації на досудовому розслідуванні, ґрунтуючись на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин події, за власним внутрішнім переконанням, оцінюючи кожний доказ з точки зору належності, допустимості, а їх сукупність — з точки зору достатності і взаємозв'язку для прийняття процесуального рішення.

**Ключові слова:** слідчий, верифікатор, достовірність, криміналістична інформація, досудове розслідування, невербальна інформація.

У статті досліджується діяльність слідчого на досудовому розслідуванні при верифікації достовірності криміналістичної інформації щодо події злочину, окремих її обставин. Вивчаються категорії «верифікатор», «достовірність», «механізм перевірки достовірності криміналістичної інформації», «об'єкти верифікації». Проведено аналіз окремих положень КПК України. Встановлено основні проблеми по виявленню недостовірних даних на досудовому розслідуванні та визначено шляхи їх розв'язання.

В статье исследуется деятельность следователя на досудебном расследовании при верификации достоверности криминалистической информации о событиях преступления, отдельных его обстоятельствах. Изучаются категории «верификатор», «достоверность», «механизм проверки достоверности криминалистической информации», «объекты верификации». Проведен анализ отдельных положений УПК Украины. Установлены основные проблемы по выявлению недостоверных данных на досудебном расследовании и определены пути их решения.

The article examines the activities of the investigator at the pre-trial investigation in verifying the reliability

of forensic information about crime, its particular circumstances. We study the category «verifier», «reliability», «and mechanism validation of forensic information», «objects of verification». The analysis of certain provisions of Ukraine. Determined based on the problem of inaccurate data on the pre-trial investigation and identified solutions.

### Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України». — Х. : Одісей, 2012. — С. 23, 24–25, 47, 117.
2. Советский уголовный процесс / под общ. ред. М. И. Бажанова и Ю. М. Грошевого. — 2-е изд., доп. — К., 1983. — С. 115–116.
3. Салтевський М. В. Криміналістика (у сучасному викладі) : підручник / М. В. Салтевський. — К. : Кондор, 2006. — С. 323.
4. Апель К. О. Трансформація філософії / К. О. Апель. — М. : Логос, 2001. — С. 35.
5. Синицин С. В. Верифікація програмного забезпечення / С. В. Синицин, Н. Ю. Налютин. — М. : БИНОМ, 2008. — 368 с.
6. Що таке верифікація? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://onlinenews.rv.ua/navchannya/scho-take-verifyfikatsiya>.
7. Философская энциклопедия. Т. 2 / Л. Ф. Ильчев. — М., 1983. — С. 55.
8. Практикум по прикладной социологии / под ред. Б. В. Князева, Н. И. Дряхлова, В. Я. Нечаева. — М. : Изд-во Моск. ун-ва, 1987. — С. 63.
9. Шаламов М. П. Теория доказательств / М. П. Шаламов. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. — 350 с.
10. Лехнер Е. А. Философия и современное природоведение / Е. А. Лехнер. — М., 1964 — 280 с.
11. Сеньо П. С. Теорія ймовірностей та математична статистика : підручник / П. С. Сеньо. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Знання, 2007. — С. 291.

УДК 349.414

**Т. Харитонова,**

кандидат юридичних наук, докторант кафедри аграрного, земельного та екологічного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## СПІВВІДНОШЕННЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ СЕРВІТУТНИХ ВІДНОСИН НОРМАМИ ЗЕМЕЛЬНОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСІВ УКРАЇНИ

З часів здобуття Україною незалежності виникають нові умови та потреба для відродження речових прав на чуже майно, які мають досить давню правову історію. Так, у Земельному кодексі України (далі — ЗК), що вступив у дію з 1 січня 2002 року, вперше серед інших кодексів було відображено таке право, як право земельного сервітуту. Це було правильним кроком, оскільки розвиток ринку землі та нерухомості обумовлював виникнення нових форм правовідносин щодо забезпечення потреб осіб у користуванні земельними ресурсами, об'єктами нерухомості, в ефективному та раціональному здійсненні своїх прав власника (користувача). Згодом Цивільний кодекс України (далі — ЦК), що вступив в дію з 1 січня 2004 року, також вмістив ряд положень про земельні сервітути, навіть й ті, які не були передбачені ЗК. Саме тому висвітлення змісту і суті сервітутних відносин варто розглядати з позицій як земельного, так і цивільного права.

Серед науковців, які в певній мірі торкалися питань співвідношення норм ЗК та ЦК щодо сервітутних відносин, слід назвати: Д. В. Бусуйок, яка видала монографію «Обмеження прав на землю за законодавством України», де розкриває сутність обмежень та обтяжень на земельні ділянки, Р. І. Марусенка, який у дисертаційному дослідженні розкрив правові аспекти земельних сервітутів в Україні, А. М. Мірошніченка, який у своїй монографії «Колізії в правово-

му регулюванні земельних відносин в Україні» розглядає питання співвідношення норм ЗК та ЦК, а також є автором багатьох коментованих кодексів ЗК та підручників з земельного права України, де розкриває зміст сервітутних відносин. У своїх статтях та підручниках різноманітні проблеми щодо врегулювання сервітутних відносин досліджували, окрім зазначених, такі науковці, як: І. І. Каракаш, П. Ф. Кулинич, Л. В. Лейба, Є. О. Мічурін, В. В. Носік, В. В. Семчик, В. Д. Сидор, Н. І. Титова, М. В. Шульга та інші. Але зазначені дослідження більше стосуються або окремих аспектів сервітутних відносин, або загальних теоретичних питань.

Метою цієї статті є аналіз норм ЗК та ЦК, дослідження співвідношення їх норм та з'ясування щодо повноти врегулювання сервітутних відносин зазначеними нормативними актами.

Як вже зазначалося, сервітутне право є давнім інститутом, а перша згадка про нього міститься в Законах XII таблиць. Найдавнішими сервітутами були предіальні сервітути (від лат. praedium — маєток, земля). Земля в Римі в той час була общинною власністю, тому земельні ділянки надавалися окремим сім'ям на праві користування. Надані земельні ділянки відрізнялися якістю ґрунтів, наявністю (відсутністю) шляхів сполучення, водойм, лінійних комунікацій, природних ресурсів тощо, тому користувач ділянки з певною перевагою повинен був надати змогу сусі-

дам користуватися нею. Таким чином, з самого початку сервітути, як право на чужу річ, виникли з відносин землекористування. Згодом вони поширилися на інші речі та стали поділятися на речові (предіальні) та особисті.

Слід наголосити, що сучасне законодавство розглядає право користування чужим майном виключно в речовому сенсі. Тобто сервітут — це не просто користування чужим майном, а обмежене користування в чітко визначених аспектах. При його встановленні чітко визначається обсяг користування, спосіб користування та час користування. На відміну від зобов'язальних прав користування, зміст яких може визначатись договором, сервітутні права з огляду на їх речовий характер визначаються законом як за змістом, так і за обсягом.

У науковій літературі категорію земельного сервітуту розглядають у кількох значеннях: 1) як право на чужу земельну ділянку; 2) як правовідношення; 3) як обтяження однієї земельної ділянки на користь іншої [1, 139]. Але, виходячи із назви глав ЗК та ЦК, в контексті даної статті, земельний сервітут розглядається як право на чужу земельну ділянку. Так, глава 16 ЗК, яка присвячена сервітутним відносинам, має назву «Право земельного сервітуту», а глава 32 ЦК — «Право користування чужим майном». Із назви зазначених глав можна зробити висновок, що норми ЗК спрямовані безпосередньо на користування чужою земельною ділянкою, в той час як норми ЦК застосовуються при користуванні чужим майном, яким можуть бути земельна ділянка, інші природні ресурси або інше нерухоме майно. Таким чином, застосовуючи норми ЦК до земельної ділянки, слід враховувати зазначений факт. Також слід звернути увагу, що глава 32 ЦК має загальну назву, не деталізуючи, що таким правом є сервітут, хоча ст. 401 ЦК містить формулювання «право користування чужим майном (сервітут)» [2]. Натомість ЗК має більш конкретну назву, яка виключає можливість двоякого трактування.

Цікавою є також позиція С. Козлова, який зазначає, що «оскільки влас-

ник (користувач) пануючої земельної ділянки не має статусу користувача обслуговуючої ділянки і, відповідно, не є платником земельного податку (щодо останньої), то такі права передбачають користування лише невеликою частиною обслуговуючої земельної ділянки для чітко зафіксованих потреб і за своєю юридичною природою є обмеженими речовими правами. Можливо, саме тому, відмовившись від винесення у заголовок гл. 32 ЦК традиційного терміна «сервітут», вітчизняні законодавці назвали її «Право користування чужим майном». З цих міркувань, мабуть, у ЦК відсутнє і визначення сервітуту, хоча у ст. 401 ЦК поняття «сервітут» та «право користування чужим майном» вживаються як рівнозначні» [3, 1].

Стаття 401 ЦК має назву «Поняття користування чужим майном», але не надає цього поняття та не визначає ознак сервітуту. Натомість у цій статті визначено об'єкти, щодо яких може встановлюватися сервітут — «земельна ділянка, інші природні ресурси або інше нерухоме майно» [2], мета — «для задоволення потреб інших осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом» [2], та зазначено види сервітутів: земельні та особисті. Підставою для такого поділу є спосіб визначення особи сервітуарія (суб'єкт сервітутного права). Отож, якщо сервітут встановлюється щодо визначеного майна в інтересах певної особи, то він вважається особистим (персональним), а якщо на користь власника (володільця) конкретного майна (а не конкретно визначеної особи) — земельним (предіальним). Звідси випливає і та відмінність, що зі зміною власника особистий сервітут припиняється, а земельний продовжує діяти. Але більш доцільно було б передбачити бланкетну норму, яка б відсилала до інших спеціальних законодавчих актів з конкретизацією положень сервітутних відносин, оскільки норми про сервітути містяться не тільки у ЦК та ЗК, але й у житловому законодавстві.

На відміну від норм ЦК, ст. 98 ЗК містить визначення права земельного сервітуту, але має назву «Зміст права



земельного сервітуту», роблячи наголос в цьому випадку не на саме визначення сервітуту, а на права, які можуть виникати у власника земельної ділянки, щодо якої встановлений земельний сервітут.

Відповідно до ст. 98 ЗК «право земельного сервітуту — це право власника або землекористувача земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками)» [4].

Науковцями вже наголошувалося на тому, що таке визначення не враховує, що «сервітут може належати не лише власнику або землекористувачу земельної ділянки, а й іншій конкретно визначеній особі — так званий «особистий сервітут»» [5, 235].

Із врахуванням особливостей права земельного сервітуту, можна визначити, що останнє характеризується наступними ознаками:

1) необхідна наявність двох або більше (як правило суміжних) земельних ділянок, з яких одна (обслуговуюча) своїми перевагами задовольняє недоліки чи потреби іншої (панівної);

2) обслуговування однієї земельної ділянки іншою відбувається в межах прав, наданих власнику пануючої ділянки щодо користування обслуговуючою ділянкою.

Також, виходячи із положень ч. 2 ст. 401 ЦК, можна зробити хибний висновок, що сервітут охоплює тільки відносини між власниками (володільцями) сусідніх земельних ділянок. Але якщо проаналізувати ч. 2 ст. 404 ЦК, то можна побачити, що у випадку, коли задовольнити потреби особи іншим способом неможливо, сервітут може бути встановлений і стосовно віддалених ділянок. Положення зазначених статей є достатньо спірними, оскільки ч. 2 ст. 401 ЦК називає такі сервітуту особистими, а ч. 2 ст. 404 ЦК такої вказівки не містить. Якщо ж звернутися до ч. 1 ст. 100 ЗК, то вона встановлює, що «сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки, а також іншій конкретно визначеній особі (особистий сервітут)» [4]. Тобто

маємо наступний висновок: сервітут може встановлюватися стосовно сусідніх (суміжних) земельних ділянок, в інших випадках мова йде про особистий сервітут.

Аналізуючи надалі положення ст. 98 ЗК, слід зазначити, що, хоча ця стаття, відповідно до своєї назви, має розкрити зміст сервітутних відносин, який становлять права та обов'язки їх суб'єктів, але її норми деталізуються також і в подальших статтях ЗК. Зокрема, до прав можна віднести:

1) власник обслуговуючої ділянки не позбавляється прав володіння, користування та розпорядження нею (ст. 98 ЗК);

2) власник обслуговуючої ділянки має право на те, щоб земельний сервітут здійснювався способом, найменш для нього обтяжливим (ст. 98 ЗК);

3) власник, землекористувач земельної ділянки, щодо якої встановлений земельний сервітут, має право вимагати від осіб, в інтересах яких його встановлено, плату за встановлення (ст. 101 ЗК);

4) власник має право на відшкодування збитків, завданих встановленням земельного сервітуту (ст. 101 ЗК).

5) власники або землекористувачі можуть вимагати встановлення різних видів земельних сервітутів, як передбачених ст. 99 ЗК, так і інших (ст. 99 ЗК);

6) сторони мають право на укладання між собою договору про встановлення земельного сервітуту (ст. 100 ЗК) та інші.

До обов'язків суб'єктів сервітутних відносин відноситься:

1) власник земельної ділянки, щодо якої встановлений сервітут, має попередити наступного власника про наявність сервітуту та умови, на яких він встановлений, оскільки дія сервітуту зберігається у разі переходу прав на земельну ділянку до іншої особи (ст. 101 ЗК);

2) особа, в інтересах якої встановлено сервітут, не може передавати своє право іншим фізичним та юридичним особам будь-яким способом (купівлі-продажу, застави тощо) (ст. 101 ЗК);

3) використовувати земельний сервітут до сплинення трьох років з моменту його встановлення (ст. 102 ЗК);

4) власник сервітуту не може порушувати умов користування сервітутом (ст. 102 ЗК) тощо.

Крім зазначених, зміст сервітутного правовідношення також будуть складати ті правомочності, які визначені сторонами у договорі, спадкодавцем у заповіті чи зазначені у законі або у судовому рішенні.

Стаття 403 ЦК також присвячена змісту сервітуту, але, як вбачається, є більш конкретно та впорядкованою, оскільки збрала в одній статті майже всі положення, які зазначалися вище, при аналізі норм ЗК. Слід також звернути увагу на те, що у разі встановлення сервітуту будь-яким способом, має бути чітко передбачено характер, обсяг, способи, зміст та наслідки користування чужим майном. Причому таке користування завжди повинно бути за своїм обсягом меншим, ніж залишкове користування власника обслуговуючої речі.

Зупинимося більш детально на ч. 3 ст. 403 ЦК, яка передбачає, що особа, яка користується сервітутом, зобов'язана вносити плату за користування майном, якщо інше не встановлено договором, законом, заповітом або рішенням суду. Натомість ч. 3 ст. 101 ЗК передбачає таке саме право, але обмежується воно лише законом. Таким чином, за нормами ЦК «якщо інше не встановлено договором, законом, заповітом або рішенням суду», а за нормами ЗК «якщо інше не передбачено законом», допустимо зробити висновок, що йдеться про можливість безоплатного використання. Тому для того, аби отримати право безоплатного користування, потрібно заздалегідь про це зазначити у договорі. Недосягнення згоди щодо ціни у сервітутному договорі чи взагалі відсутність домовленості стосовно цієї умови, тягне за собою наслідком лише визнання такого договору платним. При цьому плата може розраховуватись залежно від існуючої плати за землекористування у тій чи іншій місцевості.

Стаття 99 ЗК та ч. 1 ст. 404 ЦК містять види земельного сервітуту, але у нормах ЗК цей перелік є більш розширеним, в той час як у ЦК він більше схожий на приклади існуючих видів сервітутів. В будь-якому разі обидва акти не містять вичерпний перелік видів сервітутів, а тому законом можуть встановлюватися й інші види, хоча доцільним було б узгодити норми ЦК та ЗК між собою.

У світовій практиці використовується багато сервітутів, серед яких можна назвати: 1) сервітут проходу — право проходу або проїзду по чужій нерухомості; 2) сервітут водозабезпечення (право на прокладку водопроводу через сусідню земельну ділянку або право брати воду з сусідського колодязя); 3) сервітут відводу стічних вод (право прокласти каналізаційну систему до сусідської каналізаційної системи); 4) сервітут на світло (право упереджувати затінення вікон, що виходять на сусідську територію будівлями та деревами); 5) сервітут висоти (право пов'язане з будинком, власник якого може упередити побудову сусідом вищої конструкції чи будинку).

Одним із позитивних моментів останніх змін, які вносилися у главу 16 ЗК та главу 32 ЦК, стало узгодження між собою ст. 100 ЗК та ст. 402 ЦК. І хоча назви статей відрізняються несуттєво, все-таки більш правильним є формулювання назви статті ЦК, оскільки у ст. 100 ЗК порядок встановлення земельного сервітуту не розкривається.

Так, відповідно до ст. 100 ЗК та ст. 402 ЦК встановлення сервітуту можливе на підставі договору, закону, заповіту або рішення суду.

1. Укладення договору між сторонами. Якщо власники двох сусідніх земельних ділянок дійшли згоди щодо встановлення земельного сервітуту, така домовленість має бути закріплена договором про земельний сервітут. Договір укладається у письмовій формі та підписується власниками (користувачами) обслуговуючої та панівної земельних ділянок.

2. Встановлення сервітуту за законом. Щодо встановлення земельних

сервітутів, ця підстава майже не застосовується. У даному випадку можна навести, як приклад, ст. 405 ЦК, яка передбачає встановлення права проживання. Для цього достатньо лише факту проживання члена сім'ї разом з власником та спільне користування житлом. Для виникнення такого права не потрібно інших підстав: договору, рішення суду чи заповіту.

3. Наступною підставою встановлення сервітуту є заповіт. Статтею 1246 ЦК передбачено, що спадкоємець має право встановити у заповіті сервітут щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб.

4. Рішення суду. При виникненні спору між сторонами підставою для встановлення земельного сервітуту є судові рішення. Отже, власник (користувач) має право вимагати встановлення сервітуту для обслуговування своєї земельної ділянки. У разі недосягнення домовленості з зазначеного питання передбачена можливість звернутися до суду. При цьому позивач має довести в суді, що нормальне господарське використання його земельної ділянки неможливе без обтяження сервітутом чужої земельної ділянки, а задоволення потреб сервітуарія неможливо іншим способом. У даному випадку підставою для встановлення земельного сервітуту буде рішення суду.

Незалежно від способів встановлення сервітуту, право земельного сервітуту виникає тільки після його державної реєстрації в порядку, встановленому для державної реєстрації прав на нерухоме майно, що передбачено вимогами ч. 2 ст. 100 ЗК та ч. 2 ст. 402 ЦК. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» обов'язковий державній реєстрації підлягають: право володіння, право користування (сервітут), право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право забудови земельної ділянки (суперфіцій), право постійного користування та право оренди земельної

ділянки, інші речові права відповідно до закону тощо [6]. При цьому зазначені речові права є похідними і реєструються після державної реєстрації права власності на таке майно.

Що ж стосується припинення дії земельного сервітуту, то у ст. 102 ЗК міститься вичерпний перелік підстав припинення дії земельних сервітутів. Натомість ч. 4 ст. 406 ЦК закріплює, що сервітут може бути припинений в інших випадках (крім перелічених у статті), встановлених законом. Однак настання підстав, передбачених нормами ЗК та ЦК, не тягне за собою автоматичного припинення дії сервітуту, а є лише підставою для скасування державної реєстрації земельного сервітуту. Тобто тільки після скасування державної реєстрації дія земельного сервітуту припиняється.

Таким чином, розвиток сервітутів в українському законодавстві має безперечно важливе значення для оптимального і зручного використання земельних ділянок. Слід зазначити, що в останні роки намітилися позитивна тенденція щодо вдосконалення земельного та цивільного законодавства, яке регулює сервітутні відносини. Зокрема, внесення ряду змін до Земельного та Цивільного кодексів України не тільки усунуло деякі прогалини та протиріччя між нормами кодексів, але й відобразило розуміння законодавцем важливості зазначеного питання.

На жаль, при аналізі та порівнянні норм ЗК та ЦК було виявлено чимало проблем стосовно сервітутних відносин, зокрема: неузгодженість назв статей та їх змісту, відсутність системи визначення прав та обов'язків сторін, незакріплення у нормах вимог щодо істотних умов договору земельного сервітуту та його форми, нерегульованість такого способу виникнення земельного сервітуту, як за законом, та багато інших, які було досліджено у даній статті.

Як висновок, можна сказати, що при врахуванні визначених прогалин та належній увазі законодавця до цього питання інститут сервітутних відносин має майбутнє та подальший розвиток.

**Ключові слова:** право користування чужим майном, право земельного сервітуту, особистий сервітут, земельний сервітут.

У статті проводиться аналіз норм Земельного та Цивільного кодексів України щодо врегулювання питань, пов'язаних із сервітутними відносинами. Визначаються позитивні моменти та прогалини кожного із законодавчих актів стосовно зазначеного об'єкта.

В статті проводиться аналіз норм Земельного і Гражданського кодексів України по урегулюванню вопросов, связанных с сервитутными отношениями. Определяются положительные моменты и пробелы каждого из законодательных актов в отношении указанного объекта.

In the article the analysis of norms of the Landed and Civil codes of Ukraine is conducted in relation to the settlement of questions, related to the servitutnimi relations. Positive moments and blanks are determined each of legislative acts in relation to the noted object.

#### Література

1. Земельне право : підручник / Г. І. Балюк, Т. О. Коваленко, В. В. Носік [та ін.] ; за ред. В. В. Носіка. — К. : Вид.-поліг. центр «Київ. ун-т», 2008. — 511 с.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
3. Козлов С. «Цивільний та Земельний кодекси: перехрестя поглядів на земельний сервітут» // Юридична газета. — 2005. — 7 февр., № 1. — С. 1.
4. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3-4. — Ст. 27.
5. Мірошниченко А. М. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / А. М. Мірошниченко, Р. І. Марусенко. — К. : Правова єдність, 2009. — 496 с.
6. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 лип. 2004 р. № 1952-IV (в ред. Закону № 1878-VI від 11 лют. 2010 р.) // Офіційний вісник України. — 2010. — № 19. — Ст. 823.



Такої загальної позиції додержується переважна кількість дослідників різних часів, зокрема, Дж. Остін, М. Мур, Д. Хусак, Дж. Флетчер, Х. Морріс, М. Гор, А. Енкер, У. Блекстон, Гл. Уільямста ін.

Інша — новаторська течія в дослідженні складу злочину в американській науковій літературі здебільше пов'язана з ім'ям Пола Робінсона, який виступив проти існуючої двоелементної структури на користь загальної сукупності ознак. Його робота «Чи має кримінальне право позбутися конструкції Actus Reus — Mens Rea» [1, 189] мала чималий резонанс в науці, проте широкої підтримки не здобула.

У цілому ж концепція складу злочину в американському праві може бути характеризує як стала, проте не досконала. Новаторські спроби не були достатньо рішучими для того, щоб вийти за межі існуючих уявлень та додати до ознак складу злочину такі, які справді не враховані в традиційній конструкції *corpusdelicti*. Традиційна для вітчизняного кримінального права чотириелементна конструкція є більш досконалою саме з огляду на структуру ознак та їхню повноту. Така конструкція позбавлена проблеми подвоєння ознак (наприклад, ознаки винності діяння) між *actus reus* та *mens rea*, а також враховує інші фактори, релевантні до конкретної поведінки і мають значення для вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності. Таким чином, в якості третього підходу до розуміння складу злочину в американському кримінальному праві можна вважати перенесення додаткових елементів на проекцію традиційної конструкції *actus reus — mens rea*.

Повернемося до детального аналізу традиційного підходу. Більшість науковців вважає, що *actus reus* злочинної поведінки жодним чином не може бути встановлений без одночасного звернення до *mens rea*, тобто без дослідження суб'єктивного відношення особи до вчинюваних дій. При цьому *actus reus* також має передбачати вчинення саме

винного діяння, інакше законна поведінка може бути розцінена як кримінально-протиправна. Про це писав ще Гл. Уільямс, але й більш сучасні автори також підтримують його позицію. Адже розпалення багаття ще не свідчить про намагання особи вчинити підпал, а поширення вогню від багаття на будівлі також далеко не завжди підтверджує умисність підпалу, так як може бути наслідком недбалого ставлення до своїх дій. На думку авторів, конструкція *actus reus sine* може існувати на практиці без *mens rea*, що виглядає цілком логічним. Але американському праву притаманні інститути об'єктивного ставлення у вину, наприклад абсолютна кримінальна відповідальність та ін., за ідеєю яких особа відповідає вже за вчинене діяння без урахування її суб'єктивного ставлення. У таких випадках «спрощена структура» *actus reus* не завжди здатна забезпечити відокремлення злочинної поведінки від цілком законних дій. Така позиція так чи інакше була підтримана П. Робінсоном [1, 204], Дж. Остіном [2, 523], А. Лінчем [3, 116] та іншими теоретиками.

Разом з тим центральним елементом *actus reus* залишається злочинна поведінка, тобто вчинення певного акту. Ще Гл. Уільямс писав, що «єдиним, чим безальтернативно вважається *actus reus* в кримінальному праві, є акт, що відповідає злочинному умислу об'явученого, або, як найменше — на його думку має місце бути. У будь-якому разі закон не карає лише за *mens rea*» [4, 22]. Але, як цілком резонно зауважує Дж. Манджафіко в своїй концептуальній праці «The independence of *actus reus*», відповідальність не може акцентуватися саме на суб'єктивних уявленнях особи про бажаний результат. Автор наводить приклад про спробу зашкодити життю іншої особи шляхом магії Вуду [5; 7]. При вчиненні таких дій безперечно виявляється злочинний намір особи, та бажання настання певних наслідків. Тобто *mens rea* має місце бути. Але виникають запитання з наявністю *actus reus*. Можливість спричинення реальної шкоди за допомогою

магії не сприймається серйозно ні теоретиками, ні практиками. Незважаючи на безперечність *mens rea*, з позицій здорового глузду особу неможна притягувати до відповідальності лише за намір вчинити злочин та за вчинення певних активних дій, спрямованих на реалізацію цього наміру (виправлення магічних обрядів та ін). Такої же самої думки дотримується і Дж. Глетчер [6, 166].

Що же стосується розуміння акту — тобто сутності та змісту *actus reus*, то в американській науці ніколи не існувало єдиної позиції з цього приводу. Консервативно налаштовані дослідники зазвичай ототожнювали акт з мускульним скороченням, точніше — зі контрольованим людською свідомістю скороченням м'язів або ж вольовим рухом тіла. Такий підхід чітко простежується в роботі У. Холмса, який детально аналізує тогочасні варіанти визначення акту [7, 54]. Загалом уявлення про акт поведінки як про фізичний рух історично є спадщиною англійської юридичної думки XVIII–XIX ст. Такий підхід надалі будемо називати консервативним, а також — механічним.

Наведене вище визначення О. Холмса містить в собі вольовий елемент, адже воно є контрольованим, а тому і свідомим. Виходячи із принципу свободи волі можна обґрунтовано припустити, що свідомі дії є бажаними, а результати від них — очікуваними. Разом з тим у наукових працях, релевантних даній проблематиці, автори обґрунтовували досить різноманітну термінологію, яка мала би цілковито охопити певне психічне ставлення особи до вчинюваного нею злочинного акту. В літературі поняття «бажаність» вчинення акту як правило ототожнюється з вольовим характером поведінки. Бажаний акт вважається виконанням чи реалізацією волі особи [8, 30]. Неконтрольовані психікою особи дії не можуть бути кримінально караним актом, і цей факт неможна не признавати. Знов-таки О. Холмс писав, що «спазм не є актом» [7, 54], Гл. Уільямс бачив кримінально-правовий зміст акту лише

крізь призму бажаності для особи, яка його вчиняє<sup>1</sup>.

Разом з тим необхідно висвітлити і протилежну позицію, зокрема яку підтримує Дж. Манджафіко. На його думку, ознака бажаності акту була актуальною лише за відсутності *mens rea* як детермінатора суб'єктивного відношення до вчинюваних дій, тобто зазначена ознака якби була видалена зі змісту *actus reus* на користь *mens rea*. Крім того, ототожнення бажаності та вольового характеру поведінки посилює термінологічну плутанину в теорії [5, 11]. На перший погляд у цьому слід погодитися з позицією автора. Дійсно, крім подвоєння суб'єктивного елемента в структурі складу злочину, бажаність та вольовий характер поведінки практично означають одне й те ж саме. Якщо *actus reus* свключатиме у себе «вольову» ознаку, то вчинення таких дій вже буде автоматично обумовлювати *mens rea*, отже в останньому потреби не буде [8, 30]. Але в цьому і полягає проблема: який зміст мають нести терміни «бажаність поведінки» та «вольовий характер поведінки»? Ми бачимо, що ототожнення цих слів є грубою помилкою дослідників, так як бажаність вчинення певних дій має завжди бути пов'язаною із чіткими уявленнями про результат таких дій, тобто особа знає чи має знати про наслідки своєї поведінки. У свою чергу, вольовий характер дій свідчить лише про свідоме вчинення особою певних рухів, іншими словами, особа здій-

<sup>1</sup> До речі, в англомовній літературі використовується термін *voluntariness*, який на українську мову можна перекласти як бажаність чи волимість, від дієслова «волити», яке навіть має певну лінгвістичну подібність до англійського аналога. Разом з тим Г. Єсаков у своїй праці «Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние общей части» використовує в російській мові слова «волить», «волимое деяние» та ін. Але ж в російській мові не має таких слів взагалі, тому лінгвістична новація автора викликає певні сумніви. Що ж стосується оптимального перекладу на українську мову, то, на наш погляд, більш правильно застосовувати слово «бажаність», ніж «волимість» з огляду на різне смислове навантаження.

снює ці рухи сама — без примусу та не рефлекторно. Саме в цьому, на наш погляд, і полягає принципова відмінність даної термінології. Таким чином, позиція Дж. Манджафико стосовно термінологічної плутанини виглядає досить слабкою, так як автор виходить саме із тотожності термінів, у той час як такий факт зовсім не можна було визнавати аксіомою, що в наслідку призвело до неправильних висновків.

На жаль, друге зауваження автора проти наділення *actus reus* ознаками вольової дії виглядає ще більш наївним. На його думку вольовий характер поведінки усуває із визначення акту дії, які є напіврефлекторними, такими як кашляння, зівання та інші. Такі дії вчиняються без належного розуміння, скоріше напівсвідомо, але можуть бути контрольовані [5, 29]. Виходячи з цього, автор стверджує, що гіпотетично такі дії відповідатимуть визначенню *actus reus*, хоча він погоджується з відсутністю будь-якої практичної цінності від таких висновків. На наш погляд, наведені твердження взагалі не мають нічого спільного зі злочинною поведінкою, а тому такий аргумент взагалі не вартий жодної уваги в науковій дискусії. І третє зауваження проти «вольового» визначення діяння автор вбачає у проблемі відповідальності за бездіяльність. На наш погляд, бездіяльність у випадках, коли особа розуміє свій моральний та юридичний обов'язок діяти та має для цього усі можливості, пов'язана з досить складними психічними процесами, які насправді не можуть розглядатися в межах *actus reus*.

Як вже було зазначено вище, механічний підхід до розуміння *actus reus* цілковито спрямований на зіставлення рухів особи з її бажанням вчинити такі рухи. Тобто презюмує виключення усіх ситуацій та станів, в яких рухи тіла були рефлекторними чи відбулися під впливом сторонніх дій. Йдеться лише про контроль свідомості над рухами тіла, і саме такий психічний елемент, на наш погляд, і є невід'ємним елементом *actus reus*. У випадках же бездіяльності психічна діяльність є завжди більш

складною, тобто особа має оцінити конкретну ситуацію, її імовірні наслідки, прийняти для себе рішення утриматися від активних дій. Таким чином бездіяльність реалізується через пасивну поведінку особи (наприклад, залишення на місці та ненадання допомоги), при цьому вольовий характер поведінки буде визначатися контролем свідомості над рухами тіла, а точніше — утриманням від рухів, але рішення про утримання від активних дій однозначно входить в межі *mens rea* [9, 202]. Загалом бездіяльність відрізняється від дій лише змістом конкретних вольових актів. У випадках бездіяльності особа вчиняє цілком визначені вольові дії: тікає з місця пригоди, прикидається, що не помічає, чи байдуже спостерігає за перебігом подій.

Вище були висвітлені думки щодо визначення центрального елемента *actus reus* крізь призму вольового характеру поведінки. Проте в американській кримінально-правовій науці є й інші концепції в цій сфері. Зокрема, так званий контрольований підхід. Його творцем вважається Х. Харт [10, 100]. Основна ідея концепції може бути знайдена у відмінності між конструкціями «неможливість зробити інакше» та «відсутність вибору у певних обставинах» [11, 1529]. На думку прибічників такого підходу, кримінальне право традиційно відноситься до таких видів небажаної поведінки по-різному. Дії, яким не висітає саме фізичного контролю, взагалі вилучаються із визначення кримінально-протиправного акту. Актом може визнаватися майже будь-який фізичний рух, над яким особа має контроль. Тому слід вважати, що особа вчиняє дії лише тоді, коли вона їх контролює. Але якщо особа може контролювати дії, але можливість вибору поведінки в таких обставинах суттєво обмежена, то буде вважатися, що особа таки вчинила протиправний акт, але за певних умов такі дії можуть визнаватися виправданими. Отже, рефлекторні рухи не можуть визнаватися актами взагалі. Так же як і випадки фізичного примусу, коли рух частин тіла обумовлюється дією сторонньої непере-





Що стосується предмета злочину, то значення цієї ознаки в американському праві також не слід вважати суттєвим. Кримінальне законодавство штатів у значно меншому ступені диференціює відповідальність осіб у залежності, наприклад, від розміру матеріальної шкоди, спричиненої вчиненням злочину. Суттєве значення відводиться способу та обставинам вчинення злочину, а також іншим об'єктивним елементам. В цілому поняття та структура об'єктивної сторони складу злочину максимально відповідає концепції *actus reus*. Проте остання акцентує увагу саме на діянні, залишаючи десь в боці причинний зв'язок та об'єктивні ознаки кримінально-протиправного акту, які існують самі по собі, фактично поза структурою. Таким чином, *actus reus* теоретично не враховує надзвичайно важливі ознаки, хоча на практиці їм приділяється необхідна увага.

**Ключові слова:** теорія складу злочину в американському праві; *actus reus*; *mens rea*; контрольований та вольовий підходи до акту злочинної поведінки; додаткові ознаки складу злочину.

У статті автор розглядає особливості об'єктивних ознак складу злочину в теорії американського права. Значна увага американських дослідників прикута до питання природи дії як акту злочинної поведінки, що фактично і стає центральним елементом багаторічної наукової дискусії. Втім доктрина складу злочину досі залишається недосконалою, оскільки американські теоретики залишають без відповідей чимало кількості важливих питань.

В статті автор розглядає особливості об'єктивних ознак складу злочину в теорії американського права. Значительное внимание американских исследователей уделяется природе действия как акту преступного поведения, которое фактически становится центральным элементом научной дискус-

сии. Между тем доктрина состава преступления остается далекой от совершенства, так как американские теоретики обходят своим вниманием ряд ключевых вопросов.

*In the article the author refers to particular objective elements of the Corpus delicti structure under the theory of American Criminal Law. The foremost attention of American legal scholars is dedicated to the issues of criminal act nature, what stipulates its superiority within legal studies in the specified sphere. At the same time, the doctrine of Corpus delicti still suffers from incompleteness, and remains far from perfection, as soon as the theoreticians leave without proper attention some valuable aspects.*

#### Література

1. Robinson P. H. Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus — Mens Rea Distinction? // *Criminal law: action, value and structure* / S. Shute, J. Gardner & J. Horder, eds. — 1993.
2. Austin J. *Lectures on jurisprudence* / John Austin. — 4th ed. — 1873.
3. Lynch A. C. E. *The Mental Element in the Actus Reus*, 98 L. Q. REV. — 1982.
4. Williams G. *Criminal law: the general part* 22 / Glanville Williams. — 2nd ed. — 1961.
5. Mangiafico J. *The Independence Of Actus reus* / James Mangiafico. — 2011.
6. Fletcher G. P. *Rethinking criminal law* / George P. Fletcher. — 1978.
7. Holmes O. W. *The common law* / Oliver W. Holmes. — 1881.
8. Turner J. W. C. *Kenny's outlines of criminal law* / J. W. Cicil Turner. — 19th ed. — 1966.
9. Wayne R. LaFave. *American Casebook Series, Hornbook Series and Basic Legal Texts Nutshell Series* / Wayne R. LaFave, W. Austin, Jr. Scott. — West Group, 1986. — 918 p.
10. Hart H. L. A. *Acts of Will and Responsibility* // *punishment and responsibility*. — 1968.
11. Corrado Michael. *Is There an Act Requirement in the Criminal Law?* 142 U. PA. L. REV. — 1994.

УДК 342.565.2(477)

**І. Петрів,**

аспірант кафедри конституційного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ВИЗНАЧЕННЯ ФУНКЦІЙ ОРГАНУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ

Виділення та характеристика функцій Конституційного Суду України, безперечно, має важливе значення. Необхідність у з'ясуванні функцій конкретного органу, Конституційного Суду України зокрема, обґрунтовується тим, що саме функції найбільш яскраво демонструють специфіку, особливості та унікальність діяльності певного органу.

Зазначеним обумовлюється необхідність аналізу й функцій єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні — Конституційного Суду України. За результатами дослідження функцій Конституційного Суду України стане можливим виділити їх значення в житті суспільства та перспективи удосконалення механізму реалізації окремих із них.

Для удосконалення конституційної юстиції важливе теоретичне та практичне значення має виділення системи функцій органу конституційної юстиції, дослідження змісту цих функцій та їх характеристика як елемента конституційно-правового статусу Конституційного Суду України.

Функції органів конституційної юстиції стали предметом наукового дослідження вітчизняних вчених-конституціоналістів досить давно. Однак слід зазначити, що розбіжності в розумінні змісту поняття «функція» визначають відмінності в уявленнях дослідників стосовно переліку функцій, які здійснює конституційна юстиція.

Існує низка робіт, в яких автори висвітлюють теоретичні і практичні аспекти функціональної діяльності конститу-

ційної юстиції. Зокрема, заслуговують на увагу праці С. Владиченко, М. Кельмана, О. Марцеляка, В. Погорілка, М. Савенка, В. Скоморохи, А. Ткачука, П. Ткачука, Т. Цимбалістого, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та ін. Проте є необхідним ґрунтовне теоретико-методологічне дослідження функцій органів конституційної юстиції з метою визначення їх системи та уніфікації підходу до розуміння даної категорії.

Для початку необхідно відзначити, що функції органу конституційної юстиції є обов'язковим елементом його конституційно-правового статусу. Адже функції органу конституційної юстиції, в тій чи іншій державі, необхідно розглядати як складову конституційно-правового статусу в комплексі з принципами та завданнями, компетенцією, структурно-організаційними особливостями, формами, методами та гарантіями діяльності. Саме за допомогою такого аналізу стає можливим зрозуміти специфіку конституційно-правового статусу органів конституційної юстиції в Україні.

Функції Конституційного Суду України прямо не визначені в законодавстві. Цим породжена дискусія в науці конституційного права щодо їх розуміння і щодо системи цих функцій. У законодавстві знайшли відображення лише повноваження Конституційного Суду України (ст. 150 Конституції України, ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Варто зазначити, що в науковій літературі зустрічається ототожнення функцій органу конституційної юстиції

з його повноваженнями, компетенцією, завданнями тощо. Наприклад, А. Стрижак розглядає законодавчо визначене завдання Конституційного Суду України щодо гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України саме як функцію органу конституційної юстиції [12, 102]. Однак з таким розумінням завдання як функції важко погодитися з огляду на наступне.

Завдання, які покладаються на орган конституційної юстиції, безпосередньо закріплюються в нормативно-правовому акті, що регулює його діяльність або є відображенням комплексного аналізу правових норм, що складають основу правової регламентації функціонування такого органу.

Так, у Законі України «Про Конституційний Суд України» у ст. 2 закріплено, що завданням Конституційного Суду України є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України [1, 272].

Як вбачається із зазначеної норми Закону, постановка завдання Конституційного Суду України у вигляді гарантування верховенства Конституції України на всій території України вимагає від нього постійної реалізації всіх повноважень з метою виконання такого складного завдання, яке є стабільним, провідним та спрямованим на досягнення конституційної законності.

Стосовно співвідношення понять «повноваження», «компетенція» та «функція» слід зазначити, що практично всі дослідники єдині в тому, що функції та компетенція будь-якого органу держави перебувають у тісному зв'язку між собою. Функція державного органу вказує головний напрям його діяльності, шлях до загальної мети. Для вирішення конкретних завдань, що постають на цьому шляху, за органом юридично закріплюються певні потенційні можливості, які окреслюються у праві через вид і міру можливої й належної поведінки (повноваження), сферу її застосування (предметну підвідомчість) та територію дії (територіальну підвідомчість).

Варто також відзначити, що в теорії права дефініції «компетенція» і «повноваження» з філософської точки зору співвідносяться як ціле і частина. Так, О. Ф. Скакун, аналізуючи компетенцію органу влади, зазначає, що компетенція цього органу включає: повноваження (правообов'язки), предмет відання і відповідальність [11, 408].

У зв'язку із зазначеним під функціями органу конституційної юстиції слід розуміти основні напрямки діяльності, що реалізуються органом конституційної юстиції через призму його повноважень з метою виконання основоположних завдань. Досліджуючи функції органу конституційної юстиції через призму його повноважень слід сказати про багатогранність кожної окремо взятої функції, оскільки вона може відобразитися в декількох повноваженнях.

Зазначене дозволяє констатувати, що функції Конституційного Суду України є взаємопов'язаними та утворюють певну систему. Тому є підстави вважати, що в сучасних умовах розвитку науки та наукового мислення саме використання системного підходу до дослідження функцій єдиного органу конституційної юрисдикції, як єдиної цілісної системи, надасть можливість згрупувати і впорядкувати знання при вивченні окремих функцій. Крім того, такий підхід дозволяє глибше та повніше зрозуміти зміст кожної з функцій. Адже, як зазначає К. Кульчар, «можливості пізнання залишаються надто обмеженими, якщо воно не піднімається вище рівня одиничності і безпосередності буття предмета, якщо за окремими явищами воно (пізнання) не прагне відшукати системності явищ...» [7, 256]. На системності функцій Конституційного Суду України наголошують також і П. Погорілко та Ю. Шемшученко, зазначаючи, що Конституційний Суд, як і більшість органів державної влади та держава в цілому, здійснює систему функцій [11, 54].

Аналізуючи систему функцій Конституційного Суду України, варто звернути увагу на те, що вона є багаторівневою. Саме тому в юридичній літературі існує підхід, згідно з яким, пропонується виді-



му поданні, з організацією і діяльністю органів виконавчої влади, зокрема Кабінету Міністрів України.

Як приклад здійснення Судом соціальної функції можна навести рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. ст. 29, 36, ч. 2 ст. 56, ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 66, п. 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 ст. 71, ст. ст. 98, 101, 103, 111 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» [3]. Так, здійснюючи функцію конституційного контролю (наступного) на предмет відповідності окремих норм Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» Конституції України, Конституційний Суд України захистив низку соціальних прав окремих категорій громадян від порушень та обмежень, які стали наслідком прийняття зазначеного Закону. Зокрема, було відновлено право на соціальну допомогу таких категорій громадян, як «діти війни», «чорнобильці», військовослужбовці, сім'ї з дітьми віком до трьох років та інших категорій громадян. Крім того, Суд вказав, що рішення Конституційного Суду України у цій справі має преюдиціальне значення для судів загальної юрисдикції при розгляді ними позовів.

Варто зазначити, що захист соціальних прав зазначених категорій громадян здійснювався і в подальшому (Рішення № 10-рп/2008 від 22 травня 2008 року тощо). Таким чином, Конституційний Суд України, здійснюючи основну функцію конституційного контролю відповідності Конституції України законів України у сфері соціального забезпечення громадян, реалізував також і соціальну функцію щодо права окремих громадян на соціальну допомогу від держави.

Розглядаючи культурну функцію Конституційного Суду України, як приклад її здійснення можна навести рішення Конституційного Суду № 13-рп/2007 від 20 грудня 2007 року у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлума-

чення положень ч. 2 ст. 14 Закону України «Про кінематографію» (справа про розповсюдження іноземних фільмів) [4]. Вказане рішення було прийняте Судом за результатами здійснення однієї з основних функцій Суду — функції офіційного тлумачення та стосувалося сфери культури, а саме сфери кінематографії. Основне питання, яке ставилось перед Судом, полягало в тому, чи можуть в Україні розповсюджуватися іноземні фільми, якщо вони не дубльовані, не озвучені або не субтитровані українською мовою, водночас наголошуючи на поширенні практики видання державних посвідчень на право розповсюдження і демонстрування іноземних фільмів, які не дубльовані, не озвучені і не субтитровані державною мовою.

Зазначеним вище рішенням Суд розтлумачив, що положення ч. 2 ст. 14 Закону України «Про кінематографію» — «іноземні фільми перед розповсюдженням в Україні в обов'язковому порядку повинні бути дубльовані або озвучені чи субтитровані державною мовою...» необхідно розуміти так, що іноземні фільми не підлягають розповсюдженню та демонструванню в Україні, якщо вони не дубльовані або не озвучені чи не субтитровані державною мовою, а центральний орган виконавчої влади у галузі кінематографії не має права надавати суб'єктам кінематографії право на розповсюдження і демонстрування таких фільмів та видавати відповідне державне посвідчення.

Таким чином, здійснюючи основну функцію офіційного тлумачення Конституції України та законів України, Конституційний Суд України врегулював важливе питання використання державної мови в галузі кінематографії, яка займає важливу нішу сучасного культурного розвитку суспільства.

Як приклад здійснення економічної функції Суду можна навести рішення Конституційного Суду № 3-рп/2012 від 25.01.2012 р. [5], яким розтлумачено норми Конституції України щодо застосування судами України нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України та регулювання цими актами по-



## Література

1. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовт. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
2. Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2009 від 15 січня 2009 року у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про деякі питання керівництва зовнішньополітичною діяльністю держави» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=36195>.
3. Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 29, 36, частини другої статті 56, частини другої статті 62, частини першої статті 66, пунктів 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статті 71, статей 98, 101, 103, 111 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9919>.
4. Рішення Конституційного Суду України № 13-рп/2007 від 20 грудня 2007 року у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини другої статті 14 Закону України «Про кінематографію» (справа про розповсюдження іноземних фільмів) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9926>.
5. Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2012 від 25.01.2012 р. у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=168063>.
6. Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс / Н. В. Витрук. — М. : Юристъ, 2005 — 527 с.
7. Кульчар К. Основы социологии права / К. Кульчар. — М., 1981. — 256 с.
8. Проблеми сучасної конституціоналістики : навч. посіб. / М. П. Орзіх [та ін.] ; за ред. М. П. Орзіха. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 272 с.
9. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Консум, Ун-т внутр. дел. 2000 — 704 с.
10. Стрижак А. Конституційний Суд України як інститут забезпечення та захисту конституційної законності // Вісник Конституційного Суду України. — 2010. — № 1. — С. 102–110.
11. Шемшученко Ю. Проблеми функцій Конституційного Суду України / Ю. Шемшученко, В. Погорілко // Вісник Конституційного Суду України. — 2002. — № 2. — С. 54–56.



**Р. Коваленко,**

аспірант кафедри конституційного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ВИБОРИ ПРЕЗИДЕНТА США: КОНСТИТУЦІЙНА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ

З моменту проголошення незалежності України один з пріоритетних напрямків побудови демократичної держави полягає у виваженому ставленні до визначення правового становища Президента як глави держави. З 1991 р. конституційні норми, наприклад, про повноваження Президента, переглядалися кілька разів. Проте Основному Закону притаманна така ознака, як стабільність, тому навряд чи це можна вважати позитивним. Наразі Конституційна Асамблея проводить роботу з оновлення тексту Конституції, у зв'язку з цим досвід конституційного закріплення правового становища глав держав в зарубіжних країнах може стати у нагоді. Особливо це стосується досвіду США, — країни з найстарішою писаною Конституцією.

Президенту США у Конституції присвячено ст. 2, яка складається з чотирьох параграфів. Найбільш актуальними положеннями цієї статті напередодні президентських виборів 2015 р. в Україні є якраз норми про заміщення посади глави держави.

Проблеми, пов'язані з виборами Президента США та їх конституційною регламентацією, у ХХ ст. розглядали такі відомі вчені, як В. А. Власіхін, Б. С. Крилов, В. І. Лафітський, А. О. Мішин, Г. Л. Решетников та ін. У ХХІ ст. до цих проблем звертались І. А. Алебастрова, І. Маріно, В. В. Сухонос та ін. Проте більшість вчених вивчали або конституційне становище Президента США, не концентруючи свою увагу окремо на виборах (наприклад, О. В. Бойко [1]), або аналізували вибори, але з точки зору політичних наук (наприклад, Т. М. Моторнюк [2]).

Ціль статті — розглянути конституційну регламентацію виборів Президен-

та США з точки зору науки конституційного та муніципального права.

Стаття 2 Конституції США 1787 р. присвячена виконавчій гілці влади та Президенту, який очолює її. Вона складається з чотирьох розділів (sections). Але тільки перший з них має безпосереднє відношення до заміщення посади главою держави. «Розділ другий закріплює за Президентом статус головнокомандуючого і регламентує такі його права, як право відстрочки виконання приговорів і помилування, а також контролю за діяльністю органів виконавчої влади. За порадою та за згодою Сенату Президент набуває право укладати договори, призначати на посади послів, федеральних суддів та посадових осіб. Розділ третій передбачає право Президента інформувати Конгрес про стан справ у країні та скликати його за надзвичайних обставин, приймати послів та здійснювати необхідні заходи з тим, щоб закони добросовісно виконувались. Розділ четвертий окреслює коло осіб, які можуть бути засуджені у порядку імпічменту за державну зраду, хабарництво та інші серйозні злочини та правопорушення» [3, 60–61].

Пункт 1 р. 1 ст. II починається з встановлення терміну повноважень Президента та відповідно Віце-президента (4 роки) і закріплює, що на цей термін вони обираються разом. Поправка ХХ, ратифікована у 1933 р., встановила дату сплинення терміну повноважень глави держави — 12 годин дня 20 січня року, в якому мають завершуватись повноваження. Відповідно до Конституції, Президент США не може займати посаду більше ніж 2 терміни.

Пункт 4 р. 1 встановлює вимоги до особи, яка має пасивне виборче право

на цих виборах. Відповідно до Конституції, «не може бути обраний на посаду Президента той, хто не є громадянином Сполучених Штатів за народженням або не перебував у громадянстві Сполучених Штатів під час затвердження цієї Конституції; рівним чином не може бути обраний на цю посаду той, хто не досяг тридцятип'ятирічного віку і не мав протягом чотирнадцяти років постійного проживання в Сполучених Штатах» [4]. Пункт 7 р. 1 містить текст присяги Президента США, п. 5 присвячено порядку заміщення посади у разі дострокового припинення повноважень Президента.

Безпосередньо виборам глави держави присвячено п. 2–3 р. 1. Зазначимо, що у зв'язку з проблемами, які виникли у ході виборчої кампанії Президента США у 1800 р., п. 2 р. 1 було викладено у новій редакції — Поправка XII до Конституції США була ратифікована у 1804 р. Таким чином, конституційна регламентація виборів глави держави залишається незмінною вже протягом більше ніж 200 років.

На початку п. 2 передбачено, що виборщики не можуть брати участь у голосуванні у випадку, коли кандидати на посаду і Президента, і віце-президента проживають в одному з ними штаті. Для того щоб не втрачати голоси виборщиків та не порушувати Основний закон, політичні партії висувують кандидатів на посаду і Президента, і віце-президента, враховуючи штат їхнього проживання. В іншому випадку кандидати, як правило, змінюють штат проживання. Наприклад, у 2000 р. кандидат на посаду глави держави від республіканської партії Дж. Буш-молодший був мешканцем Техасу, так само і як кандидат на посаду віце-президента від цієї політичної сили — Р. Чейні. Останній для того, щоб республіканська партія не втратила голоси виборщиків від Техасу у разі перемоги у цьому штаті, змінив місце проживання, повернувшись до штату Вайомінг, де він виріс, закінчив університет та починав свою політичну кар'єру. Незважаючи на те, що Р. Чейні продав свій будинок у Техасі та навіть отримав водійські права

у Вайомінгу, правомірність голосування за пару «Буш — Чейні» виборщиків від штату Техас оспорювалась у судовому порядку [5].

Конституція США фіксує основні етапи виборчого процесу на виборах Президента, а саме:

— президентські вибори проводяться у перший вівторок після першого понеділка листопада високосного року (наступні вибори відбудуться у 2016 р.);

— у перший понеділок після другої середи грудня того ж року виборщики збираються у столицях своїх штатів, якщо інше місто проведення голосування не обумовлено легіслатурами штатів, для голосування.

Завдяки такій деталізації, у виборчому процесі США стадія призначення виборів Президента відсутня.

Характерною рисою виборів Президента США є те, що на них не розповсюджується принцип прямих виборів. Президент та віце-президент обираються виборщиками, які, у свою чергу, обираються населенням шляхом прямих виборів.

Виборщики — члени Колегії виборщиків (Електорального коледжу) — обираються за мажоритарною системою відносної більшості. У Конституції йдеться про «виборщиків», однак у літературі все частіше і частіше ведуть мову не про «виборщиків», а про «електоральні голоси» [6].

Кількість виборщиків (або електоральних голосів) від кожного штату дорівнює кількості сенаторів та членів Палати представників від цього штату, а округ Колумбія представляє 3 виборщиків — стільки виборщиків, скільки має найменший за кількістю населення штат; це передбачено поправкою XXIII. Коли виборщиків обрано, вони можуть голосувати за кандидатів від будь-якої політичної партії, але, як правило, виборщики підтримують ту політичну силу, яка їх номінувала. Кандидатури виборщиків включаються до єдиного партійного списку штату. Так як двопартійна партійна система у США найбільш яскраво проявляється саме при виборах глави держави, то у кожному



викликає менше пристрасей народу», у порівнянні з двотуровими прямими виборами» [9, 62–63].

Як бачимо, Конституція США є дуже лаконічною, та її положення, що стосуються виборів Президента, конкретизуються у поточному законодавстві. І. А. Алебастрова зазначає, що до основних джерел виборчого права в США належать на федеральному рівні — Акт про федеральні виборчі кампанії 1971 р. з поправками, а також численні акти про виборче право та інші федеральні закони — наприклад, Акт про громадянські права 1957 р. Але більша частина норм виборчого права, у т.ч. стосовно президентських виборів, традиційно міститься у законодавстві штатів, наприклад, у виборчих кодексах. Також частково норми виборчого права формуються і судовими прецедентами [9, 67].

Конституція США дуже стисло регламентує питання, пов'язані з виборами глави держави та віце-президента, встановлюючи виборчу систему, яка використовується, порядок обчислення днів голосування, порядок голосування, а також вимоги до кандидатури Президента та до кількості термінів, протягом яких він може займати посаду. Усі інші процедури та вимоги встановлюються поточним законодавством, у т.ч. штатів, а також їхніми конституціями. Перспективи подальших досліджень у цьому напрямку полягають у розгляді того, як нормативно-правові акти штатів регулюють інші питання президентських виборів.

**Ключові слова:** Президент США, Конституція США, вибори, президентські вибори, глава держави.

*Конституція США дуже стисло регламентує питання, пов'язані з виборами глави держави, встановлюючи виборчу систему, яка використовується, кількість термінів, вимоги до кандидатури Президента тощо. Усі інші процедури та вимоги встановлюються поточним законодавством, у т.ч. законодавством штатів, а також їхніми конституціями. Врахову-*

*ючи стабільність Конституції США, американський досвід може бути використано при оновленні Основного Закону України.*

*Конституция США очень кратко регламентирует вопросы, связанные с выборами главы государства, устанавливая избирательную систему, которая используется, сроки голосования, требования к кандидатуре Президента и т.д. Все остальные процедуры и требования устанавливаются текущим законодательством, в т.ч. законодательством штатов, а также их конституциями. Учитывая стабильность Конституции США, американский опыт может быть использован при обновлении Основного Закона Украины.*

*The U.S. Constitution regulates issues related to the presidential elections, in a laconic way. It only establishes the electoral system that is used, voting dates, the requirements for candidacy of the President etc. All other procedures and requirements are established by current legislation, including states' legislation and constitutions. Regarding the stability of the U.S. Constitution, the American experience can be used when updating the Fundamental Law of Ukraine.*

#### Література

1. Бойко О.В. Інститут президентства в Україні і США (порівняльно-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / О. В. Бойко. — К., 2004. — 20 с.
2. Моторнюк Т. М. Виборчі технології у сучасному електоральному процесі України: рецепція досвіду США : автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02 / Т. М. Моторнюк. — Чернівці, 2011. — 20 с.
3. Лафитский В. И. Основы конституционного строя США / В. И. Лафитский. — М. : Норма, 1998. — 268 с.
4. Конституція США [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html).

5. *Bravin J. Obscure Texas Case Offers Peek Into Role Of Court Nominee // Wall Street Journal. — 2005. — 7 Oct..*
6. *Вексельман В. Обама лидирует по электоральным голосам [Электронный ресурс] / В. Вексельман. — Режим доступа : <http://www.forumdaily.com/obama-lidiruet-po-elektoralnym-golosam>.*
7. *Мишина Н. В. Конституционное право Соединенных Штатов Америки // Государственное право зарубежных стран : курс лекций / Н. В. Мишина, В. А. Михалев, В. А. Курагин, Д. Е. Волкова. — К. : Юринком Интер, 2012. — С. 223–258.*
8. *Печатнов В. О. После выборов: итоги и прогнозы // США. — 1997. — № 2. — С. 18.*
9. *Алебастрова И. А. Основы американского конституционализма / И. А. Алебастрова. — М. : Юриспруденция, 2001. — 160 с.*

**Д. Жеков,**

аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

## ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИПИНЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Бурхливий розвиток економічних відносин, який не завжди відбувається в цивілізованих ринкових рамках, обумовив виникнення значної кількості нових суб'єктів, зокрема юридичних осіб. Не зупиняючись на випадках, коли такі юридичні особи створюються для дій поза законом, що виходить за межі цієї публікації, зупинимось лише на найбільш актуальному аспекті діяльності юридичних осіб в останні роки — на їх припиненні. На жаль, всесвітня економічна криза, систематичні порушення правил гри на ринку, які встановлені державою, в тому числі з боку самої держави, призвели до припинення діяльності значної кількості суб'єктів підприємства. При цьому деякі з них продовжують існувати на папері, інші заявили про завершення своєї діяльності, проте не виключені з реєстру, інші знаходяться в стадії ліквідації поза межами встановленого законом строку. Все це відбувається на фоні постійних спроб законодавця вдосконалити реєстраційні процедури, зокрема, зробити їх більш доступними, оперативними та прозорими.

Метою статті є дослідження законодавчого підходу щодо припинення юридичної особи у формі ліквідації та реорганізації та їх розмежування в сучасній цивілістичній доктрині.

Якщо йдеться про проблеми юридичних осіб, то більшість проведених сучасних досліджень стосується саме поняття юридичної особи, її видів, форм участі у цивільному обігу [6; 3; 7; 10; 8]. Разом з тим, якщо йдеться про процедури припинення, ситуація виглядає зовсім інакше, оскільки спеціалізовані дослідження проблематики проводились в РФ А. В. Габовим [1], О. М. Лебедінець [11], С. С. Дукановим [5], Є. В. Нода

[12]. Таку ситуацію не можна визнати задовільною, оскільки аналіз української юридичної практики свідчить про існування низки проблем, вирішити які необхідно перш за все саме на науковому рівні. Лише після цього слід порушувати питання перед законодавцем щодо внесення змін до чинного українського законодавства.

Традиційно в навчальній літературі підкреслювалось, що законодавству відомі дві форми припинення юридичних осіб, які розрізняються по правових наслідках — ліквідація і реорганізація. Реорганізація може здійснюватися у формі злиття, приєднання, розподілу, виділення чи перетворення. При реорганізації права і обов'язки юридичної особи, що припинила своє існування, переходять до інших юридичних осіб, тобто має місце правонаступництво. Ліквідація — це така форма припинення юридичної особи, при якій вона перестає існувати зі всіма належними їй правами і наявними у неї обов'язками. При ліквідації права і обов'язки не переходять до іншої особи [13, 102–104].

Законодавець в ст. 104 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) закріпив, що юридична особа припиняється в результаті передання всього свого майна, прав та обов'язків іншим юридичним особам — правонаступникам (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або в результаті ліквідації. Господарський кодекс України (ст. 59) містить визначення припинення діяльності суб'єкта господарювання, яке здійснюється шляхом його реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації — за рішенням власника (власників) чи уповноваженим органів, за рішенням інших осіб — засновників суб'єкта господарювання



ни наділяються правами юридичної особи, то відповідно «аналогія», на думку «реформаторів», була очевидною. Насправді, все набагато складніше. Так у наведених прикладах з державними органами та органами місцевого самоврядування відбувалась реорганізація, природа якої суттєво відрізняється від реорганізації цивільно-правової через порядок її проведення. На нашу думку, з точки зору цивільного обігу та приватно-правових відносин правові наслідки в таких випадках з точки зору прийнятих на себе цивільних обов'язків не можуть бути іншими, ніж для юридичних осіб так званого «приватного права». При цьому реорганізація юридичної особи завжди тягне виникнення правонаступництва (навіть не будучи пов'язаною з припиненням її діяльності у разі виділення). У цьому її принципова відмінність від ліквідації юридичної особи, при якій ніякого наступництва в правах і обов'язках не виникає, бо вони, як і їх суб'єкт — юридична особа, підлягають припиненню [2, 200].

Проведене дослідження на цьому його етапі дозволяє стверджувати, що припинення юридичної особи відбувається власне тільки у випадку ліквідації. Якщо йдеться про реорганізацію юридичної особи, то в залежності від її форми може змінюватися назва, організаційно-правова форма, зменшуватися/збільшуватися обсяг майна, оскільки власно припинення юридичної особи, як у випадку з ліквідацією, не відбувається. З іншого боку, з врахуванням обсягу правонаступництва можна порушувати питання про продовження її існування, проте в змінній організаційно-правовій формі та/або в складі іншої юридичної особи, що однак виключає її з обігу як суб'єкта. Наведене, на нашу думку, свідчить про необхідність більш детального дослідження питання про припинення юридичних осіб, визначення цивільно-правових наслідків такого припинення та розмежування з суміжними явищами, що дозволить стабілізувати цивільний обіг та впорядкувати відносини, які пов'язані з обраним аспектом проблематики.

**Ключові слова:** припинення юридичної особи, ліквідація юридичної особи, реорганізація юридичної особи, уніфікація, публічне право, приватне право, цивільно-правові наслідки.

*У статті досліджується законодавчий підхід щодо припинення юридичної особи у формі ліквідації та реорганізації та їх розмежування в сучасній цивілістичній доктрині, надається аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Пояснюється питання щодо походження та розуміння термінів, що безпосередньо пов'язані з припиненням юридичних осіб, розкривається механізм припинення юридичної особи.*

*В статье исследуется законодательный подход к прекращению юридического лица в форме ликвидации и реорганизации и их разграничения в современной цивилистической доктрине, предоставляется анализ последних исследований и публикаций, в которых положено начало разрешению этой проблемы. Объясняется вопрос о происхождении и понимании терминов, которые непосредственно связаны с прекращением юридических лиц, раскрывается механизм прекращения юридического лица.*

*In the article the legislative approach concerning the termination of a legal entity in a form of liquidation and reorganization and there distinction in a modern civil science is explored, the analysis of the last researches and publications which initiated a resolution of this problem is given. The question of origin and understanding of the terms which directly connected with termination of legal entities is explained, the mechanism of termination of legal entities is revealed.*

#### Література

1. Габов А. В. Ликвидация юридических лиц. История развития института в российском праве, современные проблемы и



- перспективи : монографія / А. В. Габов. — М. : Статут, 2011. — 303 с.
2. Гражданское право : учебник. [В 2 т. Т. 1] / отв. ред. Е. А. Суханов. — [2-е изд., перераб. и доп.]. — М. : БЕК, 1998. — 816 с.
3. Грешников И. П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве : учеб. пособие / И. П. Грешников. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. — 331 с.
4. Дозорцев В. А. Советское гражданское право. Субъекты гражданского права : монография / В. А. Дозорцев ; под ред. С. Н. Братуся. — М. : Юрид. лит., 1984. — 288 с.
5. Дуканов С. С. Гражданско-правовое регулирование прекращения юридических лиц в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Сергей Сергеевич Дуканов. — М., 2005. — 179 с.
6. Захаров В. А. Создание юридических лиц: правовые вопросы : монография / В. А. Захаров. — М. : НОРМА, 2002. — 208 с.
7. Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории : учеб. пособие / Н. В. Козлова. — М. : Статут, 2003. — 318 с.
8. Кочин В. В. Непідприємницькі товариства як юридичні особи приватного права : монографія / В. В. Кочин ; [за наук. ред. М. К. Галянтича]. — К. : НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. — 200 с.
9. Кузнецова Н. С. Альманах цивилистики : сб. ст. [Вып. 1] / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт ; под ред. Р. А. Майданика. — К. : «Правова єдність», 2008. — 312 с.
10. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / І. М. Кучеренко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — 328 с.
11. Лебединец О. Н. Жизненный цикл юридических лиц (гражданско-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ольга Николаевна Лебединец. — М., 2000. — 218 с.
12. Нода Е. В. Ликвидация юридических лиц по законодательству РФ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Елена Валерьевна Нода. — М., 2005. — 206 с.
13. Цивільне та сімейне право України у запитаннях та відповідях : навч. посіб. / за ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Х. : Одиссей, 2002. — 640 с.

**В. Зверховська,**

здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

## **РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «КУЛЬТУРНА СПАДЩИНА», «КУЛЬТУРНІ ЦІННОСТІ», «КУЛЬТУРНЕ НАДБАННЯ» ТА «ОБ'ЄКТ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ»**

На сьогодні проблема правового регулювання цивільного обігу культурних цінностей є досить актуальною для позитивного права, теорії та правозастосовної практики. Пов'язано це з тим, що цивільне законодавство України, що регулює особливості цивільного обігу культурних цінностей, носить фрагментарний, безсистемний характер та містить цілий ряд прогалин і колізій. Найважливішою проблемою є те, що у цивільному законодавстві України відсутня єдність у використанні дефініцій у сфері правового регулювання цивільного обігу культурних цінностей.

З метою створення належної правової бази у сфері цивільного обігу культурних цінностей необхідно вирішити цілий комплекс питань, серед яких особливе місце відводиться наявності чітко закріпленого у законі поняття «культурні цінності». Слід зазначити, що Цивільний кодекс України [1] (далі — ЦК України) не розкриває зміст цього поняття. У спеціальному законодавстві щодо культурних цінностей визначення поняття «культурні цінності» надається шляхом перелічення об'єктів, які відносяться до цієї категорії. Таким чином, у законодавстві України відсутнє визначення поняття «культурні цінності», відсутні єдині нормативні критерії і класифікатори речей, які відносяться до категорії культурних цінностей. Ситуація ускладнюється також тим, що поряд із терміном «культурні цінності» у законодавстві України використовується також й інші терміни, такі як «культурна спадщина», «культурне надбання», «пам'ятка культурної спадщини», «антикваріат» тощо.

Культурні цінності тривалий час виступали лише предметом історич-

них, мистецтвознавчих та філософських досліджень, зокрема, у працях В. Акуленко, М. О. Александрової, С. С. Алексеева, Н. Д. Бобоєдова, М. М. Богуславського, М. І. Брагінського, Р. Б. Булатова, М. В. Васильєва, О. Г. Васнева, А. В. Головизніна, С. Г. Долгова, Є. Ю. Єгорової, Т. Курило, Д. В. Мазеїна, Н. І. Мінаєва, С. Н. Молчанова, А. П. Сергеева, К. І. Скловського, Ю. К. Толстого, Є. О. Харитонова, Л. В. Щенникової та інших. Однак на сьогодні запропоновані у цивілістичній літературі визначення поняття «культурні цінності» не відповідають концепції цивільного законодавства України, містять оціночні поняття, а тому не можуть бути використані у якості легальних визначень культурних цінностей.

Чітке розмежування понять «культурна спадщина», «культурні цінності», «культурне надбання», «об'єкт культурної спадщини» як у міжнародному праві, так і у законодавстві України відсутнє [2–4]. Водночас, як правило, термін «культурні цінності» застосовується до рухомих об'єктів культури, які мають художнє, історичне, етнографічне або наукове значення. Перелік таких об'єктів визначений у ст. 1 ЗУ «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21.09.1999 р. № 1068-XIV. Так, відповідно до зазначеного Закону культурні цінності — це об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України, а саме:

— оригінальні художні твори живопису, графіки та скульптури, художні

композиції та монтажі з будь-яких матеріалів, твори декоративно-прикладного і традиційного народного мистецтва;

— предмети, пов'язані з історичними подіями, розвитком суспільства та держави, історією науки і культури, а також такі, що стосуються життя та діяльності видатних діячів держави, політичних партій, громадських і релігійних організацій, науки, культури та мистецтва;

— предмети музейного значення, знайдені під час археологічних розкопок;

— складові частини та фрагменти архітектурних, історичних, художніх пам'яток і пам'яток монументального мистецтва;

— старовинні книги та інші видання, що становлять історичну, художню, наукову та літературну цінність, окремо чи в колекції;

— манускрипти та інкунабули, стародруки, архівні документи, включаючи кіно-, фото- і фонодокументи, окремо чи в колекції;

— унікальні та рідкісні музичні інструменти;

— різноманітні види зброї, що мають художню, історичну, етнографічну та наукову цінність;

— рідкісні поштові марки, інші філателістичні матеріали, окремо чи в колекції;

— рідкісні монети, ордени, медалі, печатки та інші предмети колекціонування;

— зоологічні колекції, що становлять наукову, культурно-освітню, навчально-виховну або естетичну цінність;

— рідкісні колекції та зразки флори і фауни, мінералогії, анатомії та палеонтології.

З'ясовуючи термінологічний апарат законодавства України у сфері цивільного обігу культурних цінностей, слід зазначити, що культурна спадщина містить у собі культурні цінності, які передаються із покоління у покоління. Це і нерухомості, і рухомості, і нематеріальні твори людської діяльності. Спадщина передбачає зв'язок минулого, сучасного, майбутнього. Існування

цього зв'язку обумовлює зміст спадщини як явища безперервної передачі культурних цінностей. Окрім об'єкта передачі потрібно враховувати ще універсальну цінність цих об'єктів, яку визнають наступні генерації. Спадщина — це свідомий процес між поколіннями, який накопичує матеріальні та духовні культурні цінності, де наступна епоха приймає те краще, що існувало до неї. Тому поняття культурної спадщини об'ємніше за поняття культурних цінностей — це об'єкти, які задовольняють духовні та естетичні вимоги і разом з тим художньо і науково значущі для людини на якомусь визначеному етапі історії. Вони відображають ідеологію замовника і того суспільного ладу, до якого ці замовники належать, а також являють собою свідцтво технологічного розвитку. Якщо зникає потреба в існуванні культурного об'єкта для епохи, безповоротно зникає і сам об'єкт. Тому у процесі спадкоємності беруть участь тільки універсальні культурні цінності, які для декількох генерацій являють цінність з точки зору естетики, науки та історії. Не усі культурні цінності можуть бути спадщиною, але ж всякий культурний спадок складається із культурних цінностей. Так, В. Л. Базанов, розглядаючи поняття «культурна спадщина», підкреслює існуючий у ньому історичний зв'язок нового та давнього, часову спадковість [5]. Такої ж точки зору дотримуються російські вчені Л. Душкіна, С. Гуцало, Л. Песковська, Н. Прінцев, К. Штикова, які визначають поняття культурної спадщини як пам'ятки історії та культури, історико-культурні території і об'єкти, вагомими для збереження і розвитку самобутності народів, їх внеску у світову цивілізацію. При цьому під пам'ятками історії та культури розуміються твори матеріальної і духовної творчості, втілені у рухомі і нерухомі матеріальні об'єкти, які є унікальними, незамінним результатом і свідцтвом історичного розвитку народів, особистостей і держави, а також які мають суспільно вагомий універсальний культурний цінність [6].

У підтримку цього слід навести думку О. П. Сергеева щодо поняття культурних цінностей як правової категорії. Він зазначає, що правове поняття «культурні цінності» обіймає лише матеріальні об'єкти (речі, майно) [7].

Не можна обійти увагою також позицію Н. Михайлової, яка стверджує, що історико-культурна спадщина — це створені природою та людиною матеріальні та духовні цінності, які зберігаються і передаються із покоління в покоління, а також визнані суспільством та державою необхідними поза залежністю від часу, простору і форм власності для підтримання вітчизняної культури та духовного вдосконалення народу [8].

Отже, культурна спадщина — це сукупність успадкованих людством від попередніх поколінь об'єктів культурної спадщини (абз. 1 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про охорону культурної спадщини»). Як вірно відмічає Е. Александров, об'єкти культурної спадщини містять у собі усю духовну культуру людства, у тому числі мистецтво, науку, освіту та організацію культурної діяльності з усіма її творчими досягненнями (витворами), інститутами, організаціями. Сюди не можна віднести матеріальну культуру, яка не є продуктом і виразом духовної діяльності. Існуюче міжнародне та цивільне право захищає лише частину культурних об'єктів, у майбутньому право буде охороняти усі чи майже усі культурні об'єкти. Розвиток культури, розвиток людства і всесвіту у цілому безперервно збільшує кількість культурних цінностей. З'являються нові категорії культурних об'єктів. Наприклад, об'єкти підводної культурної спадщини чи нематеріальної культурної спадщини, яка включає такі об'єкти, як фольклор та традиції усної творчості, вистави, ритуали та свята, навики та звичаї, пов'язані із природою та навколишнім середовищем. Слід зазначити, у майбутньому поняття спадщини буде розширено категорією «підземна спадщина», яка буде містити такі об'єкти, як підземні ходи, галереї, катакомби, печери. Також у майбутньому подальшого розвитку

дістане охорона об'єктів комп'ютерної та програмної спадщини [9].

Вбачається, що поняття «культурні цінності» та «об'єкт культурної спадщини» не збігаються за обсягом. Недосконалість визначення та термінології у ЗУ «Про охорону культурної спадщини» породжує невідповідність існуючих підзаконних актів. Так, Положення про Державний реєстр національного культурного надбання (далі — Положення), затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 12.08.1992 р. № 466 [10], не узгоджене із зазначеним Законом, тому що до Державного реєстру заносяться не тільки пам'ятки історії, археології, містобудування і архітектури, але також пам'ятки мистецтва (визначні твори монументального, образотворчого і декоративно-ужиткового мистецтва) і документальні пам'ятки (унікальні акти державності, інші важливі архівні матеріали, кіно-, фото- і фотодокументи, старовинні рукописи, рідкісні друковані видання), тобто рухомі речі. До Державного реєстру можуть бути занесені й інші об'єкти, що становлять виняткову цінність з огляду історії, культури, етнології чи науки (п. 2 Положення).

ЗУ «Про охорону культурної спадщини» не враховує цінність предметів, пов'язаних з найважливішими історичними подіями в житті українського народу, археологічних знахідок, творів образотворчого і декоративно-ужиткового мистецтва, документів, які мають національну цінність.

Міністерством культури України розроблено проект постанови Кабінету Міністрів України та порівняльну таблицю до проекту постанови Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Положення про державний реєстр національного культурного надбання (в частині бібліотечних пам'яток)». У зазначеному проекті постанови запропоновані, крім інших рухомих об'єктів культурної спадщини, до Державного реєстру національного культурного надбання заносити також такі документальні пам'ятки, як бібліотечні пам'ятки — рухомі пам'ятки, які явля-

ють собою видання та колекції видань, незалежно від форм власності, що знаходяться на території України, а також за її межами і є власністю України або відповідно до міжнародних договорів підлягають поверненню в Україну. Бібліотечними пам'ятками є рукописні книги, стародруки та інші, крім книг, видання (різні за обсягом — брошури та листівки і за періодичністю — серіальні, періодичні, продовжувані видання), до 1800 р. — для іноземних видань, до 1830 р. — для видань гражданським шрифтом та до 1860 р. — українських видань (надрукованих українською мовою незалежно від території та будь-якою мовою (гражданським чи латинським шрифтом) на території сучасної України), а також окремі видання більш пізніх періодів, історико-культурна цінність яких встановлена відповідною науковою експертизою або іншим науковим дослідженням. На видання, датовані до 1950 р., до проведення наукової експертизи поширюється статус бібліотечних пам'яток.

До Державного реєстру національного культурного надбання пропонується заносити бібліотечні пам'ятки виняткової історичної, художньої, наукової чи іншої культурної цінності, відібрані з Державного реєстру бібліотечних пам'яток України.

Державний реєстр бібліотечних пам'яток України — це державна база даних про бібліотечні пам'ятки України, що містить інформацію про місце зберігання бібліотечної пам'ятки, тип видання (книжкове, серіальне тощо), його короткий бібліографічний опис (на основі розробок відповідних підрозділів НАН України), цифрові фотографії, що дозволяють ідентифікувати видання (з поступовим формуванням бази електронних копій бібліотечних пам'яток), зазначенням облікових номерів (як старих, так і діючих на даний момент у бібліотеці, яка зберігає пам'ятку) та візуальний опис об'єкта (подібно до опису в інвентарних картках музейних предметів). Занесенню до Державного реєстру бібліотечних пам'яток України підлягають всі без винятку бібліотечні пам'ятки.

Думається, запропоновані зміни мають бути у найближчий час внесені до Положення про Державний реєстр національного культурного надбання.

З поняттям «культурні цінності» часто ототожнюється також і поняття «пам'ятка культурної спадщини» (далі — пам'ятка). Визначення поняття «пам'ятка» в Законі України «Про культуру» не надається. Його можна знайти в ст. 1 ЗУ «Про охорону культурної спадщини». Відповідно до цього Закону, пам'ятка — це об'єкт культурної спадщини, який занесений до Державного реєстру нерухомих пам'яток України. Істотною відмінністю цих понять є те, що поняттю «пам'ятки культурної спадщини» надається особливий охоронний зміст. Культурні цінності, визнані пам'ятками культурної спадщини та взяті на державний облік, знаходяться під державною охороною і підпорядковані спеціальному правовому режиму. Правовий режим пам'яток культурної спадщини визначається: ЗУ «Про охорону культурної спадщини», Постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 р. № 1760 «Про затвердження Порядку визначення категорій пам'яток для занесення об'єктів культурної спадщини до Державного реєстру нерухомих пам'яток України» [11] та ін.

Отже, поняття «культурні цінності» і «пам'ятки культурної спадщини» не збігаються за обсягом відповідно до чинного цивільного законодавства України. Поняття «культурні цінності» охоплює більш широке коло об'єктів, до числа яких входять як пам'ятки культурної спадщини, так і об'єкти, які ще не мають такого статусу.

Таким чином, слід зробити висновок, що крім поняття «культурні цінності» у законодавчих актах України використовуються такі терміни, як культурна спадщина, пам'ятка, національне культурне надбання, нематеріальна культурна спадщина, об'єкти культурного призначення. Усі визначення зазначених понять з юридичної точки зору є практично недиференційованими, взаємопоглинаючими та взаємозамінними, тому

наводити у межах цього дослідження їх не доцільно. Зазначимо лише, що відповідно до ст. 1 ЗУ «Про культуру», культурне надбання, культурна спадщина українського народу — це сукупність культурних цінностей, пам'яток та історико-культурних територій і об'єктів, значущих для збереження і розвитку самобутності України і всіх її етнічних та соціальних спільнот, їхнього внеску до світової цивілізації, а також організації, установи, підприємства культури, які мають загальнонаціональне (загальноукраїнське) значення і завдяки цьому цілковито належать Україні без права передачі їх іншим державам. Важливо, що ЗУ «Про культуру» не використовує поняття «об'єкт культурної спадщини» і визнає поділ культурних цінностей на рухомі (у ЗУ «Про культуру» названі власне культурними цінностями) та нерухомі (пам'ятки). Отже, з цього визначення можна зробити висновок, що культурні цінності входять до складу культурної спадщини. Однак М. М. Богуславський вважає, що поняття «культурні цінності» та «культурна спадщина» за своїм значенням поняття рівнозначні. Але ототожнювати ці поняття неприпустимо, оскільки поняття «культурна спадщина» є більш широким за своїм смисловим значенням, з погляду на те, що включає як твори мистецтва, так і різноманітні види духовної творчої діяльності людини в галузі науки, освіти і культури.

**Ключові слова:** культурні цінності, договір, цивільне право України.

У статті розглядаються питання розмежування понять «культурна спадщина», «культурні цінності», «культурне надбання» та «об'єкт культурної спадщини». Автором проводиться дослідження спеціального законодавства у сфері охорони культурних цінностей та зроблені відповідні висновки щодо необхідності його удосконалення.

В статті розглядаються питання розмежування понять «культу-

турное наследие», «культурные ценности» и «объект культурного наследия». В результате проведенного исследования специального законодательства в сфере охраны культурных ценностей автором сделаны выводы о необходимости его усовершенствования и внесены конкретные предложения.

*The article deals with the problems of definition of cultural values under civil law of Ukraine. The author studies specific legislation in the field of cultural values and made appropriate conclusions about the need for its improvement.*

#### Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461. — С. 7.
2. Богуславский М. М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты / М. М. Богуславский. — М. : Юристъ, 2005. — С. 17.
3. Курило Т. Проблеми реалізації законодавства України про охорону культурної спадщини та деякі шляхи їх подолання // Право України. — 2003. — № 3. — С. 125.
4. Литовченко Л. А. Проблемні питання конституційно-правового регулювання охорони культурної спадщини в Україні // Право і суспільство. — 2010. — № 1. — С. 18.
5. Базанов В. Л. Проблемы сохранения историко-культурного наследия в условиях обновления общества : дис. ... канд. философ. наук : 09.00.03 / В. Л. Базанов. — М., 1991. — С. 119.
6. Терминологический словарь-справочник по безопасности культурных ценностей / сост.: Л. И. Душкина (отв. ред.), С. С. Гуцало, Л. С. Песковская, Н. А. Прищев, К. В. Штыкова. — М. : Изд-во ГосНИИР, 2000. — С. 34.
7. Сергеев А. П. Гражданско-правовая охрана культурных ценностей в СССР / А. П. Сергеев. — Л., 1990. — С. 16.
8. Михайлова Н. В. Историко-культурное наследие России: проблемы охраны / Н. В. Михайлова. — М. : ЮИ МВД РФ, 1999. — 105 с. — С. 24.



**О. Сліпченко,**

здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

## **ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО ТА ЇХ ОБТЯЖЕНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Аналіз сучасного стану законодавчого регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно свідчить, що у цій сфері нині накопичилося чимало проблем, які спричиняють порушення майнових прав фізичних та юридичних осіб.

Проблематика державної реєстрації прав на нерухоме майно була предметом дослідження у роботах Н. О. Бавровської, Я. Є. Барц, Р. С. Бевзенка, О. В. Дзери, М. В. Домашенка, І. І. Завальної, Ю. В. Кіхая, П. Ф. Козьмука, А. П. Козьмука, Т. О. Коломоєць, П. П. Кулініча, А. П. Лізунової, С. В. Лихачова, М. Г. Лихогруда, О. В. Мартинюка, Т. В. Мехтієвої, С. С. Овчарука, С. С. Осадчука, Я. О. Пономарьової, Я. М. Романюка, В. В. Сенчука, І. В. Спасибо-Фатєєвої та інших вчених.

Окремі питання адміністративно-правового забезпечення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно у своїх роботах розглядали вчені колишнього СРСР та Російської Федерації: А. І. Алексеєв, С. В. Безбах, І. Л. Брауде, М. І. Брагинський, Т. В. Герасименко, В. А. Горемікин, М. Р. Дзунцева, А. В. Дмитрієв, А. Р. Кирсанов, А. Є. Луньов, В. П. Никонов, Є. А. Суханов, М. Г. Пискунова, О. Ю. Скворцов, Н. А. Сироедов та інші.

Однак, незважаючи на наявність великої кількості наукових праць із зазначеної проблематики, чимало питань залишаються недослідженими або недостатньо дослідженими, що пояснюється складністю і багатогранністю проблем державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, а також останніми змінами у законодавстві в реєстраційній сфері у зв'язку із впровадженням нової

системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно.

Необхідність здійснення реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень обґрунтовується тим, що: правопорядок зацікавлений в організації стабільного обороту прав на об'єкти нерухомості як найбільш значимої категорії прав; правовласники зацікавлені в ефективному захисті своїх прав на об'єкти нерухомого майна; за допомогою реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень досягається ефективне оподаткування.

Звідси випливає, що без впровадження оптимальної системи реєстрації об'єктів нерухомості та прав на них повноцінне існування цивільного обороту не уявляється можливим [1–3]. Реєстрація об'єктів нерухомості та прав на них здійснюється у публічному порядку і в цьому сенсі має характер публічно-правових дій. Однак, оскільки така реєстрація звернена, з одного боку, до охорони (гарантії) прав та інтересів окремих осіб, а з іншого — інтересів суспільства в цілому, її нормативна регламентація не може відноситися тільки до предмета публічного права. Вирішення питань, пов'язаних з реєстрацією об'єктів нерухомості майна та прав на них, наочно демонструє, що будь-яке публічне право встановлюється і існує остільки, оскільки існує приватне право окремих осіб. Мета охорони (гарантії) прав особи на об'єкти нерухомого майна полягає в мінімізації ризиків, пов'язаних з їх встановленням та захистом.

Існування права на нерухомих об'єкт, також як і на рухомих об'єкт, має бути публічно посвідчено, а сам об'єкт чітко ідентифікований. Для рухомих речей презумпцією власності є



володіння річчю. Для нерухомих — залежно від того, на кого покладаються ризики, пов'язані з встановленням прав на ці речі, посвідченням є: або реєстрація актів, предметом яких є права на нерухомі речі — «актова система», або реєстрація прав (титулів) на нерухомі речі — («титульна система»). Для актової системи, поширеної в більшості штатів США, а також у багатьох юрисдикціях Північної та Південної Америки, характерно покладання всіх ризиків, пов'язаних з встановленням прав на нерухоме майно, безпосередньо на набувача права. Покупець нерухомості (а також іпотечний кредитор) сам несе всю тяжкість ризику, пов'язану з придбанням права. Жодні державні організації при актової системі в принципі не несуть відповідальності внаслідок помилок, що виникають у разі придбання, обтяження або припинення прав на нерухоме майно. Єдина функція, пов'язана із відповідальністю штату (обіг прав на об'єкти нерухомості перебуває у компетенції штатів), пов'язана з реєстрацією самого юридичного акта, спрямованого на придбання права. Для реєстратора в принципі не має значення, чи є у сторін право на вчинення цієї угоди, чи мають вони відношення до самого предмета угоди, чи існує цей предмет у натурі. Реєстратор зобов'язаний лише упевнитися в тому, що перед ним саме ті особи, які вказують себе в договорі, наданому для реєстрації, і точно зафіксувати дату та час реєстрації. Важливість фіксації дати і часу реєстрації полягає у тому, що, якщо колишній власник успішно спробує кілька разів продати один і той же об'єкт і щодо цього об'єкта виникнуть конкуруючі між собою права або інтереси, то задоволення буде надано насамперед тому претенденту, чий акт буде зареєстрований раніше. Таким чином, перш ніж купити нерухомість, необхідно ретельно вивчити всю історію переходів її з рук в руки (title of research). Враховуючи особливості майнових прав в англо-американському праві, таке дослідження повинно охоплювати всі обтяження і переважні права, встановлені коли-небудь щодо даної

нерухомості. У США сучасні стандарти дозволяють обмежитися дослідженням 40 останніх років історії об'єкта угоди. Подібне дослідження проводять юристи, які сприяють переходу прав (legal title) від однієї особи до іншої. Але й вони не в змозі дати стовідсоткову гарантію «чистоти титулу», і покупцеві все одно доводиться ризикувати, а отже, і страхувати купівлю титулу, тобто своє право (title insurance).

Титульна система, на противагу актової, засновується на реєстрації прав, що виникли на основі здійсненого до моменту передачі акта (правочину). Титульна система в різних своїх модифікаціях набула поширення в юрисдикціях континентальної Європи та Австралії. Її батьківщиною є Пруссія, де з 1693 р. для великих міст були вперше введені Поземельні книги (Grundbuch) з внесенням до них усіх об'єктів нерухомості. У відповідності до чинного на той момент у Пруссії законодавства, право власності набувалося виключно внесенням відповідних записів до Поземельної книги. Тим самим держава знімала з правовласника тягар охорони свого права, приймаючи цю функцію на себе.

Подальший розвиток системи реєстрації прав на нерухоме майно пов'язаний із прийняттям Пруського Іпотечного Статуту 1783 р. і Пруського Земського Права 1794 року. Зазначеними правовими джерелами запроваджувався принцип, за яким майнове право на нерухому річ набувалося шляхом внесення відповідного запису до Поземельної книги уповноваженою особою (реєстратором), а також принцип «публічної достовірності і гласності», який надавав гарантії безповоротності набутих прав для добросовісного набувача, оскільки зареєстроване право могло бути протиставлене як заперечення віндикаційному позову третьої особи. Останній принцип є основоположним для системи реєстрації прав (титульної системи); його наявність дозволяє мінімізувати ризики, пов'язані з придбанням прав на нерухому річ для добросовісного набувача. Таким чином, згідно з цим принципом, особа, право якої зареєстровано на

певний об'єкт, стає власником цього об'єкта. Класичний варіант титульної системи реєстрації полягає в тому, що певними адміністративними органами (бюро) або урядовими агентствами реєструється право особи на нерухоме майно в реєстрі прав на нерухоме майно (наприклад, у Німеччині — «Поземельна книга», у Франції — «Іпотечна книга», в Російській Федерації — «Єдиний державний реєстр реєстрації прав на нерухоме майно», в Україні — «Державний реєстр прав на нерухоме майно та їх обтяжень»).

У класичному зразку титульної системи використана розробка німецьких юристів XVIII століття — ведення особливої книги, у якій щодо кожної земельної ділянки відкрито «аркуш», на якому реєструється право на неї [4].

Що стосується законодавства України у сфері реєстрації прав на нерухоме майно, то відповідно до Роз'яснення Міністерства юстиції України від 27.05.2011 р. [5] одним із головних завдань держави у сфері економічної політики є правове регулювання відносин, пов'язаних із державною реєстрацією прав на нерухоме майно. І тому на сьогодні одним із питань, яке потребує нагального вирішення, є запровадження єдиної системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно (у тому числі і на земельні ділянки), що забезпечить належний захист прав фізичних та юридичних осіб на нерухоме майно.

Ще 1 липня 2004 р. було прийнято ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» (далі — Закон від 01.07.2004 р.), який визначав правові, економічні, організаційні засади створення у складі державного земельного кадастру єдиної системи державної реєстрації речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно, обмежень цих прав.

Систему органів державної реєстрації прав за цим Законом від 01.07.2004 р. склали центральний орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів, який забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної реєстрації

прав, створена при ньому державна господарсько-юридична особа з консолідованим балансом (центр державного земельного кадастру) та її відділення на місцях, які є місцевими органами державної реєстрації прав.

Однак система державної реєстрації прав, передбачена зазначеним Законом від 01.07.2004 р. не була створена. У зв'язку з цим виникла необхідність у регулюванні відносин, пов'язаних з державною реєстрацією прав на нерухоме майно, на якісно новому рівні. Саме тому Верховною Радою України 11 лютого 2010 р. і прийнято Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» (далі — Закон) [6], яким ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» викладено у новій редакції та внесено зміни до деяких законодавчих актів, які регулюють відносини, пов'язані з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно.

Зазначений закон спрямований на виправлення практики, що склалася в Україні у сфері регулювання відносин, пов'язаних з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно. Так, Законом передбачається створення єдиної системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень і визначаються нові підходи до державного регулювання цивільних правовідносин у цій сфері. При цьому Закон визначив інший концептуальний підхід як до процедури державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, так і до системи органів державної реєстрації речових прав на нерухоме майно. Це і стало першим кроком у реформуванні системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та вирішенні вищезазначеного питання.

Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно за Законом здійснюватиметься за принципом «єдиного вікна», який полягає у тому, що в одному органі будуть реєструватися всі права та обтяження на нерухоме майно, як на

земельні ділянки, так і на об'єкти, розташовані на них.

Новий підхід щодо побудови системи органів державної реєстрації є виваженим та ґрунтується на тому, що державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень — це офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення речових прав на нерухоме майно та їх обмежень, що супроводжується внесенням даних до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Тобто державна реєстрація прав є виключно функцією держави, яка набуває і здійснює свої права та обов'язки через органи державної влади і саме тому орган державної влади і має забезпечувати реалізацію такої функції.

Відповідно до Закону систему органів державної реєстрації речових прав на нерухоме майно складатимуть спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань державної реєстрації прав, який є держателем Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, та його територіальні органи, які є органами державної реєстрації прав.

Водночас у ході реалізації адміністративної реформи зазнала змін і система органів державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Так, відповідно до Указу Президента України від 9 грудня 2010 р. № 1085/2010 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» [7] в Україні розпочато адміністративну реформу, однією із концептуальних засад якої є покладення різного функціонального характеру повноважень на міністерства, служби, агентства та інспекції.

Необхідно відмітити, що Закон розширив перелік речових прав на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації. Згідно зі ст. 4 Закону обов'язковій державній реєстрації підлягають речові права та обтяження на нерухоме майно, розміщене на території України, що належить фізичним та юридичним особам, державі в особі органів, уповноважених управляти державним майном, іноземцям та особам без грома-

дянства, іноземним юридичним особам, міжнародним організаціям, іноземним державам, а також територіальним громадам в особі органів місцевого самоврядування, а саме:

1) право власності на нерухоме майно;

2) право володіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право за будови земельної ділянки (суперфіцій); право господарського відання; право оперативного управління; право постійного користування та право оренди земельної ділянки; право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; довірче управління майном;

3) інші речові права відповідно до закону;

4) податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження.

При цьому речові права на нерухоме майно, зазначені в п. 2 і 3, є похідними і реєструються після державної реєстрації права власності на таке майно.

Отже, розширення переліку прав, які підлягають державній реєстрації, забезпечить захист не лише власнику, а й правоволодільцям, яким належать інші речові права на це нерухоме майно.

Відомо, що далеко не завжди один і той же юридичний факт (фактичний склад) призводить до однакових юридичних наслідків. Щодо правочинів це означає, що запланований учасниками правочину правовий результат та мета, на досягнення якої спрямовано вчинення дій, що становлять правочин, можуть як збігатися з фактично досягнутим результатом, так і відрізнитися від нього. Це свідчить про необхідність розрізнення понять «державна реєстрація правочинів» (дій, спрямованих на досягнення юридичного результату) і передбаченого ст. 182 ЦК України «державна реєстрація прав на нерухомість» (наслідків правочину, реально отриманого юридичного результату).

Не можна не звернути увагу на те, що державна реєстрація фактичних на-

слідків правочинів, очевидно, призведе до результату, який є ідентичним результату державної реєстрації прав. Під час реєстрації прав на нерухомість автоматично реєструються: (а) факт виникнення у цієї особи цих прав; (б) факт припинення аналогічних прав у попереднього правовласника. Реєстрація зазначених фактів являє собою реєстрацію переходу прав, оскільки конструкція за назвою «перехід прав» є не що інше, як конструкція припинення прав правонаступника і виникнення прав правонаступника [8–12].

Реєстрація ж динаміки правовідносин передбачає обов'язковість реєстрації та підстави такої динаміки, тобто, зокрема, операції з нерухомим майном. Зазначене дозволяє зробити висновок, що процедура державної реєстрації прав є найбільш універсальною і всеохоплюючою у тому сенсі, що її проведення робить зайвим здійснення державної реєстрації переходу цих прав і підстав такого переходу (юридичних фактів). Наявність державної реєстрації права на нерухомість означає також наявність зареєстрованого державою факту транзитивного або конститутивного придбання цих прав, а також зареєстрованої державою підстави такого придбання (зокрема, правочину). Державна реєстрація права виконує не тільки власну, призначену їй законодавством роль, але і у всіх випадках замінює державну реєстрацію правочинів і динаміки (переходу) прав — ось головна теза, що показує місце державної реєстрації прав на нерухомість в системі суміжних юридичних категорій [13].

Однією із нових концептуальних засад у регулюванні відносин у сфері державної реєстрації відповідно до Закону є відмова держави від здійснення державної реєстрації правочинів. Із положень ЦК України та ЗУ «Про оренду землі» виключені норми, які регулюють відносини, пов'язані з її проведенням.

Не слід залишати поза увагою і регулювання відносин, пов'язаних з моментом виникнення права на нерухоме майно. На відміну від існуючого ста-

ну, відповідно до якого ЦК України в залежності від способів набуття права власності на нерухоме майно по-різному визначає момент виникнення права власності на майно (з моменту державної реєстрації права власності на майно, з моменту державної реєстрації договору у державному реєстрі правочинів), на законодавчому рівні встановлено єдиний момент виникнення прав на нерухоме майно. Моментом виникнення прав на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, є момент їх реєстрації в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. У свою чергу, датою і часом державної реєстрації прав та їх обтяжень вважається дата і час реєстрації відповідної заяви в органі державної реєстрації речових прав на нерухоме майно.

Відповідно до п. 2 розділу I «Прикінцеві та перехідні положення» ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»» [14] державна реєстрація прав на нерухоме майно в порядку, визначеному ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», здійснюється з 1 січня 2013 року.

До 1 січня 2013 року державна реєстрація права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) проводиться територіальними органами земельних ресурсів.

З 1 січня 2013 року і до розмежування земель державної і комунальної власності та державної реєстрації права власності на такі земельні ділянки державна реєстрація права користування (сервітут), права постійного користування, договорів оренди, права користування для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), права забудови (суперфіцій) здійснюється без проведення державної реєстрації права власності (абз. 2 п. 3 та п. 4 Прикінцевих та перехідних положень ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України»» [15]).

Процедура проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (далі — державна реєстрація прав), перелік документів, необхідних для її проведення, права та обов'язки суб'єктів у сфері державної реєстрації прав, а також процедуру взяття на облік безхазяйного нерухомого майна врегульована Порядком державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 22 червня 2011 р. № 703, який набрав чинності з 1 січня 2012 року [16].

Відповідно до п. 36 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень до розмежування земель державної і комунальної власності та проведення органом державної реєстрації прав державної реєстрації права власності на такі земельні ділянки державна реєстрація права користування (сервітут), права постійного користування, договорів оренди, права користування для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), права забудови (суперфіцій) проводиться у спеціальному розділі Державного реєстру прав.

Державна реєстрація прав на нерухоме майно пов'язана із багатьма ризиками, тому додатковою умовою ефективного функціонування системи реєстрації прав на нерухомість має стати запровадження страхування ризиків, пов'язаних із помилками, махінаціями при реєстрації прав на нерухомість.

На сьогодні в практиці адміністративних судів вже розглядались спори за позовами суб'єктів господарювання проти державного підприємства Центр державного земельного кадастру при Державному комітеті України по земельних ресурсах (регіональних філій) про оскарження відмови здійснити державну реєстрацію договорів про надання земельних ділянок (договорів оренди, суперфіцію, емфітевзису), про визнання протиправною реєстрацію таких договорів тощо [17].

**Ключові слова:** цивільне право України, нерухоме майно, державна реєстрація прав.

*Статтю присвячено аналізу теоретичних засад правового регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, досвіду зарубіжного законодавства із зазначеного питання. У роботі досліджено поняття та сутність державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, узагальнено її розуміння в науці і практиці.*

*Стаття посвячена аналізу теоретических основ правового регулирования государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений, опыта зарубежного законодательства по этому вопросу. В работе охарактеризован исторический процесс становления и развития правового регулирования государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Исследованы понятия и сущность государственной регистрации прав на недвижимое имущество как официального признания и подтверждения государством фактов возникновения, перехода или прекращения прав на недвижимое.*

*The article is devoted to the analysis of the theoretical bases of legal regulation of the state registration immovable property's rights, development and experience of foreign law and its implementation. The thesis investigates the concept and nature of state registration, summarized its understanding of the science and practice.*

#### Література

1. Витрянский В. В. Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе // *Хозяйство и право*. — 2003. — № 6. — С. 3–19.
2. Сыродоев Н. А. Регистрация прав на землю и другое недвижимое имущество // *Государство и право*. — 1998. — № 8. — С. 90–97.
3. Бабкин С. А. Основные начала организации оборота недвижимости / С. А. Бабкин. — М.: Центр ЮрИнформ, 2001. — 190 с.
4. Халабуденко О. А. Имущественные права. Кн. 1. Вещное право / О. А. Халабуденко.

денко ; *Международ. независимый ун-т Молдовы.* — К., 2011. — С. 98–104.

5. *Зміни в системі державної реєстрації речових прав на нерухоме майно : роз'яснення Міністерства юстиції України від 27.05.2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0035323-11>.*

6. *Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України : Закон України від 11.02.2010 р. № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України.* — 2010. — № 18. — Ст. 549. — Ст. 141.

7. *Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 17.12.2010 // Офіційний вісник України.* — 2010. — № 94. — Ст. 3334.

8. *Грибанов В. П. Правовые последствия перехода имущества по договору купли-продажи в советском гражданском праве // Советское государство и право.* — 1955. — № 8. — С. 68.

9. *Советское гражданское право : учеб. пособие для студ. ВЮЗИ. Т. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев.* — М., 1955. — С. 254.

10. *Советское гражданское право : учеб. для юрид. ин-тов и фак. Т. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев.* — М., 1965. — С. 270.

11. *Толстой В. С. Исполнение обязательств / В. С. Толстой.* — М., 1973. — С. 168–173.

12. *Белов В. А. Правопреемство в связи с законодательной концепцией квалификации имущественных прав как объектов гражданских прав // Законодательство.* — 1998. — № 6. — С. 85–91.

13. *Белов В. А. Юридическая природа государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимостью // Консультант плюс.* — 2002. — № 84. — С. 24–27.

14. *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень : Закон України від 11 лют. 2010 р. № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України.* — 2010. — № 18. — Ст. 141.

15. *Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України : Закон України від 11 лютого 2010 р. № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України.* — 2010. — № 18. — Ст. 141.

16. *Порядок державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постановою Кабінету Міністрів України від 22 черв. 2011 р. № 703 // Офіційний вісник України.* — № 51. — С. 80. — Ст. 2035.

17. *Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами // Вісник господарського судочинства.* — 2010. — № 1.

**А. Арсенюк,**

здобувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ ТА СПОСОБИ ЇХ ВРЕГУЛЮВАННЯ

Як і будь-яке явище реальної дійсності, тим більше явище негативне, земельні спори виникають в силу певних причин. Причини виникнення земельних спорів криються в тих об'єктивних і суб'єктивних негативних факторах, які викликають різну оцінку між спірними сторонами при здійсненні суб'єктивного земельного права або виконання відповідних обов'язків. Причини можуть коренитися в різних сферах життя суспільства: політичній, економічній, соціальній та ін. Головний фактор активізації конфліктів у галузі земельних відносин останнім часом — це процеси реформування земельних правовідносин, які є частиною зміни всіх правовідносин в українському суспільстві. На підставі різноманіття і рівності усіх форм власності та всіх форм господарювання виникли нові земельні спори, віднесені до компетенції суду.

Крім цього, основними причинами виникнення земельних спорів можна назвати наступні:

1. Історична та економічна причина. Так, у 1991 році було утворено нову державу — Україну, відбулася зміна загальної ситуації в економічній сфері, в результаті необхідності реформування правовідносин, в тому числі і земельних правовідносин, на зміну плановій економіці прийшла ринкова. Оскільки в радянський період була введена монополія власності на землю і єдиним власником землі була держава, то про земельні спори радянського періоду можна говорити лише у вузькому значенні цього слова [1], так як однією стороною спору завжди був СРСР, а самих сутичок у галузі земельних відносин було значно менше. Земельна реформа 90-х років, як і реформування в країні в цілому,

відбувалася за допомогою законотворчого процесу, результатом якого стала практично повна зміна законодавства. Земля стає об'єктом цивільного обігу, і, як наслідок, збільшується кількість і види суб'єктів земельних відносин — з'являються нові — власники землі, землекористувачі, орендарі, особи, що ведуть фермерське господарство, та ін., а значить, і їх розбіжності з приводу землі. Ось чому історична і економічна причина так тісно зв'язані між собою.

2. Недоліки в чинному законодавстві та правозастосовній діяльності. Суперечливість і неповнота деяких законодавчих актів виступають причинами помилок у правозастосовній практиці. Так, наприклад, якщо до 1 січня 2013 року формуванням земельної ділянки і реєстрацією прав на неї займалися органи земельних ресурсів, то нині ці функції законодавець розділив. Внесення інформації про межі земельних ділянок, технічні характеристики останніх, склад ґрунтів, цільове призначення здійснюють органи земельних ресурсів, права ж на земельну ділянку реєструє Державна реєстраційна служба або нотаріуси в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Державний земельний кадастр (далі — ДЗК) і реєстр речових прав на нерухоме майно запрацювали. Вбачаємо у цьому позитив як для землевласників, так і для власників прав на інше нерухоме майно, але зауважимо, що проблем як в одних, так і в інших на даному етапі побільшало. Так, ДЗК наразі містить багато «накладок» меж земельних ділянок. Оскільки земельні ділянки, які натепер ще не мають кадастрових номерів, у ДЗК не внесені, можна спрогнозувати, що такі «накладки» виникатимуть не в кілька

метрів, а в кілька власників на одну й ту саму ділянку. Порядок виправлення технічних помилок у відомостях ДЗК та Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно закріплено в ст. 37 Закону України «Про Державний земельний кадастр» [9] й у ст. 27 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [8]. Однак зазначені закони не містять тлумачення поняття «технічна помилка». Вказане буде неможливо виправити лише в рамках даних законів. У такому випадку для поновлення своїх порушених прав власникам земельних ділянок доведеться звертатися до суду. І такі спори є неминучими [11].

3. Недоліки в доведенні змісту нових прийнятих нормативно-правових актів до суб'єктів земельних відносин. Наприклад, несвоєчасне надходження відомостей про зміни в законодавстві неминуче породжує необґрунтовані конфлікти між тими, хто своєчасно дізнався про ці зміни, і між тими, хто не дбає про знайомство з внесеними в законодавство змінами.

4. Недоліки в роботі посадових осіб державного апарату: бюрократизм, тяганина, корупція, недостатня кваліфікація працівників державного апарату та ін. Так, часто судові рішення сторони отримують із затримкою, а постанови чи ухвали не завжди юридично грамотні та обґрунтовані. Їх виконання також затягується, що призводить до того, що сторони взагалі можуть втратити інтерес до конкретної справи в силу обставин, що змінилися.

Особливо гостро стоїть проблема корупції. Загальновідомі випадки надання земельних ділянок у власність, оренду «обраним» господарюючим суб'єктам на умовах, не вигідних для держави або які суперечать публічним інтересам. Часом чим більшу привабливість являло собою публічне майно, тим найменш раціональні і дохідні способи розпорядження ним практикувалися [3]. Найчастіше земельні ділянки в цьому випадку надаються з порушенням встановлених процедур (у тому числі правил зміни дозволеного використання земельних ділянок), прав

і законних інтересів інших учасників земельних відносин.

5. Недобросовісна поведінка окремих суб'єктів земельних правовідносин. Так, на сучасному етапі зростання земельних спорів спостерігається у зв'язку з необґрунтованим вилученням земель сільськогосподарського призначення для цілей житлового, промислового будівництва та т. п. Це пов'язано з бурхливим розвитком промислового будівництва, транспортних, енергетичних мереж. У великих містах в якості однієї з причин виникнення земельних спорів можна назвати «точкову забудову» — будівництво нових будівель або споруд в історично сформованому мікрорайоні. На даний час «точкова забудова» сприймається як відхилення від загального містобудівного плану. Потреба в ній, як правило, не виправдана інтересами громадян і виникає, перш за все, з прагнення інвестора (будівельної фірми) отримати додатковий прибуток — не треба витратити кошти на комунікації (водопостачання, енергозабезпечення), мається полегшений доступ на будівельний майданчик. Подібна орієнтованість різних інвесторів на отримання додаткового прибутку найчастіше пов'язана з порушенням земельних прав інших осіб, в тому числі із самовільним захопленням належних їм земельних ділянок. Особливо гостро стоїть проблема самовільного захоплення земельних ділянок центральних районів великих міст, в яких земля має підвищену цінність. У прагненні отримати понадприбуток окремі інвестори часто йдуть на самовільне розширення площі будівництва, захоплюючи при цьому землі загального користування (парків, скверів тощо).

На жаль, незаконне захоплення земельних ділянок регулярно супроводжується знищенням об'єктів культурної спадщини. У переважній більшості випадків в якості причини цього послужило бажання окремих забудовників захопити земельні ділянки, з подальшим зведенням на звільненому просторі великих адміністративно-торговельних центрів.

6. Серед основних причин виникнення земельних спорів можна також на-





вдосконалювати аналітичну роботу, обговорювати не тільки допущені помилки, а й визначені правові позиції вищестоящих судів в ухвалюваних ними судових рішеннях при апеляційному та касаційному перегляді справ.

Так, ще в 1977 р. М. П. Єлізаров виділяв такі види діяльності (заходи) суду щодо попередження правопорушень і як наслідок — правових спорів: перевірка роботи судів; узагальнення судової практики; вдосконалення кваліфікації суддів за рахунок керівництва їх практикою іншими, більш підготовленими, суддями; винесення судами окремих ухвал; вивчення чинного законодавства та правова пропаганда [4].

О. М. Величко відзначає, що суд є суб'єктом спеціального попередження правопорушень (злочинів) в силу наявності повноважень, спрямованих на їх попередження (виявлення причин і умов, що сприяли їх вчиненню; винесення окремих ухвал), а також змісту застосовуваних профілактичних заходів (статистико-аналітична робота та узагальнення судової практики; участь суду у правовій пропаганді серед населення; координація профілактичної діяльності суду з діяльністю інших суб'єктів попередження правопорушень) [2].

А. А. Шпенюв виділяє наступні форми (заходи) попередження судами правопорушень: судовий розгляд спору по конкретній справі, належним чином підготовлений та проведений з дотриманням усіх вимог закону, в тому числі з дотриманням строків розгляду справи, і як результат винесення законного та обгрунтованого судового рішення; проведення процесів по найбільш актуальних справах з виїздом на підприємства; винесення і оголошення в судовому засіданні окремої ухвали; повідомлення керівництва регіонів про порушення вимог законів та інших нормативно-правових актів; направлення відповідної інформації про правопорушення до органів внутрішніх справ, прокуратури; узагальнення судової практики та аналіз статистичних показників; участь голів судів у нарадах з розробки заходів по боротьбі з правопорушеннями; про-

ведення суддями експертизи проектів законів та інших нормативних актів, що розробляються в регіонах; запрошення представників ЗМІ на судові засідання по найбільш актуальних справах; виступ суддів з правових питань на місцевих радіо та телебаченні; публікації суддів на правові теми в газетах і журналах; проведення суддями семінарів для широкої аудиторії [12].

Дійсно, одним із способів профілактики земельних спорів служить висвітлення діяльності судів по розгляду даної категорії справ у засобах масової інформації та по телебаченню, їх належна правова оцінка. Так, в Україні діє Закон «Про доступ до судових рішень», який визначає порядок доступу до судових рішень (судових наказів, постанов, вироків, ухвал) з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства. Також Законом регулюються відносини щодо ведення Єдиного державного реєстру судових рішень, що являє собою автоматизовану систему збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень [10]. Також часто результати резонансних справ по розгляду земельних спорів публікуються на офіційному веб-порталі «Судова влада в Україні» [7].

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що об'єктивне вирішення земельних спорів значною мірою залежить від рівня професіоналізму особи, що здійснює правосуддя (судді), дотримання правової форми процесу й від повноти правового регулювання зазначених правовідносин, визначених ним юридичних можливостей особи щодо реалізації та захисту порушених земельних прав та обов'язків. Тому земельно-правове регулювання може виступати стимулюючим каталізатором вирішення земельних спорів або ж, навпаки, створювати консервативні тенденції й обмеження суб'єктивних можливостей різних осіб відносно звернення за захистом своїх земельних прав та здійснення їх в юрисдикційному процесі.

**Ключові слова:** земельна ділянка, земельний спір, конфлікт, захист.

Статтю присвячено дослідженню найбільш поширених причин виникнення земельних спорів в Україні, вказуються основні проблеми, які сприяють їх зростанню, та обґрунтовується позиція, що в профілактиці земельних спорів відіграє важливу роль збалансована діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади.

Стаття посвящена исследованию наиболее распространенных причин возникновения земельных споров в Украине, указываются основные проблемы, которые способствуют их росту, и обосновывается позиция, что в профилактике земельных споров играет важную роль сбалансированная деятельность органов законодательной, исполнительной и судебной власти.

The article studies the most common causes of land disputes in Ukraine, indicates major problems that contribute to their growth and substantiates the importance of preventing land disputes by balancing the activities of legislative, executive and judicial powers.

#### Література

1. Алексеева Н. А. Правовые проблемы применения норм земельного права при разрешении земельных споров в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Н. А. Алексеева. — М., 2010. — 195 с.
2. Величко А. Н. Деятельность суда по предупреждению преступлений : дис. ...

канд. юрид. наук / А. Н. Величко. — Тюмень. 2006. — С. 8.

3. Винницкий А. В. Противодействие коррупции в сфере управления публичной собственностью // Законность. — 2009. — № 6.

4. Елизаров Н. П. Предупреждение и устранение нарушений гражданского законодательства областным (краевым) судом / Н. П. Елизаров. — М. : Юрид. лит., 1977. — С. 4–10.

5. Ерофеев Б. В. Земельное право России : учебник / Б. В. Ерофеев ; отв. ред. Н. И. Краснов. — 9-е изд., перераб. — М. : Юрайт-Издат, 2004. — С. 409–411.

6. Земельне право України : підручник / за ред. О. О. Погрібного та І. І. Каракаша. — Вид. 2-ге, переробл. і допов. — К. : Істина, 2009. — С. 280–282.

7. Офіційний веб-портал «Судова влада в Україні» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://court.gov.ua>.

8. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 лип. 2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 553.

9. Про Державний земельний кадастр : Закон України від 7 лип. 2011 р. № 3613-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 8. — С. 348. — Ст. 61.

10. Про доступ до судових рішень : Закон України від 22 груд. 2005 р. № 3262-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 15. — С. 585. — Ст. 28.

11. Сахарова Ю. «Громадяни мають бути готові: візит до нотаріуса займе цілий день» [Електронний ресурс] // Закон і бізнес. — 2013. — 16–22 лют., № 7. — Режим доступу : <http://www.zib.com.ua>.

12. Шпенев А. А. Арбитражные суды и предупреждение правонарушений в сфере экономики // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 5. — С. 73–77.

**К. Бусол,**

аспірант кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ЗАХИСТ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ У РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Природа сучасних збройних конфліктів трансформується швидше, аніж їх відповідне міжнародно-правове регулювання. Аби певні питання, зокрема захист культурних цінностей, не лишались частково невирішеними, розвивається тенденція регулювання їх різних аспектів іншими галузями міжнародного права.

Вивченням регулювання захисту об'єктів культури різними галузями займалися О. Бен-Нафтالی, О'Кіф, К. Свіранські, Ф. Франціоні.

Мета статті — з'ясувати галузі міжнародного права, які на сьогодні прямо чи опосередковано впливають на захист культурних цінностей, а також проаналізувати їх основні норми з даного питання.

На сьогодні у міжнародному праві усе частіше озвучується думка, що деякі його сфери, зокрема міжнародне право прав людини, стають всеохоплюючими, і вже важко повністю розмежувати окремі їх елементи [1, 591]. Так, міжнародна та національна судова практика іде до захисту права на належний рівень життя (right to housing) [2, § 180; 1, 599] чи права на належний медичний догляд (right to health) [3, § 5; 4, §16] через визнання порушення права на життя.

Франческо Франціоні, професор Інституту Європейського університету (Флоренція, Італія), у своїй статті «Людський вимір міжнародного культурного права: Вступ» підсумував результати роботи симпозіуму Європейського журналу з міжнародного права, присвяченого сучасному правовому захисту культурних цінностей. Статтю він починає обґрунтуванням неадекватності двостороннього підходу до збереження культурних цінностей — культурного

націоналізму й інтернаціоналізму, — запропонованого професором Дж. Меріманом. Франціоні справедливо та логічно доводить, що у сучасних геополітичних і правових реаліях інститут захисту об'єктів культури стає наскрізним. У розрізі права міжнародної безпеки, міжнародного гуманітарного та кримінального права Ф. Франціоні наводить три основні вектори розвитку їх «культурних» аспектів [5, 8]:

1) визнання нападів на культурні об'єкти міжнародними злочинами, зокрема воєнними злочинами (ст. 8.2.b.ix, ст. 8.2.e.iv Римського статуту Міжнародного кримінального суду) та злочинами проти людяності (ст. 7.1.h Римського статуту Міжнародного кримінального суду, п. d ст. 3 Статуту Міжнародного трибуналу по колишній Югославії) [6, § 233; 7, § 703–704; 8, § 207]. Так, судова палата Міжнародного трибуналу по колишній Югославії у справі Prosecutor v. Kordic and Cerkez підтвердила, що знищення культурних, релігійних і освітніх пам'яток, яке може бути порушенням звичаїв ведення війни [9, § 206], також може становити факт переслідування для констатації злочину проти людяності [9, § 207]. Такі кодифікація і практика міжнародного кримінального права визнає близькість культурного аспекту та індивіда не лише у сфері встановлення індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародний злочин. Вони, перш за все, визнають важливість культурного компонента для кожної особи та спільноти — народу, людства — зокрема. Звідси і визнання можливості скоєння злочинів проти людяності з «культурних» мотивів чи «культурними» методами;



несення фокусу із захисту об'єктів культури на захист соціальних структур та культурних процесів, які створили і розвинули цей «нематеріальний» спадок» [5, 14]. На думку дослідника, з якою важко не погодитись, у випадку Конвенції 2003 р. держави лишаються договірними сторонами та гарантами її виконання, але основними дестинаторами та бенефіціаріями інструменту є культурні спільноти та групи людей [5, 14]. Таку саму аргументацію Ф. Франціоні застосовував і в розглянутому аналізі Преамбули Гаазької конвенції 1954 р., де роль держав також почала зводиться до функцій гаранта-посередника [5, 11]. Можна сміливо припустити, що Конвенція 2003 була однією з важливих предтеч першого, хоча і необов'язкового міжнародно-правового акта щодо статусу корінних народів — спільнот, для яких особливо важливі колективні, зокрема, культурні права.

Міжнародний суд ООН підтримав тезу про взаємопроникність питань культурної спадщини та прав людини у спорі про навігаційні та інші права між Коста-Рікою та Нікарагуа [5, 12]. Суд постановив, що культурні традиції рибальства місцевого корінного населення є складовою їх права на збереження натурального господарства [5, 12].

Практика держав та інших міжнародних організацій також підтверджує взаємопроникність різних галузей міжнародного права, особливо міжнародного права прав людини, міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права. Так, у своїй доповіді від 1993 р. щодо ситуації у колишній Югославії Спеціальний доповідач Комісії ООН з прав людини наголосив, що «масові порушення прав людини та норм гуманітарного права» вчинялись «умисно задля досягнення етнічного одноманіття» [17, § 16–17; 18, 801–802]. Для «етнічної чистки застосовувались різні методи», зокрема «знищення мечетей» [там само]. У звіті від 1997 р. Спеціальний доповідач Комісії ООН з прав людини в Афганістані засудив практику розкрадання афганської культурної спадщини і назвав її порушенням

законів ведення війни. Транспортування таких артефактів, за словами Спеціального доповідача, є порушенням норм Конвенції ЮНЕСКО про заходи, спрямовані на боротьбу та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності та національних законодавств держав, залучених до такого транспортування [19, § 117, 131]. У Кодифікації норм звичаєвого міжнародного гуманітарного права її укладачі, Ж.-М. Хенкерст і Л. Досвальд-Бек, зробили акцент на тому, що згадана доповідь визнавала, що мовчазне схвалення урядами та музеями таких дій із незаконного переміщення афганських артефактів може становити «культурний геноцид» чи «геноцид культурних прав» афганського народу [18, 802].

Дані формулювання, на нашу думку, не слід одразу нарікати неправовою риторикою. Своїм зверненням до поняття «культурний геноцид» Спеціальний доповідач не хотів створювати нову термінологію в міжнародному праві чи, тим паче, викликати нову хвилю дебатів щодо неї. Таке формулювання є влучною кон'юнктурною ілюстрацією критичної ситуації з культурною спадщиною Афганістану і не тільки — Спеціальний доповідач не просто підкреслив цю гостроту, а й наголосив на безпосередньому зв'язку культурного компонента з правами людини і колективними правами народу, а не лише із правом війни, як вважалося і складалось упродовж історії.

Таким чином, зважаючи на повільність впровадження нових радикальних положень у таких галузях, як міжнародне гуманітарне право, і обережність держав у їх прийнятті, вже давно існує практика захисту об'єктів культури негайно. Елементи регулювання поведінки і до доступу до артефактів є і в міжнародному кримінальному праві, і в праві міжнародної відповідальності, і в міжнародному праві прав людини.

**Ключові слова:** культура, міжнародне право, міжнародне право прав людини.

Стаття присвячена аналізу положень щодо захисту культурних цінностей у різних галузях міжнародного права — міжнародному кримінальному праві, праві міжнародної відповідальності та міжнародному праві прав людини. Особлива увага приділяється зв'язку між культурними правами та захистом об'єктів культури.

Стаття посвящена аналізу положень по защите культурных ценностей в разных отраслях международного права — международном уголовном праве, праве международной ответственности и международном праве прав человека. Особое внимание уделяется связи между культурными правами и защитой культурных объектов.

The article analyses cultural property protection within different fields of International Law — International Criminal Law, the Law of State Responsibility and International Human Rights Law. Particular attention is paid to the connection between cultural rights and objects protection.

#### Література

1. Lixinski L. *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law* // *The European Journal of International Law*. — 2010. — Vol. 21, N 3.
2. *Case of the Sawhoyataxa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006, Inter-Am. Ct. H.R., Series C No. 146.
3. *General Comment No. 06: The right to life (art. 6): 30.04.1982*. CCPR General Comment No. 6. (General Comments).
4. *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Ors v State of West Bengal & Anor* (1996) AIR SC 2426 / (1996) 4 SCC 37.
5. Francioni F. *The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction* // *The European Journal of International Law*. — 2011. — Vol. 22, N 1.
6. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Case No IT-95-14-T, 3 March 2000*.

7. *Prosecutor v. Duško Tadić, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Case No IT-94-1-T, 7 May 1997*.
8. *Prosecutor v. Milan Milutinović, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Case No IT-05-87-T, 26 February 2009, para 207*.
9. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez, ICTY Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001*.
10. Ben-Naftali O. *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* / O. Ben-Naftali. — New York : Oxford University Press, 2001.
11. *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. The Hague, 14 May 1954. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/400>.
12. Sandorz Y. *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* / Y. Sandorz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann. — Geneva : Martinus Nijhoff Publishers, 1987. — 1625 с.
13. *Northern Ireland Assembly. Heritage and Cultural Rights: International Standards* [Електронний ресурс]. — 23 с. — Режим доступу : <http://www.niassembly.gov.uk/researchandlibrary/2011/2611.pdf>.
14. Загальна декларація прав людини [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
15. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042).
16. Мартыненко И. Конвенции ЮНЕСКО по защите культурного наследия: проблемы реализации в национальное законодательство // *Університетські наукові записки*. — 2007. — № 2. — С. 386–395.
17. *UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Report, UN Doc. E/CN.4/1993/50, 10 February 1993*.
18. Henckaerts J.-M. *Customary International Humanitarian Law*. Vol. II / J.-M. Henckaerts. — New York : Cambridge University Press, 2005. — 4411 p.
19. *UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan, Final report, UN Doc. E/CN.4/1997/59, 20 February 1997*.

**Н. Лужецька,**

здобувач кафедри державного управління і місцевого самоврядування  
ОРИДУ НАДУ при Президентіві України

## **СУЧАСНИЙ СТАН БОРТЬБИ З НАРКОМАНІЄЮ: МЕДИЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ**

Актуальність розгляду проблемних питань боротьби з поширенням наркоманії є надзвичайно важливим з огляду на те, що вживання наркотичних засобів та психотропних речовин приводить до погіршення здоров'я нації і підвищення рівня захворюваності населення на особливо небезпечні хвороби, зокрема ВІЛ-інфекції/СНІД, туберкульоз, а також до загострення соціальних проблем (жорстоке та недбале ставлення до дітей, збільшення кількості дорожньо-транспортних пригод, нещасних випадків на виробництві, зниження продуктивності праці). За оцінками експертів, в Україні споживачами ін'єкційних наркотиків є близько 332 500 (278 000—387 000) осіб [1]. Показник поширеності ВІЛ у цій групі сягає 21,5 %.

В останні роки спостерігається швидке зростання наркоманії та її омоложення. У коло споживачів наркотиків втягується досить значна кількість молоді та підлітків. Наркоманія — це хворобливий психічний стан, зумовлений систематичним вживанням у немедичних цілях шляхом ковтання, вдихання або ін'єкцій деяких лікарських або інших речовин (природних або штучних), що супроводжується звиканням і непереборним потягом до постійного поновлення їх прийому з метою отримання специфічних переживань, різних біо- і психотропних ефектів, а також для полегшення психічного або фізичного стану за їх відсутності. У цьому разі визначається зміна поведінки і особистості споживача. Всі різновиди наркоманії об'єднані загальними причинами появи розвитку, перебігу і наслідку. Слово «наркоманія» походить від грецьких слів *narke* — заціпеніння, сон, і *mania* — божевілля, пристрасть, потяг. У цих термі-

нах є коротке пояснення стану, до якого потрапляє той, хто приймає наркотики, а також наслідки їх прийому.

Проблема глобального поширення наркоманії є однією з найгостріших у системі забезпечення національної безпеки держави.

Високий рівень сучасного поширення наркоманії зумовлює у сучасних заходах протидії новітніх засобів правового, медичного, організаційного, економічного, педагогічного та психологічного характеру.

Питанням боротьби з наркоманією в сучасних умовах були присвячені праці вчених-юристів Ю. В. Бауліна, В. І. Борисова, В. О. Глушкова, А. П. Закалюка, О. В. Козаченка, М. І. Мельника, Н. А. Мірошніченко, А. А. Музики, М. І. Панова, О. І. Рощина, В. І. Шакуна, науковців медичного профілю В. С. Бітенського, О. І. Мінко, А. М. Вієвського, С. В. Дворяка та ін.

Мета даної статті — проаналізувати правові та медичні аспекти сучасного стану боротьби з наркоманією в Україні.

Сьогодні наркоманія є світовою проблемою, вона присутня на всіх континентах і демонструє тенденцію до неухитного зростання. Небезпечність проявів наркоманії (токсикоманії) полягає в тому, що вона дуже швидко і безповоротно руйнує фізичне і моральне здоров'я людини: смерть здебільшого настає через кілька років (іноді місяців) інтенсивного вживання засобів, але цьому передують деградація особи, відмова від суспільно корисної праці, психічна нестійкість, порушення статевої сфери, втрата пам'яті, тероризування рідних і знайомих тощо. Крім того, наркоманія тісно пов'язана із злочинністю, адже



вона є однією з найтяжчих складових фонових явищ.

Взаємозалежність наркоманії і злочинності неминуче виявляється у протиправних діях наркоманів:

— злочинах, які вони вчиняють під безпосереднім впливом наркотиків (психотропних речовин) на організм вбивства, тілесні ушкодження, хуліганство тощо;

— злочинах з метою заволодіння наркотиками або грошима для їх придбання — крадіжки, грабїж, розбїй;

— діях, пов'язаних з розповсюдженням наркотиків.

Немедичне вживання наркотиків призводить до численних самогубств, побутового і виробничого травматизму, безпосередньої смерті від надмірності доз вживаних засобів, від якого щорічно гинуть до 900 осіб. Багато наркоманів, що вживають опіати, хворі на гепатит, значна кількість на СНІД і сифіліс.

Група експертів ВООЗ визначила наркоманію як «стан епізодичного або хронічного отруєння, викликаний багаторазовим введенням наркотика» [2].

Комітет експертів ВООЗ розрізняє в наркоманії як хворобі два стани — залежність та звикання.

Психічна залежність — це форма взаємовідносин між наркотиком і особистістю, і ці взаємовідносини залежать як від специфічності ефекту наркотика, так і від потреб особистості, котрі цей наркотик задовольняє. Чим швидше наркотик задовольняє ці потреби та викликає очікуваний емоційний стан, тим складніше перебороти звичку вживання цього наркотика. В умовах сильної психічної залежності позитивний психологічний стан особистості залежить тільки від того, чи є наркотик під рукою. Врешті-решт він стає необхідною умовою нормального стану особистості. У випадку відсутності наркотика людина страждає, і щоб виправити настрій або поліпшити стан, наркоман намагається знайти його за будь-яку ціну. Відсутність наркотика, до якого людина звикла і від якого стала психологічно залежною, може найдраматичнішим чином вплинути на все його життя. Пот-

реба в наркотиках стає найголовнішою в житті наркомана, він перестає виконувати свої обов'язки, кидає сім'ю і друзів, концентруючи всі свої інтереси на добуванні та вживанні наркотиків. Психічна залежність, згадки про приємні відчуття є головними факторами, пов'язаними з хронічним отруєнням психотропними наркотиками, а в окремих випадках ці фактори можуть бути єдиними.

Фізична залежність — це стан адаптації, який виражається в явних порушеннях фізіології у випадку припинення вживання наркотиків. Це явище перебуває в безпосередньому зв'язку з фармакологічною дією наркотика на живу клітину. Класичною ознакою виникнення фізичної залежності є поява абстинентного синдрому, який фактично свідчить про «наркотичний голод». Абстинентний синдром характеризується низкою проявів у психічній та фізичній сферах, специфічних для кожного окремого виду наркотика. Цей стан полегшується або зникає після введення того самого наркотика або речовини, яка має такі ж психофармакологічні властивості.

Звикання — толерантність є адаптаційним станом, проявляється в зниженні інтенсивності реакції організму на ту саму кількість наркотика, або виникає потреба в збільшенні дози для досягнення ефекту, котрий раніше досягався при дії меншої кількості того самого наркотика.

*Залежність* характеризують:

- сильне бажання або непереборна потреба (нав'язливий стан) подальшого прийому наркотика, а також спроби отримати його за будь-яку ціну;
- тенденція збільшення дозування через розвиток залежності;
- психічна (психологічна або емоційна) залежність від ефекту наркотика;
- згубні наслідки для особистості і суспільства.

*Звикання* характеризують:

- бажання подальшого прийому наркотика з метою поліпшення настрою;
- незначна тенденція (або її відсутність) до збільшення дозування;
- деякий ступінь психічної залежності від ефекту наркотика, але відсутність

фізичної залежності (відсутність абстинентного синдрому);

- негативні наслідки стосуються тільки особистості наркомана.

Усі наркотики за походженням можна розділити на дві групи — природні і синтетичні. Що ж таке наркотик? Наркотиком вважається кожна речовина рослинного чи синтетичного походження, яка при введенні в організм може змінити одну чи декілька функцій та внаслідок багаторазового вживання призвести до психічної або фізичної залежності.

Відчути дію наркотику і не втягнутись неможливо. У переважній більшості випадків лікування наркоманії зводиться до госпіталізації хворого, позбавлення його можливості приймати наркотики, проведення дезінтоксикаційної і загально зміцнювальної терапії. Перераховані заходи зменшують прояви абстинентного синдрому, руйнують фізичну залежність. Однак психічна залежність, що відіграє в розвитку наркоманії найважливішу роль, залишається поза досяжністю для існуючих сьогодні психотерапевтичних заходів, побудованих відповідно до традиційного психіатричного підходу.

Сформована в медицині (психіатрія і клінічна психологія) традиція зв'язувати вживання наркотиків і зловживання ними з якими-небудь психопатологічними процесами в індивідуумах лише консервує наркотичну проблему [3].

Викликання у хворого відрази до прийнятого засобу, коли він знаходиться в стані гіпнозу і під час вироблення негативного рефлексу на речовину, якою зловживає, виявляється малопродуктивним методом руйнування психічної залежності. Таким чином, чисто медичний підхід до наркоманії виявляється неефективним ні в плані лікування і реабілітації, ні тим більше в плані профілактики.

Тому ефективну протидію розповсюдженню вживання наркотиків може забезпечити лише комплексний підхід, в якому має бути поєднано вирішення двох головних проблем: з одного боку, забезпечення належного рівня законо-

давчого регулювання обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, а з другого — створення ефективної системи протидії розповсюдженню наркоманії.

Новітня державна політика України щодо запобігання та протидії наркотикам активно формується та втілюється в низці нещодавно прийнятих нормативно-правових актів:

1. Концепція реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів на 2011–2015 роки та плани заходів щодо її виконання.

2. Концепція створення системи моніторингу ситуації у сфері протидії незаконному обігу наркотиків, психотропних речовин і прекурсорів.

3. Стратегія державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року.

Зокрема, стратегія визначає сутність та сучасні напрями державної політики щодо наркотиків, що формується на засадах інтегрованого і збалансованого підходу до зменшення обсягу пропонування наркотиків, що знаходяться в незаконному обігу, та зниження попиту на них, подолання наркоманії як небезпечного соціального явища. Ситуація, що склалася сьогодні у сфері обігу наркотиків, спричинена загальним високим рівнем вживання їх особами не за медичним призначенням, що становить 33 особи на 10 тис. населення (у 2003 році — 21 особа); активізацією діяльності міжнародних наркосиндикатів та здійснення транзитного переміщення наркотиків територією України.

У нашому суспільстві до останнього часу надавали перевагу силовим стереотипам розв'язання проблеми, пов'язаної з вживанням наркотиків, що негативно позначалося на правах хворих людей. Саме цим, зокрема, зумовлена наявність проблем, пов'язаних із забезпеченням доступу пацієнтів до наркотичних лікарських засобів, проявами в суспільстві стигматизації та дискримінації наркоспоживачів, особливо ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД, а також тенденцією підміни протидії наркозлочинності



товлений з опію препарат, який являє собою безколірні кристали, що погано розчиняються у воді. Героїн — дуже сильний наркотик, що виготовляється з морфію; у 10 разів сильніший за морфій і у 20 — за опій. Кокаїн — дрібні кристали білого кольору, отримані з листя однієї з південноамериканських рослин (кокаїновий кущ). Кока лист — лист кокаїнового куща, за винятком листя, з якого видалено весь екгонін, кокаїн та інші наркотичні активні алкалоїди.

Психотропні речовини — це включені до Переліку речовини природного чи синтетичного походження, препарати природні матеріали, які здатні викликати стан залежності та чинити депресивний або стимулюючий вплив на центральну нервову систему або викликати порушення сприйняття, або емоцій, або мислення, чи поведінки і становлять небезпеку для здоров'я населення у разі зловживання ними. До них належать, наприклад, ЛСД, мескалін, тетрагідроаннабінол. Зловживання психотропними речовинами спричиняє захворювання на токсикоманію. До наркотичних засобів і психотропних речовин належить значна кількість лікарських препаратів. Підчас проведення досліджень по створенню нового фармацевтичного препарату, як правило, визначається і вивчається низка продуктів, що мають подібні властивості, але дещо відрізняються за своєю молекулярною структурою. Це так звані аналоги.

Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин — це заборонені до обігу в Україні речовини природного чи синтетичного походження, не включені до Переліку, хімічна структура і властивості яких подібні до хімічної структури і властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію котрих ці речовини відтворюють.

Наркотичні засоби і психотропні речовини, за обігом яких встановлено національний і міжнародний контроль, визначаються за міжнародними назвами та хімічними формулами. Водночас їхні аналоги, які мають подібні властивості, не затверджуються як наркотичні засоби чи психотропні речовини міжнарод-

ними конвенціями ООН і не використовуються в торгівлі. А тому в багатьох випадках дії з ними не контролюються ані національним законодавством, ані міжнародними договорами у сфері боротьби з розповсюдженням наркотиків. На території України заборонено обіг аналогів наркотичних засобів або психотропних речовин.

Прекурсори — це речовини та їх солі, що використовуються при виробництві, виготовленні наркотичних засобів і психотропних речовин, включених до Переліку (зокрема, етиловий ефір, ацетон, ефедрин; ангідрид оцтової кислоти, соляна і сірчана кислоти).

Об'єктивна сторона злочину ст. 307 КК описана як вичерпний перелік альтернативних форм злочинної поведінки, а саме незаконні: 1) виробництво; 2) виготовлення; 3) придбання; 4) зберігання; 5) перевезення; 6) пересилання; 7) незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин — це дії, пов'язані з серійним одержанням наркотичних засобів та/або психотропних речовин із хімічних речовин та/або рослин [6].

Оскільки обіг аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин на території України взагалі заборонено, тобто не існує їх законного виробництва, виготовлення тощо, то недоречним здається згадування у ст. 307 КК про незаконні дії з ними.

Під виробництвом і виготовленням наркотичних засобів або психотропних речовин слід розуміти не сам технологічний процес, а отримання готового для вживання засобу (речовини), що має здатність привести у стан ейфорії, наркотичного чи токсичного сп'яніння, зняти абстинентний синдром. Сам же процес виробництва (виготовлення) наркотиків слід розцінювати як замах на вчинення цього злочину, а придбання, наприклад, фармацевтичних препаратів, що містять наркотичні субстанції (але не віднесені до наркотичних засобів чи психотропних речовин), для їх

наступної переробки — як готування до злочину.

Придбання наркотичних засобів або психотропних речовин — це їх купівля, отримання в обмін на інші товари і речі, у вигляді позички, дарунка, нагороди, сплати боргу, привласнення знайденого, збирання (лише щодо наркотиків) дикоростучих конопель і маку (їх частин), а також післяжнивних залишків неохоронюваних посівів наркотиковмісних рослин, відходів виробництва, які містять наркотичні речовини, тощо. Отже, придбання зазначених предметів може бути як сплатним, так і безплатним,

Зберігання — це будь-які умисні дії, пов'язані з незаконним перебуванням наркотичних засобів або психотропних речовин у володінні винної особи. При цьому не має значення тривалість зберігання і те, таємно чи відкрито і в якому саме місці зберігаються ці засоби чи речовини. Зберігання наркотичних засобів або психотропних речовин належить до триваючих злочинів.

Під незаконним збутом розуміються будь-які способи сплатного чи безплатного розповсюдження наркотичних засобів або психотропних речовин серед невизначеного кола осіб (продаж, дарування, обмін, сплата боргу, позичання, за певних умов — введення наркотику чи психотропної речовини його володільцем іншій особі шляхом ін'єкцій, пригощання цигарками, які містять наркотик, тощо). Незаконний збут передбачає відчуження цих засобів чи речовин іншій особі, яка може розпоряджатися ними (або їх частиною) як своїм майном.

Якщо наркотичний засіб чи психотропна речовина були виготовлені для збуту, а особа не встигла здійснити останнє, вона має нести відповідальність за виготовлення з метою збуту наркотичного засобу чи психотропної речовини. Одночасне виготовлення наркотиків для себе і для збуту охоплюється ст. 307 КК, якщо їх предметом є один і той же наркотичний засіб (психотропна речовина). Якщо ж один вид наркотичного засобу (психотропної речовини) виготовляється для збуту, а інший — для особистого вживання, має місце сукуп-

ність злочинів, передбачених ст. ст. 307 і 309 КК.

Суб'єктом злочинів, передбачених ст. ст. 307, 309 КК, може бути будь-яка осудна або обмежено осудна особа, яка досягла 16 років.

Суб'єктивна сторона злочинів ст. ст. 307 і 309 КК характеризується прямим умислом. У ст. 307 КК додатковою ознакою є мета збуту при виробництві, виготовленні, придбанні, зберіганні, перевезенні чи пересиланні особою наркотичних засобів або психотропних речовин. Про умисел на збут наркотичних засобів або психотропних речовин можуть свідчити як відповідна домовленість з особою, яка придбала чи виготовила ці засоби або речовини, так і сукупність інших обставин: їх великий або особливо великий розмір, упаковка та розфасовка, наявність сировини для їх виготовлення тощо. А за ст. 309 КК встановлення мети збуту не потрібно, тому що частіше за все особа виробляє, виготовляє, придбає, зберігає, перевозить наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги для себе.

Кваліфікуючими ознаками злочину є вчинення його: 1) повторно; 2) за попередньою змовою групою осіб; 3) особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених ст. ст. 308–310, 312, 314, 315, 317 КК; 4) із залученням неповнолітнього; 5) щодо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у великих розмірах; 6) щодо особливо небезпечних наркотичних засобів або психотропних речовин, а також 7) збут наркотичних засобів чи психотропних речовин у місцях, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, та в інших місцях масового перебування громадян; 8) збут чи передача цих засобів або речовин у місця позбавлення волі (ч. 2 ст. 307).

А особливо кваліфікуючими ознаками — вчинення його: 1) організованою групою; 2) щодо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів в особливо великих розмірах; 3) із залученням малолітнього або щодо малолітнього.

Неповнолітній у складі цього злочину — є особа у віці до 18 років, а малолітній — це особа, якій не виповнилося 14 років.

Під місцями, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, розуміються школи, училища, коледжі, технікуми, вищі навчальні заклади, стадіони, палаци спорту або культури, театри, кінотеатри, зали й майданчики для дискотек та естрадних виступів тощо.

Під ішими місцями масового перебування громадян розуміються вокзали, пристані, місця масового відпочинку — багатолюдні пляжі, парки, ринки тощо.

Частина 4 ст. 307 КК передбачає спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, передбачене ч. 1 ст. 307. Таке звільнення застосовується за сукупності умов, а саме, якщо особа: 1) добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги; 2) вказала джерело їх придбання; 3) сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом.

Частина 4 ст. 309 КК передбачає спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності винної особи. Умовами такого звільнення є: 1) добровільний характер звернення особи до лікувального закладу (зокрема, вимагається, щоб таке звернення не було пов'язано з викриттям у вчиненні злочину); 2) початок лікування особи від наркоманії. Особа визнається такою, що розпочала лікування від наркоманії, як у тих випадках, коли її поміщено в стаціонарний лікувальний заклад, так і тоді, коли особа почала лікуватися амбулаторно, а також коли вона поставлена на чергу для госпіталізації. Дія заохувальної норми має поширюватись і на випадки, коли йдеться про токсикоманів.

За даними статистики, протягом останніх 5 років середньорічне число засуджених за ст. 307 КК становила 5 тис.

осіб, за ст. 309 КК — 15 тис. осіб. Таким чином, кожен десятий засуджений в Україні злочинець відбуває покарання у вигляді позбавлення волі за зберігання наркотиків без мети збуту. Тобто всі ці люди фактично засуджені за вживання наркотиків, але оскільки саме по собі їх незаконне (тобто без призначення лікаря) вживання не карається, наркоманів притягують до кримінальної відповідальності за зберігання наркотиків. Адже в переважній більшості випадків для того, щоб вжити наркотик, його потрібно придбати, і цих кількох секунд правоохоронцям цілком достатньо, щоб кваліфікувати діяння як незаконне зберігання. Тобто суспільство карає хворих людей, яких потрібно не карати, а лікувати. Можливі різні шляхи декриміналізації. При розробці законодавства про кримінальні проступки необхідно підняти питання про те, щоб за вчинення нетяжких злочинів, пов'язаних з наркотиками, призначався адміністративний вплив, тобто декриміналізація окремих статей Кримінального кодексу України і внесення відповідних змін до законодавства із збереженням за цими діяннями статусу правопорушення. Ці дії слід кваліфікувати як кримінальний проступок, за який будуть передбачені виключно штрафні санкції. Однак у будь-якому випадку ці дії не будуть тягнути за собою судимості, яка може перешкодити людині у всіх життєвих аспектах, у т. ч. в отриманні роботи.

Є ще варіант, для реалізації якого не знадобиться навіть відволікати від більш важливих справ законодавчий корпус країни. Як відомо, у Кодексі України про адміністративні правопорушення є ст. 44 з дуже схожою назвою: «Незаконне виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах». Нею передбачені санкції у вигляді штрафу від 425 до 850 грн, громадських робіт від 20 до 60 годин або адміністративного арешту на строк до 15 діб.

Все питання у тому, яка саме кількість знайдених при людині наркотиків вважається невеликим. Існує наказ

Міністерства охорони здоров'я України № 188 від 01.08.2000 р., яким і затверджені обсяги наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Так, наприклад, «стеля» невеликої кількості героїну встановлена на позначці 0,005 г, ацетильованого опію — теж 0,005 г, настійки каннабісу — 0,3 г, смоли каннабісу — 0,5 г, каннабісу у вигляді подрібнених частин конопель — 50 г. Свої нормативи передбачені і для кокаїну, метадону, морфіну, трамадолу і ще десятка заборонених у вільному обігу субстанцій.

З урахуванням того, що ст. 44 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачено відповідальність за незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах [7], відповідальність за ч. 1 ст. 309 КК настає в разі вчинення зазначених у цій частині незаконних дій з наркотичними засобами або психотропними речовинами у розмірах, які становлять величину між верхньою межею невеликих розмірів і нижньою межею великих розмірів.

Якщо розробити нові стандарти встановлення невеликих, великих, особливо великих розмірів наркотиків у напрямі підвищення їх порогової кількості, багато тисяч людей залишаться за бортом кримінального переслідування, що, втім, аж ніяк не звільнить їх від адміністративної відповідальності за згубну пристрасть до наркотиків.

Коментуючи дане питання необхідно додатково додати ще й значний розмір, величину між верхньою межею невеликих розмірів і нижньою межею великих розмірів, це дасть можливість відмежувати злочин від адміністративного проступка. Тоді невеликий розмір піде до адміністративного проступка, а значний, великий і особливо великий розмір до кримінального правопорушення (кримінального проступку та злочину).

Декриміналізацію не треба прирівнювати до легалізації. Купляти і зберігати наркотики для особистого вживання ка-

тегорично заборонено, адже дозволивши зберігання деяких видів наркотичних речовин, наприклад марихуани, держава автоматично дозволить їх вживання. Погодитися з цим важко, оскільки турбота про здоров'я нації повинна стояти на першому місці.

При цьому депеналізація не розглядається як самодостатній захід, оскільки проблеми наркоманії не розв'язує. Одночасно з депеналізацією повинна бути посилена профілактична діяльність, підвищена ефективність лікування та реабілітації наркозалежних.

Досягнення ефективних позитивних змін у динаміці розвитку наркоситуації в Україні, посилення тенденції до зниження попиту на наркотики, що знаходяться в незаконному обігу, за рахунок поліпшення профілактичних і лікувально-реабілітаційних заходів, у тому числі впорядкування впровадження програм замісної терапії.

Удосконалення порядку віднесення речовин до наркотичних, розроблення і виконання програм запобігання поверненню до зловживання наркотиками та можливим рецидивам кримінальної поведінки осіб, які відбувають покарання і звільняються з місць відбування покарання, дадуть змогу зменшити кількість суб'єктів ін'єкційної наркоманії на 20 відсотків та відповідно обмежити поширення ВІЛ-інфекції. А зниження обсягу порогових послуг і впровадження ранньої діагностики наркоспоживання сприятимуть зниженню смертності від передозування на 30 відсотків.

**Ключові слова:** наркоманія, здоров'я нації, боротьба з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

*У статті в медичному та правовому аспектах розглядаються проблеми сучасного стану боротьби з наркоманією, загальносоціальні та спеціально-кримінологічні аспекти протидії наркоманії в Україні.*

*В статті в медичному та правовому аспектах розглядаються про-*

блемы современного состояния борьбы с наркоманией, общесоциальные и специально-криминологические аспекты противодействия наркомании в Украине.

*In an article in the medical and legal aspects there are considered the problems of the current state of antidrug effort, general social and special-criminological aspects specifically against drug addiction in Ukraine.*

### Література

1. Український центр профілактики і боротьби зі СНІДом Міністерства охорони здоров'я України, Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ), Об'єднана програма Організації Об'єднаних Націй з ВІЛ/СНІД, Міжнародний Альянс з ВІЛ/СНІД в Україні. Національна оцінка ситуації з ВІЛ/СНІДом в Україні за 2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unaids.org.ua/uk/situation>.

2. Словарь терминов, относящихся к алкоголю, наркотикам и другим психоак-

тивным средствам. — М. : ВОЗ, 1994. — С. 43.

3. Пятницкая И. Н. Наркомании / И. Н. Пятницкая. — М. : Медицина, 1994. — С. 40–41.

4. Уголовный Кодекс Украины [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

5. Постанова Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 18. — Ст. 953.

6. Постанова № 4 Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» (із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 16) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-02>.

7. Кодекс України про адміністративні правопорушення (від 07.12.1984 р. № 8073-Х (ред. станом на 23.10.2013) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.





Academy” for the period 2013–2014. The main purpose of developing the abovementioned research topic is to provide scientific proposals for amendments to the current legislation on the activities of municipal steamship companies in Ukraine as well as receiving, ultimately, the practical result in the form of newly created municipal steamship Company based on the ownership of territorial communities of one or more territorial units [5, 96]. Enter despite the fact that the abovementioned problem is fairly new and is not researched enough it should be noted that scientists of the Department of maritim and customs law of NU “Odessa Law Academy” have managed to explore some aspects of the concept of municipal shipping in Ukraine. Thus, we should mark the following researchers: T. V. Averochkina, L. O. Batanova, E. V. Dodin, S. V. Kivalov, S. O. Kuznetsov, S. G. Levchenko, N. O. Machkur, D. O. Nikischa, V. V. Prokopenko, T. V. Russkikh. Enter the disintegration of the USSR led to a global redistribution of cargo traffic: Soviet Steamship Company as we know used cargo flows that were formed mostly by not economic and political means carrying out transportation to countries which were supported and subsidized by the USSR. Exactly such significance had a huge lighter fleet that was in possession of the Danube Shipping. The next reform of Ukrainian steamship companies such as changes in the legal form into Joint Stock Company with the abandonment of one hundred percent of shares owned by the state did not contribute to the development of water transport. Ukraine did not provide the Steamship Companies with goods, but “provided” with procedures that governed even internal decisions of an enterprise. Ministry of Infrastructure of Ukraine manages steamship companies not by the General Meeting of Shareholders as provided by applicable laws but by applying the Supervisory Board and the issuance of orders of the ministry which is not very clear and from the legal viewpoint — illegal. On the other hand the experience shows that the steamship

company can exist as a state one only in countries with a sufficient level of state exposure. Thus, the state fleet of Venezuela, Cuba, China, North Korea, Russian Federation is successful partially because it has a priority to load both in export and in import direction. Modern Ukrainian steamship companies operate in a competitive market along with private steamship companies which are not burdened with liabilities including taxation.

Among others it has identified a clear understanding of the need to change the form of ownership for Ukrainian steamship companies. Studying an international experience we conclude that in the most countries the steamship companies are in the hands of not central but local governments. Moreover, in the most cases the municipal government reserves to steamship companies a possibility of independent economic activities. Thus at transferring of steamship companies into municipal property some control over the relevant source of income remains of the state without losing strategic importance. For example steamship companies of Germany, New Zealand, Belgium, Singapore and others are in municipal ownership. The state can not be an effective owner. To make domestic steamship companies competitive means to let private capital there. In this case it is appropriate to transform the enterprises into public corporations with the subsequent release of the shares on the world market for investment and the formation of a competitive environment in the maritime industry. As successfully noted by T. Averochkina and T. O. Nikisha this legal form will not only help to revive the old traditions of Ukrainian naval power, to take a step towards the creation of a modern, competitive infrastructure of marine economy of our country but also to provide an opportunity to contribute to the recovery of sea power of Ukraine to everyone who is proud of the former power of the domestic fleet who is concerned about his current situation and who care about the future of Ukraine as a maritime state [5, 98]. Enter in this



As mentioned earlier the supreme body of a Joint Stock Company is a general meeting of shareholders. In the General Meeting all its shareholders may participate regardless of number and class of shares held by them which in its turn allows independent experts in the field of water transport to control steamship companies. Supervisory (Observation) Board can be created among the company shareholders and manage joint stock company in the period between the General Meetings and to regulate and monitor the activities of government. In this case the election of supervisory board members is an exceptional competence of the general meeting of the company.

In the light of creating a new entity that will be the a municipal Steamship Company and considering an appropriate organizational and legal norm it becomes necessary to define the term "shareholder". According to the current legislation, the Art. 4 of the Law of Ukraine "On Joint Stock Companies" shareholders of a company are recognized as an individuals and legal entity as well as the State represented by the body which is authorized to manage State property or a local community as a body authorized to manage municipal property who are the owners of shares.

The most common understanding of a shareholder in scientific literature is that a shareholder is a participant which primarily arises from the law terminology.

For example according to the opinion of O. Vinnyk, a shareholder is a participant of Joint Stock Company, a person who owns a share as the smallest part of an authorized capital of the company which is certified by the share as a security. The ownership of giving it out to the shareholder occurs only after a full payment for it which can stretch over time.

In literature shareholders are also often called members of Joint Stock Company [9, 135]. We think that the use of the term "member" is not closely correct in relation to shareholders because other shareholders' will not actually affect their legal status and it is determined by the

number of shares owned by them. This position is shared by E. O. Sukhanov who notes that open joint stock companies have transformed membership into participation long time ago [8, 60].

It became the custom ages ago not only to attach importance to differences of these concepts but rather consciously identify them. Thus, G. F. Shershenevich asserted that "a shareholder is the one who is a participant of an enterprise with limited liability for all, anyway possesses he shares or interest" [17, 111]. At the same time the possibility of using the term "participant" in relation to a shareholder (or inability to do so) has a fundamental nature. Establishment of one or another approach to this problem determines relationships in which there are shareholder and the joint stock company and leads to difficulties of a practical nature.

If we understand by participants all persons involved in any economic entities including joint stock companies then public officials are not allowed to be shareholders. However, this conclusion is hardly grounded because a legislator hadn't bear in mind such restrictions for this category of persons caused by the cessation of the possibility of abuse of them by the understanding of norms of the law. This goal can be achieved by imposing a ban on their entry into the body of joint stock companies and does not apply the possibility to be a shareholder for them.

Unity and differences of Russian and American legal and scientific approaches is interesting. The Russians consider acceptable to talk about the right of a shareholder to participate, and the Americans, in contrast, argue that all references to a shareholder as a participant or a member of the corporation shall be excluded. American doctrine comes from the fact that the main thing for a shareholder is profiting from the shares as dividends or at their sale on the stock market because shareholders virtually excluded from participation in the management of a Joint Stock Company [6, 43].

Ukrainian, Russian and European doctrine attach great importance to



and others in addition to representatives of the local community. They may consider strategic development issues of a municipal Steamship Company that is define a kind of “vector of development”, to determine the strategic direction and to keep implementation in the field of responsibility of the local community. At present state all necessary approval of the ministry still not the best way affecting the attitude of investors. The distribution of functions on governmental and commercial will provide enterprises of nongovernmental forms of ownership exist freely on the market of shipping services.

Thus, the modern concept of creating municipal Steamship in the form of a public joint stock company is recognized purely theoretical but relying on a sufficient set of legal tools available in the country and forms for its implementation provides opportunities for realization of the project. Public relations of our country are made so that possibility of existence and successful functioning of municipal Steamship in the form of public joint stock companies is determined real.

**Keywords:** municipal Steamship Company, public joint stock company, legal entity, joint stock company, registered capital, local community, municipal sector entities.

*У статті розглядається тематика розробки, впровадження та експлуатації муніципального пароплавання в Україні. У цьому контексті підтримується думка, що оптимальна форма майбутніх публічних судноплавних компаній є публічне акціонерне товариство. Особлива увага приділяється специфіці управління та інвестицій в громадських акціонерних товариств у контексті муніципальних судноплавних компаній. Особлива увага звертається на специфіку управління державними акціонерними товариствами, залучення інвестицій у діяльність публічних компаній — муніципальних пароплавань.*

*В статье рассматривается тематика разработки, внедрения и эксплуатации муниципального пароплаводства в Украине. В этом контексте поддерживается мнение, что оптимальной формой будущих публичных судоходных компаний является публичное акционерное общество. Особое внимание уделяется специфике управления и инвестиций в общественных акционерных обществах в контексте муниципальных судоходных компаний. Особое внимание обращается на специфику управления государственными акционерными обществами, привлечение инвестиций в деятельность публичных компаний — муниципальных пароплаводств.*

*The article examines the topic of development, implementation and operation of municipal Steamship in Ukraine. In this context the view that the optimal shape of future public of shipping companies is a public joint stock company supported. Special attention is paid to the specifics of management and investment in public joint stock companies in the context of municipal shipping companies. Particular attention is drawn to the specifics of the management of public joint stock companies, attracting investment into the activities of public companies in the context of municipal steamship company.*

#### Література

1. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
4. Про затвердження Морської доктрини України на період до 2035 року : постановва Кабінету Міністрів України від 7 жовт. 2009 р. № 1307 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1307-2009-%D0%BF>.

5. Аверочкіна Т. В. Обґрунтування доцільності та необхідності розробки науково-дослідної теми «Інноваційний організаційно-правовий механізм створення та функціонування комунальних пароплавств в Україні» / Т. В. Аверочкіна, Д. О. Нікіша // Митна справа. — 2013. — № 2. — С. 96–98.

6. Батлер У. Э. Корпорации и ценные бумаги в России и США / Уильям Э. Батлер, М. Е. Гаши-Батлер. — М. : Зерцало, 1997. — С. 41.

7. Битюцких В. Т. Мифы финансового анализа и управление стоимостью компании / В. Т. Битюцких. — М. : Олимп-Бизнес, 2007. — 224 с.

8. Василенко А. Поняття й ознаки публічного акціонерного товариства // Підприємництво, господарство і право. — 2012. — № 6. — С. 84–87.

9. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 1998. — С. 30.

10. Жученко З. А. Публічні акціонерні товариства: проблеми розвитку та управління // Актуальні проблеми економіки. — 2010. — № 8. — С. 103–109.

11. Кашанина Т. В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности : учеб. для вузов / Т. В. Кашанина. — М. : ИНФРА М–КОДЕКС, 1995. — С. 60.

12. Ківалов С. В. Потенціал юридичної науки — на відновлення морської галузі України // Митна справа. — 2013. — № 2. — С. 3–5.

13. Кузнецов С. О. Правовий статус комунального пароплавства як суб'єкта господарювання комунального сектора економіки // Правове життя сучасної України : матеріали наук.-практ. конф. Одеса, 16–17 трав. 2013 р. / НУ ОЮА. — О., 2013. — Т. I. — С. 475–477.

14. Нікіша Д. О. Інноваційно-правові аспекти у створенні комунальних пароплавств в Україні // Правове життя сучасної України : матеріали наук.-практ. конф. Одеса, 16–17 трав. 2013 р. / НУ ОЮА. — О., 2013. — Т. I. — С. 478–480.

15. Нікіша Д. О. Розгляд інноваційного організаційно-правового механізму створення та функціонування комунальних пароплавств в Україні в рамках III Всеукраїнської школи з морського права / Д. О. Нікіша, Н. О. Мачкур // Митна справа. — 2013. — № 2. — С. 114–118.

16. Руських Т. В. Роль територіальної громади у формуванні комунальних пароплавств в Україні // Правове життя сучасної України : матеріали наук.-практ. конф. Одеса, 16–17 трав. 2013 р. / НУ ОЮА. — О., 2013. — Т. I. — С. 487–489.

17. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права : по изд. 1914 г. / Г. Ф. Шершеневич. — М. : СПАРК, 1994. — С. 161.

**А. Абрамовська,**

аспірант кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## **БАНКІВСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПОНЯТТЯ ТА ПРИНЦИПИ**

Зростаючий інтерес до фінансових проблем Європейського Союзу обумовлений тим, що європейська банківська система зазнала масштабну фінансову кризу, у зв'язку з чим зупинилося економічне зростання Союзу і з'явилося безліч проблем, які необхідно негайно вирішити для подальшого нормального функціонування Союзу. Безумовно, банківська система Європейського Союзу має велике значення в сучасній світовій ринковій економіці, адже всі зміни, що відбуваються в національних банках країн-членів, так чи інакше відображаються на всій економіці ЄС. Правильна організація банківської системи необхідна для нормального функціонування господарства країн-членів і господарства Європейського Союзу в цілому. Враховуючи сьогоденне становище, планується повна реорганізація банківської системи та її структури в Європейському Союзі, щоб повернути довіру до економічної політики Європи.

Питання банківського права та банківської діяльності Європейського Союзу досліджувалося такими юристами, як В. П. Воронін, М. Грюсон, А. А. Делінський, Н. Ю. Ерпильова, А. Ю. Казак, І. А. Продченко, Р. М. Торшхоев, та іншими, які досить ґрунтовно досліджують зазначене поняття та принципи європейської банківської діяльності.

Європейське банківське право є галуззю права Європейського Союзу і становить собою комплекс норм, що регулюють відносини у сфері банківської діяльності, банківських операцій та правовий статус кредитних організацій на єдиному ринку. Під терміном «банківське право Європейського Союзу» мається на увазі комплексна галузь права Європейського Союзу, яка стосується

області права Союзу, сформульованої у ході законотворчої діяльності держав-членів, інститутів та інших органів управління ЄС [1, 149]. Під банківським правом А. А. Вишневський розуміє ту частину права Європейського Союзу, яка спрямована на регулювання сфери банківської діяльності [2, 12]. Згідно з іншим підходом, банківське право є галуззю публічного права, яка регулює торговельний оборот, підприємницьку діяльність та надання банківських послуг [3, 14].

Предметом регулювання банківського права є група суспільних відносин, що виникають у процесі формування і діяльності банків та інших кредитних організацій банківської діяльності [4, 3]. Банківське право також регулює майнові відносини, що виникають між банком і клієнтурою, пов'язані з депозитом грошових та інших засобів, наданням кредитів та укладенням торговельних угод. Банківська діяльність Європейського Союзу регулюється установчими договорами, директивами, регламентами, рішеннями, вказівками Європейського центрального банку, адже зі створенням Європейського Союзу виникла необхідність регулювання банківської діяльності. Слід зазначити, що банківська діяльність в різних країнах має свої відмінності і характерні особливості, які у свою чергу можуть бути обумовлені різними обставинами, наприклад рівнем економічного розвитку країни. Проте країни, які входять до складу Європейського Союзу, прагнуть до міжнародного співробітництва у фінансовій, банківській та економічній сфері, що свідчить про відмінності між державами-членами в банківській сфері, які повинні бути зведені до мінімуму,



бо значні відмінності можуть заважати стабільності Європейського Союзу в цілому. Однак навіть найбільш розвинені економічно країни — члени Союзу зіткнулися з проблемами модернізації. Виходячи з цього процес інтеграції є дуже важливим, з його допомогою і зусиллями держав-членів відбулося зближення банківських систем та уніфікація банківського законодавства в ЄС.

Ідея розвитку співробітництва країн-членів у сфері регулювання банківської діяльності вперше була зазначена ще в Римському договорі 1957 р. і в Єдиному Європейському Акті 1986 р. Саме вони і задали основні напрямки та принципи співробітництва держав-членів у сфері банківського регулювання. Інтеграція норм права Європейського Союзу в національні системи держав-членів вплинула на розвиток і формування правового регулювання банківського права Європейського Союзу. Починаючи ще з 1960 р., держави — члени Європейського Економічного Співтовариства почали перші спроби створити єдиний ринок фінансових і банківських послуг. Першим кроком до його створення стало прийняття Директиви 1973 р. «Про імплементацію Спільної програми на користь банків та інших кредитних інститутів». У наш час значення цієї Директиви зведено до мінімуму, проте вона вплинула на наслідки регулювання банківської діяльності в країнах Європейського Союзу. Відносно єдиного ринку, слід зауважити, що він є важливою опорою у сфері економіки та банківського права Європейського Союзу, а також охоплює сферу без внутрішніх кордонів, в якому свобода пересування товарів, осіб, послуг і капіталу гарантована відповідно до положень Договору про функціонування Європейського Союзу [5, 319]. Таким чином, основні завдання економічної інтеграції 60-х років були запозичені з Римського договору, вони стосувалися створення митного союзу, створення Єдиного Європейського ринку (завдяки якому буде дозволено вільне переміщення осіб, товарів, послуг і капіталів на території Європейського Союзу) і розвитку спільної сільськогосподарської

політики [6, 175]. У сфері регулювання банківської діяльності цілями інтеграції є:

- забезпечення стабільності Європейської системи центральних банків і банківських систем держав-членів;
- створення умов для вільного надання банківських послуг та ефективності банківського контролю в Європейському Союзі.

Відзначимо, що значний вплив на формування системи правового регулювання банківської діяльності в Європейському Союзі надали особливості правового порядку Європейського Союзу, які полягають у високому ступені інтеграції норм права Союзу в національні правові системи держав-членів. Банківське право Європейського Союзу забезпечує регулювання банківської діяльності на території Союзу. У свою чергу, банківська діяльність Європейського Союзу полягає у проведенні банківських операцій, спрямованих на здійснення банками функцій, які входять до їх повноважень.

На думку А. А. Вишневського, банківська діяльність Європейського Союзу ґрунтується на наступних принципах: свободи надання послуг, свободи установи, взаємного визнання, контролю країни установи, єдиної ліцензії.

Перший із цих принципів — це принцип свободи надання послуг. Свобода надання послуг є однією з основних свобод поряд зі свободами руху осіб, товарів і капіталів, передбачених Римським договором 1957 р., і реалізується завдяки створенню єдиного внутрішнього ринку Європейського Союзу. Згідно з п. 2 ст. 51 гл. 3 «Послуги» частини III Договору про Європейський Союз, «лібералізація банківських та страхових послуг, пов'язаних з рухом капіталу, здійснюється відповідно з лібералізацією руху капіталів». Повноцінне правове регулювання банківських послуг в Європейському Союзі неможливо без визначення порядку створення доступу до ринку, реорганізації та ліквідації кредитних і страхових організацій, взаємного визнання їх правоздатності та усунення дискримінаційних обме-

жень залежно від установи. Це свідчить про те, що правовий режим надання банківських послуг тісно пов'язаний зі свободою пересування юридичних осіб. Такий взаємозв'язок і взаємозалежність свободи установи і свободи надання послуг, найбільш яскраво виражені саме у сфері банківських відносин. Лібералізація банківських та страхових послуг, пов'язаних з рухом капіталів здійснюється відповідно до положень, що регулюють рух капіталів. Таким чином, правовий режим надання банківських послуг безпосередньо пов'язаний зі свободою установи.

Таким чином, ми перейшли до розгляду другого принципу банківської діяльності ЄС. Свобода установи — це свобода індивідуальної підприємницької діяльності, свобода створення підприємств і управління ними. Свобода пересування осіб також пов'язана зі свободою установи. У рамках цієї свободи під «особами» розуміються не тільки громадяни держав — членів Європейського Союзу, але і компанії та фірми, якщо їх місцезнаходження, центральне управління і основна діяльність знаходяться на території Європейського Союзу. Щодо банківської діяльності, свобода установи стосується відкриття кредитними організаціями філій та представництв, створення дочірніх компаній, а також ліцензійного порядку здійснення банківських операцій в державах — членах Європейського Союзу. Відповідно до Договору про заснування Європейського Союзу, заборонено будь-яке обмеження вільного переміщення капіталу між державами — членами Європейського Союзу та третіми країнами. Свобода установи являє собою право займатися самостійною підприємницькою діяльністю на території держав — членів Європейського Союзу, в тому числі шляхом створення юридичних осіб. Свобода установи складається з двох основних компонентів: а) свободи пересування підприємців і б) свободи установи юридичних осіб та інших форм, які не є юридичними особами. Свобода установи включає в себе право починати і продовжувати діяльність в якості особи,

що займається самостійною підприємницькою діяльністю, а також створювати підприємства і керувати ними. Свобода установи передбачає діяльність, яка прямо або посередньо пов'язана з перенесенням місця знаходження компанії за кордон або створенням за кордоном дочірньої компанії.

Третім принципом банківської діяльності Європейського Союзу є принцип взаємного визнання, який спрямований на надання рівних можливостей для банків, заснованих у різних державах — членах Європейського Союзу, під час здійснення своєї діяльності на території будь-якої держави — члена Європейського Союзу. Завдяки даному принципу уповноважені органи країни перебування кредитного інституту або його філії визнають вимоги, які були встановлені для кредитного інституту законодавством в країні її установи, і зобов'язуються утримуватися від нав'язування такому кредитному інституту додаткових стандартів, які існують для кредитних інститутів, заснованих у країні перебування даного кредитного інституту. У Європейському Союзі існує встановлений перелік видів діяльності кредитних установ, що підлягають взаємному визнанню між державами-членами:

- 1) надання кредитів;
- 2) фінансовий лізинг;
- 3) прийом депозитів та інших коштів на зворотній основі;
- 4) послуги з переказу коштів;
- 5) випуск та обслуговування платіжних засобів;
- 6) надання гарантій і порук;
- 7) торгівля за власний рахунок або за рахунок клієнтів;
- 8) участь у випуску цінних паперів та надання послуг, пов'язаних з даним випуском;
- 9) надання підприємствам консультацій щодо структури капіталу, промислової стратегії та пов'язаних з цим питань, а також надання консультацій та послуг щодо злиття і придбання підприємств;
- 10) посередництво на міжбанківських ринках;
- 11) управління портфелем цінних паперів.

Наступним принципом є принцип контролю країни установи, який тісно пов'язаний з принципами взаємного визнання і принципом єдиної банківської ліцензії. Даний принцип було покладено в основу Другої банківської Директиви 89/646/ЄЕС від 15 грудня 1989 р. відносно угод, законів, підзаконних актів, які стосуються початку і здійснення діяльності кредитних установ та внесення змін до Директиви 77/780/ЄЕС. Зазначений принцип відноситься до банківського нагляду за діяльністю філій кредитних установ, які отримали ліцензію на території держав — членів Європейського Союзу.

Останнім принципом є принцип єдиної банківської ліцензії, заснований на доктрині принципу взаємного визнання, під яким слід розуміти поширення дії національної банківської ліцензії однієї держави-члена на всю територію Європейського Союзу. Таким чином, банківська ліцензія, яка була отримана на території будь-якої держави-члена, повинна визнаватися у всіх інших державах — членах Європейського Союзу органами банківського нагляду.

Спираючись на аналіз проведених досліджень, можна зробити висновок, що процес розвитку банківської діяльності Європейського Союзу — це політика держав-членів, спрямована на зміцнення і гармонізацію європейського права. З часів початку еволюції банківської діяльності Європейського Союзу дана галузь зазнала безліч змін і перетворень. Важливим поштовхом стало створення єдиного ринку Європейського Союзу, що спричинило безліч змін у сфері економіки та банківського регулювання. Слід відзначити, що банківське право відіграє важливу роль у системі правового регулювання економіки Європейського Союзу, саме тому у світі останніх подій і економічних проблем в Європейському Союзі необхідне прийняття заходів та реорганізації банківської сфери Європейського Союзу.

**Ключові слова:** Європейський Союз, банківське право, банківська

діяльність, принципи банківської діяльності, єдиний ринок.

*Стаття присвячена дослідженню банківського права та банківської діяльності Європейського Союзу, а також різним підходам до його розуміння з точки зору різних вчених. Стаття визначає наступні принципи банківської діяльності Європейського Союзу: принцип свободи установи, принцип свободи надання послуг, принцип взаємного визнання, принцип контролю країни установи та принцип єдиної ліцензії.*

*Статья посвящена исследованию понятия банковского права и банковской деятельности Европейского Союза, а также в ней рассмотрены различные подходы к его пониманию с точки зрения разных ученых. Статья определяет следующие принципы банковской деятельности Европейского Союза: принцип свободы учреждения, принцип свободы предоставления услуг, принцип взаимного признания, принцип контроля страны учреждения и принцип единой лицензии.*

*The article is devoted to research the definition of EU banking law and banking activity in the EU, as well as different approaches for its understanding from the point of view of different scientists. Next principles of EU banking activity are defined: freedom of establishment, freedom to provide services, mutual recognition, home country control and single license.*

### Література

1. *EU Economic Law / O. K. Vishnyakov, Y. V. Yulinetskaya (ed.) ; National University «Odessa Academy of Law». — Odessa : Yurydychna literatura, 2011. — 312 p.*
2. Вишневикий А. А. Банковское право Европейского Союза : учеб. пособие / А. А. Вишневикий. — М. : Статут, 2000. — 388 с.
3. Банківське право ЄС : навч. посіб. / Є. Л. Прокопенко, Б. М. Криволапов ; Представництво Європ. Коміс. в Україні.

- К. : ІМВ КНУ ім. Тараса Шевченка, 2004. — 136 с. — (Право ЄС ; № 9).
4. *Международное банковское право : учеб. пособие / Н. Ю. Ерпылева.* — М. : Дело, 2004. — 480 с.
5. *Европейское финансовое право: на примере применения в Германии и Великобритании = European Law of Finance. German and British Transpositions in Context : учеб.-метод. пособие / Херрманн Харальд, Эммерих-Фриче Ангелика, Матерн Изабель, Унглауд Клаудиа ; ред.: Херрманн Харальд, Эммерих-Фриче Ангелика.* — Минск, 2010. — 319 с.
6. *Understanding the European Union: A Concise Introductionю — 2nd ed. / John McCormick.* — St. Martin's Press, 1999. — 251 p.

**Р. Эннан,**

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры права интеллектуальной собственности  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

## **ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ И ВИДЫ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ В ДОКТРИНЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)**

С ростом промышленного производства и расширением торговли неизбежно возрастает необходимость индивидуализации товаров и услуг, и средством индивидуализации становится товарный знак, т.е. особое, запоминающееся обозначение, используемое для выделения конкретной продукции из массы однородных товаров, индивидуализирующее как товар, так и его производителя.

Вопросы правовой охраны средств индивидуализации (обозначений), и в частности охраны товарных знаков, в зарубежных странах и международном частном праве исследованы в научных работах отечественных и зарубежных ученых-юристов в сфере права интеллектуальной собственности: Г. Андрощука, Е. Богатых, М. Богуславского, В. Еременко, А. Жданова, Л. Кравец, Ю. Свядосц и др.

Целью настоящей статьи является анализ понятия, признаков, функций, условий охраноспособности, видов товарных знаков в доктрине зарубежных стран с учетом унификации международного и европейского законодательства в сфере охраны обозначений, а также раскрытие особенностей правовой охраны товарных знаков.

Обозначения, регистрируемые в качестве товарного знака, выполняют важные функции: 1) отличительную (идентификационную), поскольку товарный знак индивидуализирует товар, помогая потребителю найти товар именно данного производителя; 2) информативную, поскольку товарный знак подтверждает стабильность качества товара; 3) рекламную — завоевавший доверие то-

варный знак становится эффективным средством рекламы; 4) охранную — зарегистрированный товарный знак защищается от подделок, ограждая потребителей от контрафактной продукции [1].

Под товарным знаком (*trade mark, Mark, la marque de fabrique*) в законодательстве зарубежных странах понимается любое сочетание обозначений, с помощью которых можно отличить товары или услуги одного предприятия от товаров и услуг другого предприятия: эти обозначения, таким образом, являются эффективным средством выделения одних товаров из массы других однородных товаров, т.е. товарный знак выступает в качестве средства индивидуализации как самого производителя товаров (услуг), так и результатов деятельности производителя [2]. Товарные знаки защищают репутацию производителя и его отношение к клиентам (потребителям).

Источниками правового регулирования в сфере охраны товарных знаков в зарубежных странах являются законы (например, в Германии, Великобритании, США, Швейцарии, Китае приняты специальные законы о товарных знаках), ведомственная и судебная практика, нормы международных соглашений. Ведомственная и судебная практика, дополняя и развивая законодательные положения, выступает в качестве важного источника права в странах англосаксонского права. В частности, особое значение имеют решения патентных ведомств и судов по вопросам квалификации обозначений, определения круга товаров, на которые распространяется охрана, применения правил о передаче

прав на знак, установления правонарушений [3].

В оригинальном тексте Парижской конвенции об охране промышленной собственности говорится о фабричной или торговой марках (*une marque de fabrique ou de commerce*). Во французском праве для разграничения торговых знаков от фабричных или товарных знаков производителя (*marques de producteur*) торговые знаки еще называют знаками сбытовых фирм (*marques de distribution*). В законодательстве англоязычных стран рассматриваемые обозначения именуется *trademark*, а в немецкоязычных странах — *Marken*.

Законодательство зарубежных стран не содержит признаков товарного знака: преобладает технико-юридический прием фиксирования этих признаков в негативной форме, т.е. перечисляются признаки, которые не могут быть присущи охраняемому знаку. В общем виде обозначение, которое просят зарегистрировать в качестве товарного знака, должно отвечать совокупности требований: не быть идентичным или сходным с известными знаками, в достаточной степени отличаясь от них, т.е. быть новым; иметь индивидуальные свойства, т.е. быть оригинальным; не быть ложным или обманным обозначением, т.е. не вводить в заблуждение относительно свойств или происхождения маркированного товара; не противоречить «публичному порядку», общественной морали («добрым нравам»), международным соглашениям и обычаям [4]. В соответствии с законодательством Китая товарным знаком признается любое визуальное обозначение, которое способствует возможности отличать товары или услуги физического лица, юридического лица или любой другой организации от товаров или услуг других лиц или организаций, включая любое слово, изображение, буквы алфавита, числа, трехмерный символ, сочетание цветов и их комбинации.

Новизна товарного знака означает его отличие от уже известных обозначений: новым признается такое обозначение, которое не является идентичным (тождественным) или сходным с извест-

ными. Законодательства зарубежных стран не содержат положений, определяющих критерий тождественности и сходства, ограничиваясь указаниями на то, что знаки должны быть признаны сходными, если имеется опасность их смешения в обороте и тем самым введение потребителей в заблуждение [5]. Требование новизны знаков связано со сферой их применения: знаки охраняются по отношению не ко всем товарам вообще, а только к ограниченному кругу товаров. Эта предназначенность знака для маркировки строго определенной категорий товаров (услуг) именуется принципом специализации товарного знака. То есть новизна товарного знака является не абсолютной, а относительной: знак должен быть новым по отношению не ко всем существующим в обороте обозначениям, а лишь к предназначенным для этих же или подобного рода товаров (услуг) [6].

Отличительный характер товарного знака состоит в наличии в нем особенностей, сообщающих ему необходимую различительную силу, позволяющих индивидуализировать товар: оригинальность изображения или слова, их комбинации определяют охраноспособность товарного знака. Условие об отличительном характере в законах формулируется по-разному: например, говорится о предоставлении охраны только обозначениям, обладающим «различительной силой» (Англия), и, наоборот, об исключении из охраны «знаков, лишенных отличительного характера» (Германия) [7].

Законодательство зарубежных стран исключает из охраняемых ложные и обманные знаки. Ложными считаются обозначения, содержащие заведомо неправильные, несоответствующие действительности сведения о товаре. Обманными считаются обозначения, прямо или косвенно сообщающие сведения, способные ввести покупателя в заблуждение, обмануть относительно «марочного» товара. Законодательство зарубежных стран не делает различий между ложными и обманными знаками с точки зрения их квалификации.

Из сферы правовой охраны исключены обозначения, противоречащие государственным интересам, международным соглашениям и обычаям или же общественным интересам. К таким обозначениям относятся геральдические изображения, т.е. государственные эмблемы, национальные гербы, флаги, религиозные эмблемы [8].

Формы выражения рассматриваемых обозначений могут быть различными, и в связи с этим законодательство, ведомственная и судебная практика каждой страны устанавливают виды товарных знаков. По формам выражения товарные знаки в большинстве стран делятся на следующие виды: словесные, изобразительные, объемные, комбинированные, знаки особых видов.

Словесные товарные знаки (word mark, *marque verbale*, *Wortmarke*) представляют собой оригинальные слова, названия либо сочетания букв, носящие словесный характер. Слово может быть вымышленным или существующим в языке, а темы знаков могут быть самыми разнообразными. Обозначения могут представлять слова из разговорной речи в виде имен существительных (Chanel, Apple), фамилий (Ford, Peugeot), географических наименований (Alaska), названий достопримечательностей (Notre-Dame). Словесными знаками могут быть вымышленные слова (Kodak, Coca-Cola, Nikon, Xerox), лозунги («We try harder», «Everybody needs milk»), аббревиатуры (BMW, MG, VW, RCA), комбинации цифр (4711 — для одеколона, 555 — для сигарет). Среди словесных знаков различают знаки двух типов: знаки, у которых охраняется только само слово, поскольку в заявке не дается его особого шрифтового решения, и знаки, выполненные в особой шрифтовой манере [9]. Для знаков первого типа (фонетических) способ графического воплощения этого слова может меняться от случая к случаю, и у потребителя не возникает стабильного визуального образа товарного знака; главная сторона восприятия таких знаков — звуковая и смысловая. У второго типа словесных знаков сохраняется также и шрифт,

характер расположения букв, их относительный размер, фон и другие визуальные информационные элементы (фонографические знаки) [10].

Изобразительные знаки (pictorial trademark), к которым относятся различные изображения — людей, животных, птиц; орнаменты, стилизованные изображения, символы. Это могут быть знаки с отвлеченным символическим содержанием; знаки, имеющие отношение к процессу производства; знаки, отражающие характер продукции. Особенности изобразительных знаков являются графические элементы, построение изображений на основе художественной композиции, цветовое решение рисунков. Эти особенности придают этой разновидности знаков рекламные свойства, а компактное конструктивное использование упрощает их применение на товарах [11].

Объемные товарные знаки (three-dimensional mark, *marque a trois dimensions*, *dreidimensionale Marke*) характеризуются трехмерной формой самого изделия либо его упаковки. Содержанием объемного товарного знака может быть, например, форма мыла, кондитерского изделия (шоколада) в виде фигуры животного либо растения, оригинальная форма коробки, флакона для духов, бутылки (например, очертание бутылки Coca-Cola). Объемные товарные знаки охраняются не во всех зарубежных странах: например, в Японии, Бразилии, Аргентине считается, что товарный знак может быть только двухмерным, а формы изделия или упаковки охраняются лишь в качестве промышленных образцов. Между тем даже в тех странах, где прямо не предусмотрена регистрация объемных знаков (Швейцария), на практике такая охрана допускается, если будет доказано наличие отличительных свойств формы.

Комбинированные товарные знаки (combined trademark, *marque combine*, *kombinierte Marke*) представляют сочетание элементов любых из трех вышеперечисленных знаков. На практике преобладают комбинации из словесных и изобразительных элементов. Словесная

и изобразительная (графическая) части товарного знака должны быть взаимосвязаны сюжетно и композиционно, образуя единое целое. Так, товарный знак фирмы Volkswagen считается изобразительным, Ferrari — словесным, Volvo, Adidas — комбинированным [12].

Законодательство зарубежных стран также уделяет внимание особым видам обозначений (экзотическим, нетрадиционным), которые необходимо квалифицировать наравне с традиционными знаками: к ним относятся звуковые, обоняемые, вкусовые, а также знаки, состоящие только из цвета.

Звуковые знаки (sound mark, marque sonore, Tonmarke) (музыка, различные шумы, крики) широко охраняются в США на основании регистрации записей музыкальных заставок к радиопрограммам, титрам кинолент. Законодательство США устанавливает, что ни одному обозначению не должно быть отказано в охране на основании его сущности. Термин «товарный знак» в законодательстве США охватывает любое обозначение (слово, символ, рисунок или их комбинации), используемое в товарообороте и служащее для отличия товара от однотипных товаров, производимых или продаваемых другими лицами. В научной доктрине указывается, что термин «обозначение» следует интерпретировать широко и не исключать из охраны в качестве товарного знака: звук, запах, форму, цвет, если они указывают на источник происхождения товаров [13]. Законодательство и практика зарубежных стран неоднозначны в подходах к охране «нетрадиционных» товарных знаков: например, звуковые товарные знаки охраняются в США (например, вопль (клич) Тарзана, звон колокола Свободы, звук, имитирующий рычание льва, звук, состоящий из стука копыт и мычания), Корею и не охраняются в Японии, Китае, Бразилии, Мексике. Так, по законодательству Кореи перечень обозначений, которые могут выполнять функции товарного знака, включает звуки и музыкальные фразы. Типичным примером звукового товарного знака являются радиопозывные, представляющие

собой музыкальные фрагменты в виде нотной записи [14].

В связи с расширением видов товарных знаков появляется новая категория комбинированных знаков: например, в США зарегистрирован звуко-визуальный знак — комбинация изображения вращающейся на плоскости монеты и звука, вызываемого этим вращением. Также наблюдается стремление к легализации так называемых «невизуальных» знаков, т.е. таких средств индивидуализации товаров (услуг), которые глазом не видны, но возможно восприятие их другими органами, например слуха, вкусовыми рецепторами — обоняемые (обонятельные, ароматичные) и вкусовые [15]. Так, были заявлены обоняемые (ароматические) знаки, характеристика запаха которых имела следующие словесные обозначения: «сильный запах горького пива» — для стрел для игры в дартс, «цветочный аромат, напоминающий розу» — для автопокрышек (Великобритания); «нежно-фруктовый с легким оттенком корицы» — для широкого круга услуг (Германия); «запах свежескошенной травы» — для теннисных мячей, «запах малины» — для моторного топлива (в странах — членах ЕС), а также аромат духов «Chanel № 5» (Франция). При этом рецептура соответствующих «ароматизаторов» в большинстве случаев представляет секрет производителя («ноу-хау») [16].

Вкусовые товарные знаки представляют собой преимущественно добавки, характеризующиеся определенным вкусом (например, клубники): традиционная сфера их применения — устранение неприятного горького вкуса фармацевтических препаратов. В научной литературе распространено мнение, что такие обозначения не обладают различительной способностью: поскольку потребитель воспринимает вкус добавки только как средство, маскирующее горечь лекарств, а не как товарный знак, постольку такие обозначения не выполняют основную функцию товарного знака — различительную [17].

Словесные, изобразительные и комбинированные товарные знаки могут



быть зарегистрированы как черно-белыми, так и в любом цвете или цветовом сочетании, т.е. цвет в комбинации с изобразительными элементами является средством выразительности товарного знака и их регистрация не вызывает осложнений, если цвет стойко ассоциируется с производителем товара (например, оранжевый цвет упаковки фотопленки фирмы Kodak, бежевый цвет страниц газеты Financial Times).

В настоящее время наблюдается стремление предоставить правовую охрану обозначениям, содержанием которых являются один лишь цвет, без комбинации с какими-либо изобразительными элементами. В США имеется ряд судебных решений, согласно которым основные положения закона включают цвет в широкий спектр охраноспособных обозначений (слова, рисунки, символы, их комбинации): основанием для регистрации знака является именно его способность идентифицировать происхождение товара, а не тип обозначения (слово, рисунок, цвет). В судебных решениях проводится аналогия между цветовыми и словесными обозначениями, поскольку и те и другие изначально не обладают различительной способностью: на этом основании делается вывод, что нет никаких теоретических возражений против возможности регистрации цвета, если он не является функциональным и приобрел в результате использования вторичное назначение (идентифицировать товар) [18]. Так, в странах — членах ЕС зарегистрированы знаки такого рода: горизонтальный прямоугольник из зеленого и серого квадратов (Франция); белый прямоугольник, разделенный посередине узкой красной полосой (Германия); синий прямоугольник (Великобритания); фиолетовый квадрат (Швейцария). Относительно недавно практикуется регистрация световых знаков, представляющих собой последовательность сигналов свечения (различные световые эффекты), обладающих различительной способностью.

В большинстве зарубежных стран также различаются такие разновидности товарных знаков, как знаки коллектив-

ные, сертификационные, общеизвестные и мировые. К коллективным знакам относятся товарные знаки союзов, хозяйственных ассоциаций и иных объединений предприятий, предназначенные для обозначения выпускаемых и реализуемых ими товаров, обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками. Условия использования такого знака могут закрепляться в специальном документе — уставе коллективного знака. Коллективный знак индивидуализирует продукцию, полученную в результате совместных усилий нескольких лиц. В большинстве зарубежных стран (США, Франция, Италия, Австрия) правовой режим коллективных знаков устанавливается в рамках законов о товарных знаках. В Скандинавских странах (Финляндия, Швеция, Норвегия, Дания) коллективные знаки охраняются специальными законами [19].

Сертификационные товарные знаки служат для указания на соответствие качества товара или услуги определенным стандартам и используются для выделения стандартного продукта с обычными качественными характеристиками среди остальных товаров. По законодательству США сертификационный знак может применяться не любыми предпринимателями, соблюдающими определенные стандарты, а только теми, которым на такой знак дано разрешение его владельца.

Общеизвестными знаками (Lipton, Coca-Cola, Nesquik, Nike, Christian Dior, Siemens, Rolls-Royce и др.) являются обозначения, которые в результате длительного и интенсивного использования получили известность и признание потребителей, в сознании которых эти обозначения неизменно ассоциируются с гарантиями только высокого качества маркируемых этими обозначениями товаров. При этом репутация знака вышла за пределы одной страны или даже группы стран. Квалификация этих знаков в качестве общеизвестных отнесена к ведению компетентных органов страны. Особенность правового режима таких знаков состоит в том, что им предо-

ставляется защита без регистрации как общеизвестным знакам даже в тех странах, где такая регистрация имеет конститутивное значение. При этом третьи лица не вправе применять такие знаки в отношении не только тех же товаров или сходных с ними, но и в отношении любых товаров [20]. В ряде зарубежных стран предусматриваются специальные условия охраны общеизвестных знаков (Франция, Германия). Часть зарубежных стран применяет защиту прав обладателей общеизвестных знаков через механизм пресечения недобросовестной конкуренции (Австрия, Япония).

Мировые товарные знаки представляют собой разновидность общеизвестных знаков, однако в отличие от последних масштаб их известности выходит за пределы национального рынка. Кроме того, правовая охрана мировых знаков обеспечивается без соблюдения требования однородности товаров, обозначаемых этим знаком [21].

Знаки обслуживания — это обозначения, индивидуализирующие предприятия, оказывающие услуги в самых разнообразных областях: пассажирских перевозках, транспортировке и хранении грузов, страховой и банковской сферах, организации путешествий (туризм), гостиничном и ресторанном деле. Положения о знаках обслуживания введены в законодательстве ряда зарубежных стран (например, США, Канады, Франции). В некоторых странах знаки обслуживания охраняются на основе норм о борьбе с недобросовестной конкуренцией. Правовой режим знаков обслуживания в основном совпадает с режимом товарных знаков, в том числе в правилах оформления прав, их использования и защиты [22].

Законодательство зарубежных стран не устанавливает единого основания возникновения прав на товарный знак: такими основаниями являются либо регистрация знака, либо его использование в коммерческом обороте. Оформление (приобретение) прав на товарный знак в большинстве зарубежных стран осуществляется на принципе официальной регистрации знака: еди-

ного порядка возникновения прав на товарный знак не существует. В соответствии с этим все государства можно разделить на три основные группы: в одних действует принцип регистрации (Германия, Италия, Франция, Япония), в других — принцип первого использования (Нидерланды, Бельгия, Швейцария, Канада), в третьих — смешанная система (Скандинавские страны, США, Великобритания) возникновения права на товарный знак, т.е. действуют оба этих принципа [23].

Характер и объем экспертизы не одинаков в странах с явочной и проверочной системами регистрации товарных знаков. Явочная система (действует, например, в Бельгии) ограничивается проверкой соответствия заявки формальным требованиям. Проверочная система, действующая в большинстве зарубежных стран, основана на экспертизе заявки по существу. Имеются две разновидности проверочной системы: ограниченная и полная экспертиза. При ограниченной экспертизе (действует, например, во Франции, Италии) проверяются все критерии охраноспособности знака, за исключением его новизны: последний вопрос относится к компетенции судов. При полной экспертизе (действует, например, в Германии, Великобритании, Скандинавских странах, США, Японии) исследуется соответствие заявленного обозначения всем критериям охраноспособности товарного знака [24].

**Ключевые слова:** товарные знаки, знаки обслуживания, исключительные права, регистрация товарных знаков.

*У статті проводиться науково-теоретичний аналіз поняття, ознак, особливостей правового режиму товарних знаків, їх видів і функцій, особливостей набуття (оформлення) прав на товарні знаки у зарубіжних країнах.*

*В статті проводиться науково-теоретичний аналіз поняття, признаков, особенностей правового режима товарных знаков, их видов и функций,*

особенностей приобретения (оформления) прав на товарные знаки в зарубежных странах.

*The article presents the scientific and theoretical analysis of the concept, features, aspects of the legal regime of trademarks and their types and functions, especially the acquisition (registration) of rights for trademarks in foreign countries.*

#### Литература

1. Андрощук Г. Правова охорона товарних знаків у Німеччині / Г. Андрощук, Т. Кислий // Інтелектуальна власність. — 2000. — № 6-7. — С. 18-19.
2. Бобровский И. Развитие международного законодательства по товарным знакам // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2001. — № 2. — С. 2-9.
3. Борисов В. Ю. Информационный век и защита прав на товарные знаки // Юрист. — 2001. — № 4. — С. 40-43.
4. Веркман К. Дж. Товарный знак: создание, психология, восприятие / К. Дж. Веркман. — М., 1986.
5. Горленко С. А. Гармонизация законодательств по товарным знакам продолжается // Патенты и лицензии. — 1993. — № 9-10. — С. 17-19.
6. Городов О. А. Право на средства индивидуализации / О. А. Городов. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 448 с.
7. Демченко Т. С. Охрана товарных знаков (сравнительно-правовой анализ) / Т. С. Демченко. — К., 2004. — 184 с.
8. Китайский В. Е. Товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров / В. Е. Китайский. — М.: Книжный мир, 2007. — 165 с.
9. Кравец Л. Г. Общемировые тенденции развития системы охраны интеллектуальной собственности / Л. Г. Кравец. — М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. — 64 с.
10. Кожарська І. Охорона знаків для товарів і послуг в ЄС // Інтелектуальна власність. — 2002. — № 6. — С. 6-11.
11. Мельников В. Гармонизация законов о товарных знаках в зарубежных странах // Интеллектуальная собственность. — 1999. — № 3. — С. 35-39.
12. Мельников В. М. Товарные знаки за рубежом в канун XXI века / В. М. Мельников. — М., 2002.
13. Ніколаєнко Л. Охорона загальновідомих знаків — проблема міжнародна / Л. Ніколаєнко, І. Кожарська // Інтелектуальна власність. — 2000. — № 4. — С. 17-24.
14. Оплачко В. Глобальная система регистрации товарных знаков (Мадридская система и товарный знак ЕС) // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2004. — № 8. — С. 45-50.
15. Орлова В. В. Право на обозначения, индивидуализирующие товары, работы, услуги юридических лиц и предприятий / В. В. Орлова. — М.: Книжный мир, 2011. — 168 с.
16. Пантюхина А. Особенности регистрации товарных знаков в США // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2002. — № 12. — С. 57-61.
17. Поляков В. П. Французское законодательство о товарных знаках // Патентное дело. — 1994. — № 7-8.
18. Пирогова В. Европейский опыт охраны общеизвестных знаков // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2006. — № 3. — С. 21-27.
19. Свядоц Ю. И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах / Ю. И. Свядоц. — М., 1969. — 189 с.
20. Суперанская А. В. Товарные знаки / А. В. Суперанская, Т. А. Соболева. — М.: ЛИБРОКОМ, 2009. — 192 с.
21. Тыцкая Г. И. Правовая охрана товарных знаков, фирменных наименований, указаний и наименований места происхождения товаров в капиталистических и развивающихся странах / Г. И. Тыцкая, И. Э. Маммофа, В. Я. Мотылева. — М.: ВНИИПИ, 1985.
22. Успенская Н. В. Международные соглашения в области охраны товарных знаков // Международное публичное и частное право. — 2005. — № 5. — С. 16-19.
23. Фюннер А. Практика применения закона Германии о товарных знаках // Патенты и лицензии. — 1996. — № 6. — С. 23-26.
24. Шефер Э. Основы законодательства ФРГ о товарных знаках // Основы немецкого торгового и хозяйственного права. — М.: БЕК, 1995. — С. 85-94.

**Б. Пережняк,**

заместитель главного редактора журнала «Юридический вестник»

**В СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫХ УЧЕНЫХ СОВЕТАХ  
НАЦИОНАЛЬНОГО УНИВЕРСИТЕТА  
«ОДЕССКАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ»**

В октябре 2013 г. состоялись заседания специализированного ученого совета Д.41.086.01 Национального университета «Одесская юридическая академия», на которых были защищены 5 кандидатских диссертаций.

Олег Евгеньевич ПАНФИЛОВ защитил кандидатскую диссертацию на тему «**Административная ответственность за коррупционные нарушения**» (специальность 12.00.07 — административное право и процесс; финансовое право, информационное право). Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины, зав. кафедрой административного и финансового права, президент Национального университета «Одесская юридическая академия» С. В. Кивалов. Официальные оппоненты — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой административного, финансового и хозяйственного права Киевского национального технического университета «Киевский политехнический институт» И. П. Голосниченко и кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры административного права и административной деятельности ОВД Одесского государственного университета внутренних дел О. Н. Коропатов.

Диссертация является научным исследованием административной ответственности за коррупционные правонарушения, их составов, особенностей производства по административным делам за данный вид правонарушений и их подведомственности.

Проанализирован генезис становления антикоррупционного законодательства в Украине, определены исторические этапы развития правового регулирования административной ответственности за коррупционные правонарушения.

Определено понятие административного коррупционного правонарушения, установлены его признаки, охарактеризован состав правонарушений, относящихся к данной группе. Осуществлено разграничение административных коррупционных правонарушений и коррупционных преступлений на основании степени общественной опасности этих деяний. Сделан вывод о том, что существующие в действующем законодательстве неточности и дублирование составов административных правонарушений и преступлений не дают на данный момент возможности однозначно решить коллизию норм, которые унавливают ответственность за административные коррупционные правонарушения.

Предложено переименовать главу 13-А Кодекса Украины об административных правонарушениях, назвав ее в соответствии с видом общественных отношений, которые представляют родовой объект помещенных в нее правонарушений и, исходя из близости родовых объектов коррупционных правонарушений и правонарушений, посягающих на установленный порядок управления, разместить главу об административных коррупционных правонарушениях под номером 15-Б. Введены термины «непосредственно коррупционные правона-

рушения» и «опосредованно коррупционные правонарушения».

Делается вывод о том, что перевод борьбы с коррупцией в сферу исключительно уголовно-правовых методов для украинской действительности является преждевременным, так как административная ответственность — один из важных способов противодействия коррупции.

Определены пробелы правового регулирования административной ответственности и предложены пути их ликвидации: унификация терминов, использованных в ст. 1723 КоАП, и определение коррупции, данное в ст. 1 Закона «Об основах предупреждения и противодействия коррупции»; дополнение ст. 1841 КоАП частью, предусматривающей квалифицированный состав неправомерного использования государственного имущества, которое принесло государству ущерб в размере от 5 до 100 необлагаемых налогами минимумов доходов граждан.

Василий Иванович КАЧАН защитил кандидатскую диссертацию на тему «**Таможенное регулирование приграничной торговли**» (специальность 12.00.07 — административное право и процесс, финансовое право, информационное право). Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой морского и таможенного права Национального университета «Одесская юридическая академия» Е. В. Додин. Официальные оппоненты — доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Запорожского национального университета Т. А. Коломиец и кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного и административного права Одесского национального морского университета Л. В. Калаянова.

Диссертация посвящена научному исследованию приграничной торговли, определению состояния ее правового регулирования.

Проанализировано состояние научных исследований таможенного регулирования приграничной торговли. Охарактеризовано приграничную торговлю

как таможенно-правовую категорию. Определен таможенно-правовой статус субъектов приграничной торговли. Обоснован тезис выделения института приграничной торговли в специальный таможенный режим приграничной торговли. Выделены и охарактеризованы условия для применения упрощенного порядка перемещения товаров и транспортных средств в таможенном режиме приграничной торговли. Выделены фактические основания применения административной ответственности, виды взысканий, которые могут применяться к участникам приграничной торговли за нарушение порядка перемещения товаров и предметов через таможенную границу Украины в специальном таможенном режиме приграничной торговли, и определен порядок их наложения.

Определены место и роль таможенных правоотношений в условиях специальных правовых режимов осуществления внешнеэкономической деятельности и обосновано применение льготного режима на территории зон приграничной торговли, включая устанавливаемые им особенности налоговых и таможенных правоотношений.

Определено, что современное состояние регулирования приграничной торговли требует внесения соответствующих изменений в действующее законодательство о государственном таможенном деле. В частности, вносятся предложения по усовершенствованию перемещения товаров и предметов через таможенную границу Украины в специальном таможенном режиме приграничной торговли.

Представлены предложения по усовершенствованию государственных институтов, которые регулируют осуществление внешнеэкономической деятельности, а также разработаны методические рекомендации, состоящие из конкретных организационно-правовых мероприятий, реализация которых даст возможность сформировать систему управления и контроля, направленную на противодействие правонарушениям и детенизацию таможенных отношений в сфере приграничной торговли.

Проанализированы законодательства зарубежных стран по регулированию приграничной торговли и определены возможности введения ряда положений в национальное законодательство.

В результате исследования предложена также структура комплексного нормативно-правового акта — Закона Украины «О приграничной торговле», необходимого для создания целостного правового механизма регулирования приграничной торговли с определением в нем полномочий органов государственной власти в приграничном сотрудничестве, в том числе и таможенных.

Андрей Анатольевич МУДРОВ защитил кандидатскую диссертацию на тему «**Административно-принудительные полномочия таможенных органов и порядок их реализации**» (специальность 12.00.07 — административное право и процесс; финансовое право; информационное право). Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой морского и таможенного права Национального университета «Одесская юридическая академия» Е. В. Додин. Официальные оппоненты — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой уголовного и административного права Одесского национального морского университета Д. П. Калайнов и кандидат юридических наук, ведущий инспектор отдела таможенных платежей Южной таможни Н. М. Дукова.

Диссертация посвящена научному исследованию порядка применения таможенными органами административно-принудительных полномочий в сфере государственного таможенного дела. Определено, что принятие нового Таможенного кодекса Украины обуславливает необходимость глубокого и всестороннего исследования и выяснения содержания, правовой формы, свойств и классификационных возможностей административно-принудительных полномочий.

В диссертации подчеркивается, что Таможенным кодексом Украины 2012 г., в отличие от предыдущего Таможенного кодекса Украины 2002 г., предусмот-

рено значительно большее количество мер административного принуждения, которые имеют право применять таможенные органы.

Использована наиболее распространенная в административном праве классификация административно-принудительных мер в зависимости от цели их применения: меры административного предупреждения, меры административного пресечения, меры административной ответственности (взысканий) за правонарушение.

Впервые рассматриваются как меры административной ответственности, применяемые таможенными органами, аннулирование лицензии на осуществление таможенной брокерской деятельности, аннулирование разрешения на: открытие и эксплуатацию магазина беспошлинной торговли; открытие и эксплуатацию таможенного склада; открытие и эксплуатацию свободной таможенной зоны; открытие и эксплуатацию склада временного хранения; аннулирование сертификата уполномоченного экономического оператора.

Проанализировано действующее законодательство и определены пробелы и коллизии по реализации административно-принудительных полномочий таможенными органами. Значительное внимание уделено способам обеспечения законности при реализации таможенными органами административно-принудительных полномочий, а именно: общественному, внутреннему, судебному контролю и прокурорскому надзору.

Екатерина Александровна НЕСТЕРЕНКО защитила кандидатскую диссертацию на тему «**Административно-правовой статус беженцев в Украине**» (специальность 12.00.07 — административное право и процесс; финансовое право; информационное право). Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой административного и финансового права Национального университета «Одесская юридическая академия» Л. Р. Била-Тиунова. Официальные оппоненты — доктор юридических наук,



механизм разграничения полномочий местных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления при исполнении местных бюджетов за доходами в соответствии с формой собственности объекта управления.

Исследованы нормы бюджетного законодательства, которые регулируют межбюджетные правоотношения, а также порядок казначейского обслуживания исполнения местных бюджетов за доходами.

Определено, что современное состояние правового регулирования формирования местных бюджетов требует внесения изменений в Бюджетный кодекс Украины. В частности, вносятся предложения в части закрепления собственных и делегированных полномочий исполнительных органов соответствующих местных советов относительно исполнения местных бюджетов за доходами.

*Редакционная коллегия журнала «Юридический вестник» поздравляет О. Е. Панфилова, В. В. Качана, А. А. Мудрова, Е. А. Нестеренко и А. И. Гнатовскую с успешной защитой диссертаций и желает им дальнейших творческих успехов по утверждению верховенства права, демократизма и правовых основ Украинского государства!*

\* \* \*

В октябре 2013 г. состоялись заседания специализированного ученого совета Д.41.086.03 Национального университета «Одесская юридическая академия», на которых были защищены 1 докторская и 2 кандидатские диссертации.

Нелли Юрьевна ГОЛУБЕВА защитила докторскую диссертацию на тему **«Обязательство в гражданском праве Украины: методологические основы правового регулирования»** (специальность 12.00.03 — гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право). Научный руководитель — зав. кафедрой гражданского права Национального

университета «Одесская юридическая академия», член-корреспондент НАПрН Украины, доктор юридических наук, профессор Е. О. Харитонов. Официальные оппоненты — зав. кафедрой гражданско-правовых дисциплин Академии муниципального управления, академик НАПрН Украины, доктор юридических наук, профессор В. В. Луць, зав. кафедрой гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, член-корреспондент НАПрН Украины, доктор юридических наук, профессор Р. А. Майданик и зав. кафедрой хозяйственного права и процесса Юридического института Национального авиационного университета, доктор юридических наук, профессор Р. Б. Шишка.

Диссертация содержит комплексный анализ теоретических и практических проблем правового регулирования обязательственных отношений: понятия обязательства в гражданском праве, его объекта, содержания и т.д. В процессе исследования формируется гражданско-правовая теория обязательств в системе гражданского права.

Основной идеей диссертации, к которой сводятся все выводы и рекомендации автора и на которой построена концепция работы, является утверждение о необходимости формирования общей теории об обязательствах, отвечающей современному состоянию цивилистической науки, обоснованной с теоретической и практической точек зрения.

Для достижения поставленной цели, в частности, исследован вопрос о понимании сущности обязательств, в результате чего сделан вывод о необходимости рассмотрения их в качестве подотрасли гражданского права (обязательственного права) и как специфических гражданских отношений. Осуществлен анализ особенностей предмета, принципов и функций обязательственного права.

Определено понятие обязательства как гражданского правоотношения, опосредующего перемещение материальных и нематериальных благ в гражданском обороте, в котором должник обязан совершить в пользу кредитора





Особое внимание уделяется правовой природе возрастной вменяемости несовершеннолетних. Предлагается возрастную вменяемость рассматривать в рамках института «вменяемость — невменяемость», а именно, как самостоятельную разновидность вменяемости.

Обосновывается тесная взаимосвязь возрастной вменяемости с возрастом уголовной ответственности. Рассматривается понятие возраста и его отдельные виды. Устанавливается, что особое значение для возрастной вменяемости имеет «психологический возраст». На основании изучения индивидуальных и социально-психологических особенностей несовершеннолетних лиц предлагается внести изменения в ч. 2 ст. 22 УК Украины и сократить перечень преступлений, за которые наступает уголовная ответственность с 14 лет.

Обосновывается, что возрастная вменяемость содержит формулу, которая состоит из двух критериев: социально-психологического и юридического, последний, в свою очередь, делится на интеллектуальный и волевой.

Вносятся предложения о законодательном закреплении в действующем УК Украины понятия возрастной вменяемости и правовых последствий ее установления. Обосновывается, что признаки возрастной вменяемости не должны исключать уголовной ответственности. Несовершеннолетних с признаками возрастной вменяемости предлагается признавать субъектами преступления. Аргументируется необходимость закрепления в УК Украины особенностей применения принудительных мер воспитательного характера и назначения наказания указанной категории несовершеннолетних.

Елена Николаевна ПОЛИЩУК защитила кандидатскую диссертацию на тему **«Частноправовые начала в уголовном праве Украины: концептуальные аспекты»** (специальность 12.00.08 — уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право). Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины, зав. ка-

федрой уголовного права, проректор по международным связям Национального университета «Одесская юридическая академия» В. А. Туляков. Официальные оппоненты — доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины, декан юридического факультета Львовского государственного университета внутренних дел В. А. Навроцкий и кандидат юридических наук, доцент, научный консультант Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел Е. В. Лашук.

Диссертация является комплексным исследованием концептуальных аспектов частноправовых начал в уголовном праве Украины.

Сделан вывод о том, что уголовное право содержит в себе предписания не только публично-правовой, но и частноправовой этиологии в силу того, что концепт публично-частной дихотомии предусматривает проникновение публичных/частных элементов в отраслевое деление права.

Определено содержание частноправовых начал в качестве диспозитивного режима уголовно-правового регулирования, включающего в себя триаду компонентов: принцип диспозитивности, диспозитивный метод правового регулирования, диспозитивную норму. Предложены авторские дефиниции принципа диспозитивности, диспозитивного метода правового регулирования, диспозитивной нормы уголовного права Украины. Диспозитивный правовой режим в современном уголовном праве Украины распространяется на институты: обстоятельство, исключающих преступность деяния; назначения наказания; освобождения от наказания и его отбывания; освобождения от уголовной ответственности.

Осуществлена классификация диспозитивности в уголовном праве Украины. Исходя из анализа действующего уголовного законодательства, определены виды и перечень уголовно-правовых диспозитивных норм, а также виды диспозитивных уголовно-правовых отношений, которые реализуются на их





## **ЗАКОНОДАВСТВО І ДОКУМЕНТИ**

УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ № 655/2013  
**ПРО ВІДЗНАЧЕННЯ ДЕРЖАВНИМИ НАГОРОДАМИ УКРАЇНИ  
З НАГОДИ РІЧНИЦІ ПІДТВЕРДЖЕННЯ  
ВСЕУКРАЇНСЬКИМ РЕФЕРЕНДУМОМ АКТА  
ПРОГЛОШЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ  
1 ГРУДНЯ 1991 РОКУ**

(Витяг)

За значний особистий внесок у соціально-економічний, науково-технічний, культурно-освітній розвиток Української держави, вагомі трудові досягнення, багаторічну сумлінну працю постановляю:

Присвоїти почесні звання:

«ЗАСЛУЖЕНИЙ ДІЯЧ НАУКИ І ТЕХНІКИ УКРАЇНИ»

ІВАКІНУ Олексію Аркадійовичу — завідувачеві кафедри Національного університету «Одеська юридична академія», доктору філософських наук, професорові

«ЗАСЛУЖЕНИЙ ЮРИСТ УКРАЇНИ»

КАРАКАШУ Іллі Івановичу — завідувачеві кафедри Національного університету «Одеська юридична академія»

Президент України

*Віктор ЯНУКОВИЧ*

30 листопада 2013 року

## Видавництво «Юрінком Інтер» пропонує:



**Конституционные преобразования в Украине: история, теория и практика : монография** / М. Ф. Орзих, А. Р. Крусян, В. Н. Шаповал [и др.] ; под ред. М. Ф. Орзиха. – К. : Юринком Интер, 2013. – 512 с.

ISBN 978–966–667–563–0.

Монография посвящена конституционным преобразованиям в Украине. Представлено изложение процессов подготовки и принятия Конституции Украины 1996 г., конституционно-проектных работ и конституционных преобразований после принятия Конституции Украины, содержание основных направлений конституционной модернизации на современном этапе и ее институционально-правового обеспечения, а также сделана попытка решения проблем теоретико-методологического обоснования реформирования и модернизации, определения влияния иностранных правовых институтов на отечественную конституционную практику, европейского измерения конституционных преобразований в Украине.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических учебных заведений, других специалистов в области конституционного права.



**Сучасна правова енциклопедія** / О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, В. С. Ковальський [та ін.] ; за заг. ред. О. В. Зайчука ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 408 с.

Друге видання енциклопедії містить близько 2000 статей, в яких визначено і витлумачено юридичні терміни і поняття. Це терміни і поняття, які найчастіше зустрічаються у нормативно-правових актах, ЗМІ, правових документах. Значну частину словникового масиву складають терміни, які увійшли в юридичний обіг останніми роками.

Видання розраховане на широке коло читачів, які цікавляться правовими проблемами. Воно стане у пригоді вчителям і учням навчальних закладів системи загальної освіти, абітурієнтам юридичних навчальних закладів, викладачам і студентам, а також працівникам підприємств, установ і організацій, які за родом своєї діяльності мають вирішувати правові питання.

**З питань придбання звертайтеся:** 04209, м. Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31-б  
Тел./факс 413-81-44, тел. 411-69-08, тел. відділу реалізації 411-64-03; 412-36-18  
e-mail: [sales@yuricom.kiev.ua](mailto:sales@yuricom.kiev.ua) <http://www.yuricom.com>