

МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ



МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

НАУКОВИЙ ВІСНИК
МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:
ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 54
Том 2



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

Відповідно до Наказу Міністерства освіти і науки України від 24 вересня 2020 р. № 1188 Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція» було включено до Переліку наукових фахових видань України (категорія Б) за спеціальностями: 081. Право, 293. Міжнародне право.

Серію засновано у 2010 р.

Засновник – Міжнародний гуманітарний університет

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Міжнародного гуманітарного університету
протокол № 5 від 29.12.2021 р.

Видавничча рада:

С. В. Ківалов, акад. АПН і НАПрН України, д-р юрид. наук, проф. – голова ради; **С. А. Андронаті**, акад. НАН України; **О. М. Головченко**, д-р екон. наук, проф.; **М. З. Згуровський**, акад. НАН України, д-р тех. наук, проф.; **М. П. Коваленко**, д-р фіз.-мат. наук, проф.; **В. А. Кухаренко**, д-р філол. наук, проф.; **Я. В. Лупій**, народний артист України; **Г. П. Пекліна**, д-р мед. наук, проф.

Головний редактор – д-р юрид. наук, проф. **Т. О. Губанова**

Голова редакційної ради – д-р юрид. наук, проф., член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України **А. Ф. Крижановський**

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

С. С. Андрейченко, д-р юрид. наук, доц.; **Л. В. Діденко**, д-р юрид. наук, доц.; **К. В. Громовенко**, канд. юрид. наук, доц.; **О. С. Кізлова**, д-р юрид. наук, проф.; **Я. В. Петруненко**, канд. юрид. наук, доц.; **О. О. Подобний**, д-р юрид. наук, проф.; **Н. М. Крестовська**, д-р юрид. наук, проф.; **Д. Г. Манько**, д-р юрид. наук, доц.; **Я. О. Тицька**, канд. юрид. наук, доц.; **Є. М. Цибуленко**, проф. (Естонія).

Партнер журналу
Фінансово-правовий коледж



Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у збірнику «Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету», допускається лише з письмового дозволу редакції.

При передрукуванні матеріалів посилання на «Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету» обов'язкове.

Свідоцтво про державну реєстрацію КВ № 16818-5490Р від 10.06.2010

Адреса редакції:
Міжнародний гуманітарний університет
вул. Фонтанська дорога 33, каб. 402, м. Одеса, 65009, Україна,
Телефон: +38 099 269 70 67, www.vestnik-pravo.mgu.od.ua

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ
ПРАВО І ПРОЦЕС

Костюченко О. Є.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національного авіаційного університету,
провідний науковий співробітник відділу забезпечення інтеграції академічної
та університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

ДОГОВІР АУТСОРСИНГУ: ПОНЯТТЯ ТА ІСТОТНІ УМОВИ

Анотація. У статті досліджується проблема визначення поняття договору аутсорсингу та його істотних умов. Відстоюється думка, що розвиток договірних відносин та поява нових видів договорів, що укладаються учасниками цивільного обороту, вимагає оновлення законодавства, зокрема доповнення ЦК України положеннями щодо нормативного регулювання договору аутсорсингу. Зважаючи на той факт, що договори аутсорсингу укладаються на тривалій основі задля забезпечення діяльності замовника за рахунок залучення у його підприємницьку діяльність зовнішніх джерел, цей вид договорів має свою специфіку, що відрізняє його від договорів підряду та договорів про надання послуг. Також необхідно враховувати те, що види аутсорсингу, які застосовуються у світовій практиці, охоплюють різноманітні роботи та послуги, пов'язані з виробничими можливостями аутсорсерів або наявними у їхньому розпорядженні унікальними технологіями чи засобами виробництва тощо. Обґрунтовується, що визначальною особливістю усіх видів договорів аутсорсингу є те, що вони укладаються між юридичними особами на тривалій час задля інтеграції їхніх виробничих процесів за завданням замовника з метою досягнення підприємницьких цілей останнього. Предметом договору аутсорсингу може бути залучення зовнішніх джерел як у вигляді виконуваної роботи, так і у вигляді аутсорсингових послуг, де кількісні та якісні показники виступають необхідним складником визначення предмета договору аутсорсингу. Для належного виконання сторонами аутсорсингу своїх договірних зобов'язань та досягнення єдності у тлумаченні умов договору, на нашу думку, якісні показники можуть визначатися через функціональний критерій і критерій відповідності. У статті запропоновано для вдосконалення вітчизняного цивільного законодавства у частині договірних зобов'язань закріпити визначення аутсорсингу та його істотні умови. Зокрема, пропонується під договором аутсорсингу розуміти домовленість двох або більше сторін, за якою одна сторона (замовник) для організації своєї діяльності передає свої непрофільні функції або бізнес-процеси іншій стороні (аутсорсеру) на певний строк, а аутсорсер зобов'язується за плату та за завданням замовника залучити власні ресурси для виконання робіт чи надання послуг у кількості та якості, обумовлених договором. Істотними умовами договору аутсорсингу запропоновано визначити предмет договору, де якісні та кількісні показники є його складником, та строк договору.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, договір аутсорсингу, підряд, роботи, послуги, замовник, аутсорсер, істотні умови договору, предмет договору, строк договору.

Постановка проблеми. Розвиток ринкових відносин в Україні неминуче позначився на розвитку договірних відносин, які забезпечують цивільний обіг товарів, робіт та послуг. У зв'язку із цим на практиці все частіше сторони укладають договори, не поійменовані у Цивільному кодексі України (ЦК України). Водночас такий договір, як аутсорсинг, вимагає більш детального правового регулювання, адже на практиці в процесі його реалізації у сторін виникають проблеми, пов'язані з належним виконанням своїх договірних зобов'язань. Невизначеність правового регулювання договору аутсорсингу актуалізує науково-практичну проблему встановлення його приналежності до конкретної групи цивільно-правових договорів та визначення істотних його умов, недосягнення згоди за якими робить такий договір нікчемним. У цьому контексті першочергового вирішення вимагає проблема визначення істотних умов договору аутсорсингу.

Аналіз останніх публікацій свідчить, що аутсорсинг уже тривалий час досліджується науковцями, проте дотепер його юридична характеристика не вирізняється єдністю наукових підходів. Договір аутсорсингу у вітчизняному бізнес-середовищі зайняв своє місце поряд з іншими цивільно-правовими договорами, але його правове регулювання потребує вдосконалення на основі традиційних доктринальних підходів до розуміння базових умов законодавчого регулювання договірних зобов'язань. Науково-методичною базою пропонованого дослідження стали праці таких учених, як: О.В. Борисюк, А.Б. Гриняк, О.В. Дзера, І.І. Зазуляк, О.С. Іоффе, М.А. Йохна, М.І. Карлін, В.І. Крат, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць, О.П. Печений, О.В. Осадчук, А.Е.Ю. Передерій, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.І. Таш'ян, В.Г. Швидка.

Метою статті є визначення поняття договору аутсорсингу та істотних його умов.

Виклад основного матеріалу дослідження. Науковці однакостайні в тому, що нині договір є однією з найбільш поширених форм організації цивільного обігу [1, с. 9]. Також у науці відстоюється думка, що договір являє собою різновид правового акта, тобто виступає зовнішньою юридичною формою, що є носієм змістовних елементів правової системи (норм права, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб та ін.) і спрямована на досягнення певних юридичних наслідків [2, с. 22]. Отже, договір аутсорсингу як конкретний правовий засіб забезпечення цивільного обороту спрямований на впорядкування відносин між його учасниками за рахунок індивідуалізації та конкретизації прав та обов'язків. Для визначення таких прав та обов'язків принциповим є розуміння того, що виступає предметом договору.

Відповідно до положень ст. 638 ЦК України, «договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди» [3]. Водночас на практиці не всі види договорів поійменовані у законодавстві, а ч. 2 ст. 628 ЦК України надає сторонам правову можливість укласти договір, що містить елементи різних договорів (змішаний договір). У такому разі до змішаного договору застосовуються відповідні частини положень актів цивільного законодавства про договори, елементи яких у ньому містяться, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. О.С. Іоффе свого часу писав, що під час визначення кола істотних умов договору не можна не зважати на те, що вирішення цього питання, перш за все, залежить від специфіки кожного конкретного договірного зобов'язання. Для визначення кола істотних умов закон передусім відсилає до спеціальних норм, присвячених договорам певного виду [4, с. 28].

До будь-якого цивільно-правового договору мають застосовуватися норми, що містяться в актах цивільного законодавства. Однак і правильно визначити коло тих норм, які мають застосовуватися до того чи іншого договору, не завжди вдається. Так, якщо зі змісту та суті змішаного договору стає зрозуміло, елементи яких договорів у ньому містяться, то, наприклад, договір аутсорсингу не завжди дає змогу чітко визначити приналежність до того чи іншого виду договорів.

Отже, для належної реалізації договору аутсорсингу у першу чергу необхідно з'ясувати його істотні умови, які, на наше переконання, мають визначитися на підставі загальних положень про договір із застосуванням положень про виконання робіт чи надання послуг [3]. Але для кожного окремого договору аутсорсингу мають ураховуватися ті норми, які відображають його специфіку. Для розуміння суті договору аутсорсингу варто звернути увагу та те, що таке аутсорсинг, і відповідно до цього визначити ті умови договору, які є необхідними згідно з положеннями актів цивільного законодавства.

Термін «аутсорсинг» походить від англійського *outside resource using* – «використання зовнішніх ресурсів». У світовій бізнес-практиці, пише В.Г. Швидка, під цим терміном зазвичай розуміють послідовність організаційних рішень, суть яких полягає у передачі деяких рішень, самостійно реалізованих організацією функцій або видів діяльності зовнішній організації [5, с. 79].

Існують такі види аутсорсингу: професійний аутсорсинг (спеціалізовані послуги, юридичні, бухгалтерські тощо), мультисорсинг, ІТ-аутсорсинг, спеціалізований аутсорсинг, застосовується для конкретних бізнес-процесів, аутсорсинг бізнес-процесів, виробничий аутсорсинг, аутсорсинг проекту, операційний аутсорсинг, місцевий аутсорсинг, офшорний аутсорсинг. Ці види аутсорсингу пов'язані із залученням зовнішніх ресурсів для розвитку бізнесу замовника, наприклад аутсорсинг бізнес-процесів, аутсорсинг людських ресурсів: обробка транзакцій, управління поставками, адміністративна підтримка, юридичне чи бухгалтерське обслуговування, безпека, технологічна підтримка електронної комерції тощо [6].

Як свідчить сучасна практика, сторонами договору аутсорсингу виступають замовник та аутсорсер. Аутсорсинг

бізнес-процесів, стверджують науковці, означає передачу аутсорсеру тих взаємозалежних функцій, видів діяльності (бізнес-процесів), що не є для організації основними (бухгалтерський та податковий облік, логістика, маркетинг, реклама, служба охорони та безпеки, клінінг, організація харчування тощо) [7, с. 121]. М.І. Карлін та О.В. Борисюк зазначають, що аутсорсинг (*outsourcing* – зовнішнє джерело) передбачає, що компанія передає яку-небудь зі своїх функцій зовнішній компанії (підрозділу іншої компанії). Тобто клієнт начебто купує у фірми послугу, а не працю конкретних спеціалістів. Як правило, на аутсорсинг переводять роботи, що необхідні для підтримання життєзабезпечення компанії, але не є профільними для неї: обслуговування комп'ютерних мереж, логістику, маркетингові дослідження, оформлення займів або прибирання приміщень. Одним із найпоширеніших прикладів аутсорсингу є проведення бухгалтерського аудиту спеціалізованою компанією [8, с. 98].

Отже, за договором аутсорсингу можуть виконуватися певні роботи чи надаватися послуги. Фактично від виду аутсорсингу залежить те, норми якої групи договорів необхідно застосовувати в процесі досягнення домовленості між сторонами цивільно-правового договору. Також варто звернути увагу на той факт, що види зовнішніх джерел для забезпечення функціонування замовника за договором аутсорсингу вказують на певні відмінності предмета договору (роботи, послуги), зокрема «послуга споживається в процесі її надання, а виконання роботи та споживання її результатів не збігаються у часі» [9, с. 20]. Ці відмінності суттєво впливають на визначення предмета договору, зокрема:

- у договорі аутсорсингу, де предметом домовленості сторін є надання послуг згідно зі ст. 901 ЦК України, одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором;

- у договорі аутсорсингу, де предмет домовленості сторін полягає у виконанні роботи, необхідно виходити з того, що, згідно зі ст. 837 ЦК України, одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу.

У першому випадку предметом договору аутсорсингу виступають послуги, що споживаються в процесі певної діяльності та які не є матеріальними об'єктами і «нероздільно пов'язані з особистістю послугонадавача» [10, с. 501]. У другому випадку йдеться про конкретний «індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріальної форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки» [10, с. 435]. Водночас необхідно зазначити, що у цивілістичній доктрині не досягнуто єдності поглядів не тільки відносно критеріїв розмежування договору підряду та договору надання послуг, а й навіть відносно класифікаційного співвідношення понять роботи і послуги. Правозастосовна практика у питанні, що розглядається, є досить суперечливою [11, с. 334, 338]. А отже, усе це ускладнює визначення предмета договору аутсорсингу, адже, як показує практика, види аутсорсингу відрізняються не лише за видами виконуваних робіт чи послуг. Йдеться про випадки,

коли серед видів аутсорсингу виокремлюють аутстафінг – домовленість сторін про залучення персоналу як зовнішнього джерела.

Позаяк у цій статті розглядаються договори аутсорсингу, у яких предмет договору стосується робіт чи послуг, звернемо увагу на твердження І.І. Зазуляка, який наголошує, що «належа домовленість сторін щодо предмету договору детермінує, певним чином, подальше виконання договірних обов'язків із передання речі, виконання робіт, надання послуг, спільної діяльності. Тобто вона може допомогти в подальшому найкращим чином задовольнити інтереси кредитора у зобов'язаннях щодо одержання майна у власність чи користування, щодо виконання робіт, надання послуг, спільної діяльності». Автор акцентує увагу на тому, що «предмет договору хоча і є універсальною договірною умовою, що є необхідною для будь-якого договору, залежить від специфіки договору того чи іншого виду, й домовленість щодо нього має враховувати цю специфіку, складові елементи предмету. До складових елементів предмету договору, що відображає його специфіку, відносяться зміст та обсяг робіт у договорі будівельного підряду, кількість та номенклатура товару у договорі поставки, опис нерухомого майна з визначенням площі, адреси та інших даних у договорі відчуження житла та інші» [12, с. 11]. Погоджуючись із наведеними твердженнями, зазначимо, що правильне визначення предмета договору аутсорсингу передусім має принципове значення для належного його виконання і для запобігання можливим розбіжностям у його тлумаченні сторонами договору. Водночас предмет договору аутсорсингу, на нашу думку, не може бути визначений тільки вказівкою на види робіт та завдання замовника чи вид послуги, що очікується в процесі виконання договору.

На наше переконання, замовник та аутсорсер, узгоджуючи предмет договору, повинні визначити кількісні та якісні параметри робіт або послуг і врахувати особливості того виду договору, до підвиду якого належить договір аутсорсингу, укласти який мають намір сторони. Так, договір аутсорсингу на виконання робіт повинен базуватися на загальних правилах договору підряду, а договір аутсорсингу про послуги – на правилах договору про надання послуг.

Визначаючи предмет договору аутсорсингу на виконання робіт, необхідно враховувати не лише кількісні та якісні параметри роботи відповідно до технічних умов, державних стандартів, а й кількісні та якісні показники робіт, що органічно інтегруються в єдиний виробничий процес замовника. Положеннями ЦК України передбачено, що виконання підрядних робіт здійснюється засобами та матеріалами підрядника [3]. І тут ми можемо говорити, що залучення зовнішнього джерела замовником по договору аутсорсингу може передбачати виконання робіт конкретними, визначеними замовником засобами або наявними у його розпорядженні технологіями. По суті, замовник звертається до аутсорсера саме для виконання робіт тими засобами та із застосуванням тих технологій, які потрібні йому в його діяльності.

Також можна говорити, що визначення предмета договору аутсорсингу на базі нормативних положень про договір підряду не завжди задовольняє потреби замовника. Передаючи на аутсорсинг конкретні види робіт, що не є основними в діяльності замовника, останній намагається організувати свою роботу із залученням зовнішніх ресурсів на тривалій основі. Тобто

визначальною особливістю аутсорсингу, яка відрізняє його від підряду, є те, що договірні відносини між замовником та аутсорсером мають тривалий характер, що забезпечує системне та безперебійне виконання аутсорсером робіт. На противагу цьому за договором підряду підрядник має намір виконати конкретну роботу й отримати за це прибуток, що не передбачає тривалості відносин в організації роботи замовника і аутсорсера як діяльності в єдиному виробничому процесі.

А.Е.Ю. Передерій зазначає, що за аутсорсингом відбувається стратегічна, довгострокова інтеграція спільних дій. Орієнтуючись на довгострокові перспективи співпраці, організація-замовник та аутсорсер інтегрують свою господарську діяльність таким чином, що сторони договору беруть на себе зобов'язання щодо розподілу ризиків та участі у розподілі прибутків [13, с. 129, 132]. Водночас така інтеграція діяльності замовника та аутсорсера не може трактуватися у розумінні ст. 1130 ЦК України, коли «сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законів» [3]. За договором аутсорсингу фактично реалізується спільна діяльність сторін договору, але результати такої спільної діяльності потрібні замовникові, і у цьому контексті аутсорсер, що володіє та розпоряджається унікальними технологіями виробництва, устаткуванням та обладнанням, виступає виконавцем робіт не тільки відповідно до завдання замовника, а й у зв'язку з тим, що він виконує роботи із застосуванням визначених замовником засобів та технологій.

Також договір аутсорсингу на виконання робіт може застосовуватися для проведення наукомістких унікальних робіт, результати яких потрібні конкретному замовнику на довгостроковій основі; із цією метою аутсорсер формує власні ресурси (основні фонди) задля задоволення потреб замовника. При цьому єдність процесів діяльності замовника та аутсорсера утворюють між ними зв'язок, який неминуче позначається на розподілі ризиків і розподілі прибутків від основної діяльності замовника.

Разом із тим слід відзначити, що питома вага договорів аутсорсингу припадає на договори, у яких предметом виступають послуги. Послуга як предмет договору аутсорсингу має певні особливості. Зокрема, послуга, яка споживається замовником у процесі вчинення певних дій або здійснення певної діяльності, потрібна йому, як правило, тривалий час. Для замовника отримувана від аутсорсера послуга має дати певний соціальний чи економічний ефект, при тому що результатом надання послуг зазвичай не передбачається створення матеріального об'єкта, з приводу якого сторони уклали цивільно-правовий договір.

Типові послуги, наприклад консультація, навчання тощо, реалізуються без будь-яких суттєвих відмінностей. Аутсорсингові послуги відрізняються системністю, безперебійністю та тривалістю, де фактичний результат послуги залежить не від простого корисного ефекту. Такий ефект має ще й економічні властивості для компанії-замовника, тобто не просто не матеріалізований ефект, а тривалий економічний ефект, наприклад зниження трансакційних витрат замовника або підвищення його конкурентоспроможності, закріплення його конкурентної позиції на нових ринках тощо. Отже, аутсорсингова послуга як предмет договору має вартісне вираження як цілісна сукупність цільових дій чи діяльності аутсорсера. Така послуга має

власні обсяг та зміст, тобто здійснення дій, спрямованих на досягнення економічного ефекту в господарській діяльності компанії замовника аутсорсингової послуги.

Визначаючи предмет договору аутсорсингу, слід також установити якісні та кількісні показники послуги, що є дещо ускладненим завданням, бо переважно такі послуги є унікальними, а їх кінцевий результат не має матеріалізованої форми, яку сторони не завжди можуть передбачити на етапі укладення договору. Уважаємо, що кількість послуги як форма чи міра задоволення потреб замовника може вимірюватися терміном надання послуги. Водночас якість послуги та її оцінка ускладнена, проте, як наголошують науковці, «якість послуги, що надається, є чи не найважливішою характеристикою предмета договору» [10, с. 502].

Заслуговує на окрему увагу той факт, що в сучасному світі послуги мають тенденцію до змін та появи нових видів. Розвиток телекомунікаційних технологій, тривала пандемія, соціальне дистанціювання зумовлюють розширення ринку послуг, що є відповіддю на нові потреби юридичних та фізичних осіб. У такому контексті послуга як предмет договору, на нашу думку, повинна мати критерії оцінки якості послуги. Отже, з огляду на те, що сучасний ринок послуг у світовій економіці постійно зростає, а самі послуги мають тенденцію до розширення за рахунок появи нових потреб бізнесу, відповідно, і вирішення такого питання, як якість послуг, у договорі аутсорсингу має здійснюватися через визначення критеріїв оцінки якості послуг.

Якість аутсорсингової послуги можна визначати, наприклад, через «функціональний» критерій та критерій «відповідності». Перший критерій розкривається через визначення переліку функцій аутсорсера під час надання послуги замовнику, що може включати перелік устаткування чи технологій, які застосовуються аутсорсером у процесі виконання договору. Другий критерій передбачає застосування сторонами нормативів, стандартів тощо та вимоги замовника. Визначення якості аутсорсингової послуги як складник предмета договору є нормативно забезпеченим критерієм задоволення інтересу замовника, який є нематеріальним результатом діяльності аутсорсера. Тобто визначення якості аутсорсингової послуги у договорі через її функціональний критерій та критерій відповідності створює певну правову визначеність у питанні того, яка саме послуга потрібна замовнику й яку зобов'язується надати йому аутсорсер.

Повертаючись до сутності договорів аутсорсингу щодо взаємної інтеграції виробничих процесів замовника та аутсорсера для досягнення мети діяльності замовника, зазначимо, що тривалість виконання робіт чи надання послуг як спосіб залучення у підприємницьку діяльність замовника зовнішнього джерела є визначальною умовою для таких договорів, а отже, ми вважаємо, що, окрім предмета договору з його особливостями та специфікою, істотною умовою договору аутсорсингу виступає строк договору. Саме строк договору як істотна умова договору аутсорсингу виокремлює його з-поміж таких договорів, як договір підряду та договори про надання послуг.

Також варто звернути увагу на те, що замовники укладають договори з аутсорсерами задля мінімізації своїх витрат або для залучення у свої виробничі процеси нових технологій чи інноваційних засобів виробництва. Це свідчить, що аутсорсером виступають юридичні особи, які володіють унікальними чи/та інноваційними засобами праці. А отже, договори аутсорсингу

укладаються між двома юридичними особами, що також указує на певну специфіку цих цивільно-правових договорів.

Висновки. Розвиток договірних відносин та поява нових видів договорів, що укладаються учасниками цивільного обороту, переконують у необхідності оновлення законодавства, а саме: доповнення ЦК України положеннями щодо нормативного регулювання договору аутсорсингу. Зважаючи на той факт, що договори аутсорсингу укладаються на тривалій основі задля забезпечення діяльності замовника за рахунок залучення у його підприємницьку діяльність зовнішніх джерел, цей вид договорів має свою специфіку, що відрізняє його від договорів підряду та договорів про надання послуг. Також необхідно враховувати те, що види аутсорсингу, які застосовуються у світовій практиці, охоплюють різноманітні роботи та послуги, пов'язані з виробничими можливостям аутсорсерів або наявними у їхньому розпорядженні унікальними технологіями чи засобами виробництва тощо.

Визначальною особливістю усіх видів договорів аутсорсингу є те, що вони укладаються між юридичними особами на тривалий час задля інтеграції їхніх виробничих процесів за завданням замовника з метою досягнення підприємницьких цілей останнього. Предметом договору аутсорсингу може бути залучення зовнішніх джерел як у вигляді виконуваної роботи, так і у вигляді аутсорсингових послуг, де кількісні та якісні показники виступають необхідним складником визначення предмета договору аутсорсингу. Для належного виконання сторонами аутсорсингу своїх договірних зобов'язань та досягнення єдності у тлумаченні умов договору, на нашу думку, якісні показники можуть визначатися через функціональний критерій та критерій відповідності.

Для вдосконалення вітчизняного цивільного законодавства у частині договірних зобов'язань пропонуємо:

- під договором аутсорсингу розуміти домовленість двох або більше сторін, за якою одна сторона (замовник) для організації своєї діяльності передає свої непрофільні функції або бізнес-процеси іншій стороні (аутсорсеру) на певний строк, а аутсорсер зобов'язується за плату та за завданням замовника залучити власні ресурси для виконання робіт чи надання послуг у кількості та якості, обумовлених договором;
- визначити істотними умовами договору аутсорсингу: предмет договору, де якісні та кількісні показники є його складниками, та строк договору;
- продовжити дослідження особливостей видів договору аутсорсингу для обґрунтованого формулювання інших нормативних положень щодо цього договору, які необхідно закріпити в цивільному законодавстві.

Література:

1. Андреев С.Е., Сивачева И.А., Федотова А.И. Договор: заключение, изменение, расторжение. Москва : Проспект, 1997. 376 с.
2. Погребняк С. Договор: загальнотеоретичне розуміння. *Вісник Академії правових наук*. 2011. № 4. С. 17–28.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.
4. Иоффе О.С. Обязательственное право. Москва : Госюриздат, 1975. 342 с.
5. Швидка В.Г. Теоретичні та практичні питання правового регулювання договору аутсорсингу в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Вип. 2. Т. 1. С. 79–82.

6. The 11 Types of Outsourcing Explained. URL: <https://myva360.com/blog/the-11-types-of-outsourcing-explained> (дата звернення: 05.01.2022).
7. Осадчук О.В., Йохна М.А. Аутсорсинг як технологія підвищення ефективності діяльності сучасних організацій. *Вісник Хмельницького національного університету*. 2010. № 3. Т. 3. С. 119–122.
8. Карлін М.І., Борисюк О.В. Можливості застосування лізингу персоналу і аутсорсингу в Україні. *Демографія та соціальна економіка*. 2011. № 1. С. 96–102.
9. Гриняк А. Особливості розмежування договорів підяду та договорів із надання послуг. *Підприємництво, господарство і право*. 2012. № 4. С. 18–20.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2-х т. / за заг. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця ; 6-т вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. II. 1048 с.
11. Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монографія / И.В. Спасибо-Фатеева, О.П. Печеный, В.И. Крат и др. ; под. общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2017. 576 с.
12. Зазуляк І.І. Істотні умови договору: теоретичний аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 16 с.
13. Передрій А.Е.Ю. Методика вибору компанії аутсорсера. *Вісник НТУ «ХП»*. 2013. № 22(995). С. 128–133.

Kostyuchenko O. The agreement of outsourcing: concepts and essential conditions

Summary. It is researched the problem of defining the concept of outsourcing agreement and its essential conditions in the article. It is argued that the development of contractual relations and the emergence of new types of agreements concluded by participants in civil turnover convinces of a need to renew the legislation by supplementing the provisions of the Central Committee of Ukraine on regulations of outsourcing agreement. Considering that outsourcing agreements are concluded on a long-term basis to ensure the customer's activities by attracting external sources

to its business activities. These agreements have their own specifics different from work contracts and service contracts. It should be also considered that the outsourcing types which have world experience include a variety of works and services that are related to the production capabilities of outsourcers or available unique technologies or means of production, and so on. It is substantiated that the defining features of all types of outsourcing agreements are that they are concluded between legal entities for a long period to integrate their production processes on behalf of the customer in order to achieve business goals of the latter. The subject of the outsourcing agreement can be both the involvement of external sources in the form of performed work and in the form of outsourcing services, where quantitative and qualitative indicators are necessary for determining the subject of outsourcing agreement. In order to implement properly the outsource services by the parties and the unity to interpretate the terms of the agreement, in our opinion, the quality indicators can be determined through functional criteria and compliance criteria. Working on the improvement of domestic civil law in terms of contractual obligations it is proposed in the article to establish its definition and essential conditions, in particular: it is proposed to understand the outsourcing agreement as an agreement between two or more parties, where one party (the employer) for organization of his business passes his non-relevant functions or business processes to another part (outsourcer) for a certain period, and the outsourcer undertakes for a fee and customer's tasks to attract its own resources to perform work or provide services in quantity and quality specified in the agreement. And by essential terms of the outsourcing agreement there are proposed to determine: the agreement subject, where qualitative and quantitative indicators are its component; and the agreement term.

Key words: civil law agreement, outsourcing agreement, contract, works, services, customer, outsourcer, essential terms of the agreement, an agreement, term of the agreement.

*Андрусів Л. М.,**доктор юридичних наук, доцент,**професор кафедри права**Закладу вищої освіти «Університет Короля Данила»**Припхан І. І.,**кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри міжнародного, конституційного та адміністративного права**Івано-Франківського юридичного інституту**Національного університету «Одеська юридична академія»*

СУТНІСНІ РИСИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Анотація. У статті розглянуто сутність цивільного процесу як правового явища. Дослідження базується на найбільш загальній правовій категорії для цивільного процесу, а саме – юридичного процесу, що дало змогу виокремити загальні сутнісні риси, які характерні для цивільного процесу. Розглянуто позиції та підходи науковців до юридичного процесу, його ознак та класифікації на види. Автори визначають юридичний процес як сукупність здійснюваних суб'єктами права у визначеній логічній послідовності пов'язаних між собою юридично значимих дій, спрямованих на нормативне регулювання будь-яких суспільних відносин або на вирішення на основі норм матеріального права конкретного життєвого випадку, і сукупність виникаючих на основі цих дій і відповідно до процесуальних норм правовідносин. З'ясовано, що юридичний процес завжди детально регламентований приписами норм права (Цивільний процесуальний кодекс України). Норми права визначають: перелік та послідовність дій, які у своїй сукупності й утворюють юридичний процес (цивільний процес); осіб, які уповноважені на вчинення таких дій; проміжні результати для кожної стадії (відкриття провадження, підготовче провадження, розгляд справи по суті, прийняття рішення по суті та ін.), а також кінцевий результат (справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільної справи). Цивільний процес є різновидом юридичного процесу, і, відповідно, для нього є характерними усі його сутнісні риси. Сутнісні риси цивільного процесу: є різновидом юридичного процесу; є сукупністю юридично значимих дій, які спрямовані на досягнення визначеного результату уповноваженими на те особами (розгляд цивільної справи й захист порушеного, невизнаного або оспорюваного права, свободи чи законного інтересу); наявність стадій, які у своїй сукупності й логічній послідовності утворюють правове явище процесу; результати діяльності проміжні (відкриття провадження у справі, підготовче провадження) чи кінцеві (розгляд справи по суті) оформляються в офіційний юридичний документ (ухвала, постанова, рішення); чітке регламентування сукупності та порядку дій нормами права.

Ключові слова: юридичний процес, цивільний процес, Цивільний процесуальний кодекс України, стадії юридичного процесу, юридичний документ, правотворчість, правозастосування.

Актуальність теми дослідження. Відповідно до ст. 2 ЦК України, завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних

справ із метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [14]. Безпосередньо сам порядок цивільного судочинства встановлює Цивільний процесуальний кодекс України. Попри те, що порядок (послідовність юридично значимих дій) встановлено на нормативно-правовому рівні, необхідно розуміти саму природу й сутність цивільного процесу як правового явища. Найбільш загальною правовою категорією для цивільного процесу є юридичний процес, аналіз якого й дасть можливість виокремити загальні сутнісні риси, які характерні для цивільного процесу.

Формулювання мети дослідження. Метою статті є з'ясування сутнісних рис цивільного процесу, що базуються на загальних теоретичних засадах юридичного процесу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Основу досліджень юридичного процесу заклав В. Горшеньов [1], який створив свою наукову школу юридичного процесу. Юридичний процес також становив сферу інтересів В. Протасова [9], П. Кононова [6], О. Фатхутдінової [12], А. Колодія [4], О. Скакун [10]. Також необхідно відзначити одне з останніх досліджень Д. Слинька [11]. Теоретичні засади цивільного процесу досліджували В. Комаров [5], І. Ізарова [3], В. Кравчук, О. Угриновська [7], С. Фурса, Є. Фурса, С. Щербак [13] та інші науковці.

Виклад основного матеріалу. Загалом можемо стверджувати, що в юридичній науці склалися два основні наукові підходи до розуміння юридичного процесу. Так В. Горшеньов розуміє під юридичним процесом усі правові форми діяльності державних органів і посадових осіб, а також інших суб'єктів права стосовно вирішення конкретних юридичних справ [2, с. 8]. Він розглядає юридичний процес як владно-організаційну діяльність компетентних органів та посадових осіб із застосуванням правових норм для вирішення загалом юридичних справ. Таке розуміння юридичного процесу зводиться тільки до правозастосувальних дій та до ухвалення, прийняття актів застосування правових норм.

Представники іншого підходу, зокрема В. Протасов, навпаки, зводять юридичний процес лише до юрисдикційної діяльності компетентних органів, тобто до діяльності з вирішення спорів і притягнення правопорушників до відповідальності [9, с. 19]. Це ще вужче розуміння, оскільки виключає низку актів застосування правових норм, таких як розпорядження, які мають розпорядчий характер, і, відповідно, діяльність, яка здійснюється під час їх видання.

Юридичний процес у ширшому його розумінні визначає П. Кононов як діяльність (сукупність послідовно здійснюваних дій) держави, інших суб'єктів юридичних відносин із встановлення правових норм і введення їх у дію з метою врегулювання життя суспільства, забезпечення правопорядку [6, с. 17]. Це визначення теж не може бути віднесене до широкого розуміння, оскільки поза його увагою залишено правозастосовну діяльність. Дія нормативно-правових актів – це їх фактичний вплив на правові відносини. «Уведення в дію» – це сукупність обставин, з огляду на які він набуває чинності, а не реалізація правової норми. Тому це визначення не включає таку особливу форму реалізації правових норм, як правозастосовна діяльність. Застосування правових норм – це здійснювана компетентними державними органами або уповноваженими на те організаціями організаційно-правова діяльність, яка полягає у встановленні формально обов'язкових правил поведінки індивідуального характеру з метою забезпечення необхідних умов для належної реалізації юридичних норм. Іншими словами, це – видання правил поведінки, обов'язкових для конкретного суб'єкта, наприклад Указ Президента «Про призначення судді Конституційного Суду України», рішення суду, що здійснюється тоді, коли суб'єкт не може самостійно реалізувати правову норму (наприклад, акт про призначення пенсії, право на отримання пенсії можна реалізувати тільки після ухвалення індивідуального правозастосовного акта).

Юридичний процес у широкому розумінні – це сукупність здійснюваних суб'єктами права у визначеній логічній послідовності пов'язаних між собою юридично значимих дій, спрямованих на нормативне регулювання будь-яких суспільних відносин або на вирішення на основі норм матеріального права конкретного життєвого випадку, і сукупність виникаючих на основі цих дій і відповідно до процесуальних норм правовідносин. Таке розуміння процесу є широким, оскільки включає діяльність щодо створення і застосування норм права [8, с. 31].

Щодо сутнісних рис юридичного процесу, то необхідно виходити із запропонованих В. Горшеньовим. Зокрема, юридичний процес полягає у здійсненні операцій із нормами права через вирішення, розв'язання конкретних юридичних справ; дії у межах юридичного процесу вчиняються уповноваженими органами держави чи посадовими особами на користь зацікавлених суб'єктів права; для юридичного процесу характерне врегулювання процедурно-процесуальними нормами, що закріплені у відповідних правових актах; забезпечується відповідним інструментарієм законодавчої техніки [2].

На те, що юридичний процес є нормативно регламентованою формою впорядкування правової діяльності, яка спрямована на оптимальне задоволення і гарантування інтересів суб'єктів права, вказує А. Колодій. Науковець також до сутнісних рис юридичного процесу відносить те, що процес є характерним для юридично значимої діяльності та є гарантією неухильного дотримання норм права; процес має свою правову форму, у якій здійснюють свою діяльність суб'єкти, які уповноважені на вирішення юридичних справ; процес, який регламентований процесуальними нормами та забезпечуваний засобами юридичної техніки [4, с. 83].

Д. Слинько більш деталізовано підходить до рис юридичного процесу та відносить до них такі:

- 1) юридичний процес є різновидом соціального процесу;
- 2) має владний характер;

3) має юридичну природу;

4) має службовий характер;

5) має організаційний характер;

6) має процесуально-нормативний характер, тобто юридичний процес регламентується процесуальними нормами національних і міжнародних актів, на основі яких здійснюється;

7) структурованість, адже юридичний процес має внутрішню будову. Юридичний процес як правова категорія є динамічною системою, що складається з елементів, постійно знаходиться в русі й спрямована на досягнення певного результату;

8) результати юридичного процесу закріплюються у відповідних процесуальних документах;

9) реалізується в результаті юридичної діяльності, що має процесуальну форму. Визначений законом порядок діяльності та реалізація цього порядку і становлять процесуальну форму;

10) пов'язаний із необхідністю використання різних методів і засобів юридичної техніки, досягнень науково-технічного процесу;

11) потребує встановлення та забезпечення цілою низкою гарантій;

12) передбачає нагляд за здійсненням як із боку держави, так і з боку суспільства [11, с. 116–122].

Кожен дослідник, здійснюючи пізнання досліджуваного явища, накладає на нього певні суб'єктивні погляди, що є немінучим, тому, урахувавши наведені позиції та погляди науковців, спробуємо виокремити найзагальніші риси юридичного процесу. Уважаємо, що визначальними для розуміння сутності юридичного процесу є твердження, що юридичний процес є сукупністю послідовних та зумовлених попереднім результатом юридично значимих дій. Що ж це означає? Насамперед це наявність стадій, які у своїй сукупності й утворюють правове явище процесу. Усю діяльність (під час усіх стадій) спрямовано на досягнення певного результату (вирішення цивільної справи). Старт юридичному процесу дає певний юридичний факт (для цивільного процесу – це подання позовної заяви до суду). Важливим аспектом також є те, що для юридичного процесу характерна чітка та логічно послідовна сукупність дій, які й утворюють стадії. Кожна стадія має свій юридично оформлений результат, який є підставою та юридичним фактом для подальших дій. Тільки юридично значиму логічно послідовну діяльність, яка спрямована на досягнення певного результату та у своїй сукупності складається з визначених стадій, можна називати юридичним процесом. Однак це лише одні із сутнісних рис процесу.

Також необхідно вказати на те, що діяльність у межах юридичного процесу пов'язана з виконанням владних повноважень уповноваженими на те органами влади чи посадовими особами.

Кожен результат юридичного процесу незалежно від того, чи він проміжний (для певної стадії) чи кінцевий, належним чином оформляється в офіційний юридичний документ (ухвала, постанова, рішення).

Наступною важливою рисою визначаємо те, юридичний процес завжди детально регламентований приписами норм права (Цивільний процесуальний кодекс України). Норми права визначають: перелік та послідовність дій, які у своїй сукупності й утворюють юридичний процес (цивільний процес);

осіб, які уповноважені на вчинення таких дій; проміжні результати для кожної стадії (відкриття провадження, підготовче провадження, розгляд справи по суті, прийняття рішення по суті та ін.), а також кінцевий результат (справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільної справи).

Щодо класифікації юридичного процесу єдності науковців також немає. Для прикладу наведемо декілька підходів до класифікації. Так, В. Горшенев через критерій «функціональна ознака» виокремлює такі види юридичного процесу: установчий, правотворчий, правозастосовний та контрольний [2, с. 15]. О. Скакун для класифікації юридичного процесу використовує декілька критеріїв. За галузю матеріального права вчена виділяє конституційний, кримінальний, цивільний, господарський та адміністративний процеси [10, с. 132–133]. Наступний критерій, який використовує О. Скакун, – правова форма здійснення функцій держави і, відповідно, такі види юридичного процесу: правотворчий, правозастосовний, судовий, контрольно-наглядовий, установчий [10, с. 133]. Учена також класифікує юридичний процес і за видом судочинства на конституційний, кримінальний, цивільний, господарський, адміністративний [10, с. 134].

Лише два види юридичного процесу виділяє О. Фатхутдінова: правотворчий та правозастосовний. Ці види юридичних процесів також поділяє на різновиди, а саме залежно від виду нормативно-правового акта у межах правотворчого процесу виокремлює законотворчий та нормотворчий процеси. Видами правозастосовного процесу є юрисдикційний (кримінальний, цивільний, господарський, конституційний, адміністративний) і неюрисдикційний (реєстраційний, ліцензійний, нотаріальний, контрольний) процеси [12, с. 7]. На підставі запропонованих науковцями класифікацій юридичного процесу можемо підсумувати, що цивільний процес є юрисдикційним правозастосовним процесом.

Висновки. Відповідно до викладених позицій та міркувань учених, можемо зробити такі висновки. Цивільний процес є різновидом юридичного процесу, і, відповідно, для нього є характерними всі його сутнісні риси. До таких рис цивільного процесу відносимо: сукупність юридично значимих дій, які спрямовані на досягнення визначеного (кінцевого) результату уповноваженими на те особами, а саме на розгляд цивільної справи та захист порушеного, невизнаного або оспорюваного права, свободи чи законного інтересу; наявність стадій, які у своїй сукупності й логічній послідовності утворюють правове явище процесу; результати діяльності, проміжні (відкриття провадження у справі, підготовче провадження) чи кінцеві (розгляд справи по суті), оформляються в офіційний юридичний документ (ухвала, постанова, рішення); чітке регламентування сукупності та порядку дій нормами права. Цивільний процес регулюється процесуальними нормами, які містяться у Цивільному процесуальному кодексі України.

Література:

1. Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва : Юридическая литература, 1972. 256 с.
2. Горшенев В.М. Теория юридического процесса. Харьков : Издательство при Харьковском университете, 1985. 192 с.
3. Изарова И.О. Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу. Київ : Данор, 2015. 335 с.

4. Колодій А.М. Принципи права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 208 с.
5. Комаров В. Основположні принципи цивільного судочинства. *Право України*. 2018. № 10. С. 14–49.
6. Кононов П.И. Административный процесс: подходы к определению понятия и структуры. *Государство и право*. 2001. № 6. С. 16–20.
7. Кравчук В.М., Угриновська О.І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України ; 2-е вид., перероб. і доп. Харків : Фактор, 2010. 800 с.
8. Лєгін Л.М. Законодавчий процес в Україні: теоретико-правове дослідження. Івано-Франківськ : Лабораторія академічних досліджень правового регулювання та юридичної техніки ; Дрогобич : Коло, 2015. 134 с.
9. Протасов В.Н. Юридическая процедура. Москва : Юридическая литература, 1991. 78 с.
10. Скакун О.Ф. Юридична деонтологія. Харків : Еспада, 2008. 400 с.
11. Слинко Д.В. Юридичний процес: історія, теорія, практика : монографія. Харків : НТМТ, 2017. 415 с.
12. Фатхутдінова О.В. Теоретико-правові проблеми юридичного процесу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2000. 16 с.
13. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар : у 2-х т. Київ : Фурса С.Я., 2012.
14. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 11.01.2021).

Andrusiv L., Prypkhan I. Essential features of the civil process

Summary. The article considers the essence of the civil process as a legal phenomenon. The study is based on the most general legal category for civil process, namely the legal process, which made it possible to identify common features that are characteristic of civil process. The positions of scientists and approaches of scientists to the legal process, its features and classification into types are considered. The authors define the legal process as a set of legal entities in a certain logical sequence of related legally significant actions aimed at regulating any social relations or to decide on the basis of substantive law of a particular life case, and a set arising from these actions and in accordance with the procedural rules of legal relations. It was found that the legal process is always regulated in detail by the provisions of the law (Civil Procedure Code of Ukraine). Norms of law determine: the list and sequence of actions, which together constitute the legal process (civil process); persons authorized to perform such actions; intermediate results for each stage (opening of proceedings, preparatory proceedings, consideration of the case on the merits, decision-making on the merits, etc.), as well as the final result (fair, impartial and timely consideration and resolution of civil cases). It was found that the legal process is always regulated in detail by the provisions of the law (Civil Procedure Code of Ukraine). Norms of law determine: the list and sequence of actions, which together constitute the legal process (civil process); persons authorized to perform such actions; intermediate results for each stage (opening of proceedings, preparatory proceedings, consideration of the case on the merits, decision-making on the merits, etc.), as well as the final result (fair, impartial and timely consideration and resolution of civil cases). Civil proceedings are a kind of legal process and, accordingly, it is characterized by all its essential features. The essential features of the civil process are a variety legal process; a set

of legally significant actions that are aimed at achievement of a certain result by authorized persons (consideration of a civil case and protection of violated, unrecognized or disputed right, freedom or legitimate interest); the presence of stages, which in their totality and logical sequence form a legal phenomenon of the process; the results of intermediate activities (opening of proceedings, preparatory proceedings) or

final (consideration of the case on the merits) are formalized in an official legal document (decision, resolution, decision); clear regulation of the totality and order of action by the rules of law.

Key words: legal process, civil process, Civil Procedure Code of Ukraine, stages of legal process, legal document, lawmaking, law enforcement.

*Луцький А. І.,**доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри права
ЗВО «Університет Короля Данила»**Піцик Х. З.,**кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри права
ЗВО «Університет Короля Данила»*

ПОНЯТТЯ ТА ОБСЯГ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ СПАДКОДАВЦЯ ТА СПАДКОЄМЦІВ

Анотація. Актуальність статті полягає у тому, що, незважаючи на всю сучасність спадкового права в частині регулювання прав та обов'язків спадкодавця і спадкоємця, уже зараз виникають суттєві прогалини в регулюванні спадкових правовідносин. Допоміжні репродуктивні технології змушують по-новому поглянути на принципи фіксації кровноспоріднених відносин. Не вшухають суперечки про параметри обов'язкової частки у спадкуванні та повернення до встановлення податку на майно, що переходить у власність у порядку спадкування. Приймаються рішення Європейським Судом із прав людини, у рамках яких аналізується той чи інший аспект права спадкування. Кожна з названих проблем зумовлена різним поданням конституційних положень, що визначають конституційні принципи правового статусу людини і громадянина. Статтю присвячено комплексному дослідженню прав та обов'язків спадкоємця і спадкодавця за спадкування. Викладено результати дослідження, які розв'язують певне коло питань, що стосуються вдосконалення правового регулювання спадкових правовідносин та спадкового правонаступництва. Розкрито такі поняття, як «спадкове право», «спадщина», «спадкове правовідношення», «спадкове правонаступництво», «спадкодавець» і «спадкоємець», а також визначено принципи, притаманні спадковому праву. Визначено, що умовні спадкоємці не згадується у ч. 3 Цивільного кодексу України. Але можливість включення у заповіт умов успадкування не виключена (наприклад, у закритому заповіті або за згодою нотаріуса). У зв'язку із цим виникає питання: що відбувається з таким заповітом після відкриття спадщини? По-перше, слід зробити висновок, що спадкоємці, призначені під відкладальною умовою, не є спадкоємцями у власному (точному) розумінні слова, оскільки не закликаються до спадкування доти, доки не буде дотримано умову. Спадкоємці, призначені під умовою, навпаки, закликаються до спадкування з усіма випливаючими із цього наслідками. Вони так само, як і спадкоємці, призначені безумовно, наділяються правом успадкування, а з моменту прийняття спадщини набувають «право на спадщину». Однак на відміну від останніх право умовних спадкоємців на спадщину може припинитися в будь-який момент, коли умову заповіту не буде дотримано. Відповідно, спадкоємці, призначені підумовою, можуть утратити статус спадкоємців за недотримання умови.

Ключові слова: спадкування, спадщина, спадкові правовідносини, спадкове правонаступництво, спадкодавець, спадкоємець, права та обов'язки спадкоємця за спадкування, права та обов'язки спадкодавця.

Актуальність теми. Незважаючи на всю сучасність спадкового права в частині регулювання прав та обов'язків спадкодавця і спадкоємця, уже зараз виникають суттєві прогалини в регулюванні спадкових правовідносин. Допоміжні репродуктивні технології змушують по-новому поглянути на принципи фіксації кровноспоріднених відносин. Не вшухають суперечки про параметри обов'язкової частки у спадкуванні та повернення до встановлення податку на майно, що переходить у власність у порядку спадкування. Приймаються рішення Європейським Судом із прав людини, у рамках яких аналізується той чи інший аспект права спадкування. Кожна з названих проблем зумовлена різним поданням конституційних положень, що визначають конституційні принципи правового статусу людини і громадянина.

Усі наведені обставини висувають перед вітчизняною правовою наукою низку конкретних завдань, серед яких – обґрунтування змісту, структури і механізму захисту основних прав людини, визначення правового стандарту забезпечення реалізації кожного конкретного права спадкодавця і спадкоємця.

До питання про тенденції розвитку спадкового права в частині прав та обов'язків спадкодавця і спадкоємця у світі немає єдиного підходу, як не існує й єдиного для всіх універсального спадкового права, хоча б тому, що спадкове право, узятє окремо, досить складне для аналізу, оскільки є комплексною галуззю права.

Стан дослідження. Питання правосуб'єктності спадкодавця і спадкоємця у спадковому праві України досліджувала низка вчених, серед яких варто відзначити праці В.К. Дронікова, Ю.О. Заїки, В.М. Коссака, В.В. Луця, А.М. Немкова, З.В. Ромовської, А.А. Рубанова, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси, Л.В. Шевчука, В.В. Гушина, О.В. Дзери та інших учених-юристів.

Виклад основного матеріалу. Ефективна правова регламентація становища окремих категорій спадкоємців, умов набуття ними статусу спадкоємців або позбавлення їх цього статусу в тому числі залежить від вирішення відповідних питань на теоретичному рівні.

Передусім необхідно зупинитися на понятті спадкової правосуб'єктності і її елементах: спадкової правоздатності та дієздатності. Спеціальною правоздатністю наділені категорії громадян, які відіграють ту чи іншу правову або соціальну роль, якщо вони здатні мати такі права і (або) обов'язки, які не

можуть мати всі громадяни (особливі права і (або) обов'язки). Не витримує критики думка авторів, які визнають спадкову правоздатність спеціальною правоздатністю. Спадкова правоздатність – здатність мати суб'єктивне право спадкування – є частиною загальної, рівної цивільної правоздатності громадян. Від неї необхідно відрізнити правоздатність спадкоємців, яку, навпаки, слід уважати спеціальною правоздатністю, оскільки вона може належати лише спадкоємцям. Дієздатність як елемент спадкової правосуб'єктності громадян – тільки здатність спадкоємця своїми діями реалізувати придбане ним суб'єктивне право спадкування. Для виникнення спадкових правовідносин, суб'єктивного права спадкування у конкретних його суб'єктів реальне значення має не спадкова правосуб'єктність у цілому, а спадкова правоздатність як елемент першої. Спадкова правосуб'єктність у повному обсязі (в єдності двох названих елементів) служить для характеристики громадянина як можливого активного суб'єкта спадкових правовідносин, який самостійно, своїми власними діями здатний реалізувати придбане ним право успадкування.

Елементами загального правового статусу громадянина як можливого уповноваженого суб'єкта спадкових правовідносин виступають його здатність мати гарантоване Конституцією право успадкування (частина конституційної правоздатності), спадкова правоздатність як елемент змісту загальної цивільної правоздатності – здатність мати суб'єктивне право спадкування, а також саме загальне (конституційне) право спадкування. Конкретне право успадкування належить окремій особі, покликаний до спадкоємства, – спадкоємцю, а не всім громадянам, тому воно не може становити зміст загального правового статусу, хоча здатність його мати є спільною [1, с. 101].

Загальний правовий статус громадянина як можливого спадкоємця разом із нормами права, якими він і його елементи встановлюються, виступають юридичними передумовами виникнення його суб'єктивного права спадкування, набуття нею спеціального правового статусу спадкоємця, виникнення спадкових правовідносин. Виходячи з більшості існуючих дефініцій спеціального правового статусу, його можна визначити як сукупність специфічних правових можливостей, що належать окремим категоріям громадян, які грають ті чи інші соціальні (які виконують соціальні функції або займають соціальні позиції) або правові ролі. Так, правова роль спадкоємця – особи, що покликана до спадкоємства за законом або за заповітом, передбачає наявність у нього особливих правових можливостей, спеціальний характер яких проявляється у тому, що вони не можуть належати іншим особам, окрім спадкоємців.

Звісно ж, що спеціальним правовим статусом ті чи інші категорії громадян можуть бути наділені як до вступу в конкретне правовідношення, так і після вступу в нього. Принаймні статус спадкоємця громадянин набуває з моменту покликання його до спадкоємства, тобто зі вступу його в спадкове правовідношення. Суб'єктивне право спадкування, яке виступає елементом спадкових правовідносин, входить у зміст правового статусу спадкоємця. Як тільки громадянин став спадкоємцем, він наділяється спеціальною правоздатністю – здатністю мати низку інших спеціальних прав (обов'язків), які становлять зміст інших правовідносин. У зміст правового статусу спадкоємця нелогічно включати спадкову правосуб'єктність, оскільки її основний елемент – спадкова правоздатність – є спільною здатністю наслідувати, властивою всім громадянам та іншим осо-

бам, складовою частиною загального правового статусу громадянина. Останній, своєю чергою, являє собою передумову спеціального правового статусу спадкоємця, а дієздатність виконує свою службову функцію тільки у правосуб'єктності [2, с. 61].

Наступне, на що варто звернути увагу, – це поняття «наступник майна спадкодавця», «спадкоємець», «суб'єкти спадкових правовідносин», «євентуально (можливий) спадкоємець». Уповноваженим суб'єктом спадкових правовідносин виступає особа, покликана до спадкоємства на тій чи іншій підставі, наділена суб'єктивним правом успадкування. Якщо до спадкоємства покликані кілька спадкоємців, то всі вони представляють управлену сторону єдиних спадкових правовідносин, навіть якщо були покликані до спадкоємства не в один і той самий час, – співспадкоємці. Поняття «спадкоємець» ширше, ніж поняття «уповноважений суб'єкт спадкових правовідносин». Спадкоємець – це узагальнена правова категорія, під якою насамперед слід розуміти уповноваженого суб'єкта спадкових правовідносин, а також особу, здатну бути або є суб'єктом інших правовідносин, пов'язаних зі спадковими. Це особа, наділена спеціальним правовим статусом. Особи, які в перспективі можуть бути покликані до спадкоємства за настання низки необхідних юридичних фактів, – це гіпотетичні (євентуальні) суб'єкти спадкового правовідносини. Євентуальні спадкоємці володіють спадковою правоздатністю, яка реалізується тільки після наділення їх суб'єктивним правом успадкування.

Особа може стати спадкоємцем не лише в день відкриття спадщини, а й після нього, із моменту настання передбачених законом юридичних фактів. Уповноваженим суб'єктом спадкових правовідносин спадкоємець залишається і після прийняття спадщини, оскільки у нього залишається право на відмову від спадщини. Якщо ж спадкоємець відмовився від спадщини, то, незважаючи на те, що термін здійснення права спадкування для нього ще не закінчився, він уже не належить до суб'єктів спадкових правовідносин, оскільки, як відомо, відмова від спадщини не може бути згодом змінена або взята назад (п. 3 ст. 1157 ЦК) [3, с. 197].

Окрім того, необхідно відмежувати спадкоємців від інших спадкоємців майна спадкодавця. Наступник майна спадкодавця – більш широке поняття, ніж спадкоємець: вони співвідносяться як ціле і частина. Спадкоємці – універсальні правонаступники померлого, покликані до спадкоємства на тій чи іншій підставі (юридичному складу), наділені суб'єктивним правом успадкування. Термін «наступник майна спадкодавця» може означати як універсального наступника померлого (спадкоємця), так і наступника, який отримує окреме його майно. Шляхом порівняння відносин, урегульованих ст. 1183 ЦК України, зі спадковими правовідносинами, можна зробити висновок, що особи, які мають право на отримання невиключених спадкодавцеві соціальних сум, указаних у цій статті, не є спадкоємцями. Хоча ЦКУ визнає цих осіб спадкоємцями, у дійсності їхнє правове становище сильно відрізняється від правового статусу спадкоємців. Головна відмінність полягає у тому, що вони наділяються не правом успадкування, а специфічним правом на придбання конкретного права спадкодавця – права на отримання сум, наданих громадянину як засоби до існування, невиключених йому за життя з якої-небудь причини. Більшість норм про спадкування, що містяться у Цивільному кодексі України, не можуть бути застосовані для регулювання

даних відносин, оскільки суперечать спеціальним нормам, розрахованим на ці випадки. Наступників спадкодавця, які мають право на отримання несплачених йому соціальних сум, більш вірно було б називати суб'єктами сингулярного наступництва.

Необхідно доповнити класифікацію спадкоємців як уповноважених суб'єктів спадкових правовідносин. Усі юридичні склади спадкування за заповітом або за законом можна розмежувати за критерієм моменту їх настання (за того моменту, коли буде зібраний увесь склад фактів) на юридичні склади, що виникають у день відкриття спадщини (що утворюють відкриття спадщини), і юридичні склади, що виникають після відкриття спадщини:

1. Основні призначені заповідачем спадкоємці, непрацездатні утриманці спадкодавця як спадкоємці «ковзної черзі» і необхідні спадкоємці завжди закликаються до спадкування безпосередньо в день відкриття спадщини.

2. Спадкоємці за законом з першої до сьомої черги, спадкоємці, підпризначені заповідачем, можуть бути покликані до спадкоємства як у день відкриття спадщини, так і після нього.

3. Спадкоємці, що успадковують у порядку спадкової трансмісії, держава за спадкування виморочного майна – суб'єкти, які призиваються до спадкування тільки на підставах, що виникають після відкриття спадщини. Серед спадкоємців існують і такі, які успадковують не просто в разі відокремлення іншого спадкоємця, а саме в розмірі приналежної йому спадщини, тобто які успадковують замість нього. При цьому кожен, хто замінює спадкоємців відповідної групи, наділяється самостійним правом успадкування. Такими є спадкоємці, що успадковують в порядку спадкової трансмісії, за правом представлення, а також спадкоємці, на користь яких була проведена відмова від спадщини [4, с. 279].

Особу, яка вчинила будь-яке умисне кримінально каране діяння проти кого-небудь з осіб – потенційних спадкоємців, має право пробачити тільки заповідач, призначивши його своїм спадкоємцем за заповітом після втрати ним права спадкування. Якщо ж такий злочин скоєно після відкриття спадщини, то спадкоємця слід уважати негідним з тієї причини, що за відсутності можливості встановити дійсну волю спадкодавця необхідно ґрунтуватися на його передбачуваній волі і принципах справедливості. У разі вчинення громадянином тих чи інших злочинів проти кого-небудь з інших спадкоємців або можливих спадкоємців, які не є членами сім'ї спадкодавця (зазначеними в V розділі СК), питання про відсторонення його від спадкування як негідного має вирішуватися судом з урахуванням усіх обставин справи, у тому числі мотиву (цілі) їх здійснення. Якщо ж громадянин учинив проти спадкодавця або будь-якого з його дійсних або можливих спадкоємців умисне протиправне діяння, що не є злочином, встановлення того, що він мав на меті закликати себе або інших до спадкоємства або збільшити належну йому або іншим особам частку спадщини, уявляється логічним і необхідним [5, с. 62].

Така категорія спадкоємців за заповітом, як умовні спадкоємці, як уже зазначалося раніше, не згадується в ч. 3 ЦКУ. Але можливість включення у заповіт умов успадкування не виключена, наприклад у закритому заповіті або за згодою нотаріуса. У зв'язку із цим виникає питання: що відбувається з таким заповітом після відкриття спадщини? По-перше, слід зробити висновок, що спадкоємці, призначені під відкладальною умовою, не є спадкоємцями у власному (точному) розумінні

слова, оскільки не закликаються до спадкування доти, доки не буде дотримано умову. Спадкоємці, призначені під умовою, навпаки, закликаються до спадкування з усіма наслідками, що витікають із цього. Вони так само, як і спадкоємці, призначені безумовно, наділяються правом успадкування, а з моменту прийняття спадщини набувають «право на спадщину». Однак на відміну від останніх право умовних спадкоємців на спадщину може припинитися в будь-який момент, коли умова заповіту не буде дотримано. Відповідно, спадкоємці, призначені під умовою, можуть утратити статус спадкоємців за недотримання умови.

Література:

1. Печений О.П. До питання про особливості спадкових правовідносин. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 129. С. 99–103.
2. Половинкіна Р.Ю. Стан наукової розробки проблеми радянського спадкового права в Україні. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2016. № 3. С. 57–63.
3. Цибульська О.Ю. Основні тенденції становлення та розвитку спадкового права України за часів Стародавньої Русі. *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 18. С. 195–198.
4. Самойлов М.О. Колізійні питання спадкового права у сучасному українському законодавстві. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2006. № 35. С. 277–284.
5. Ходико Ю.Є. Правова природа об'єкта спадкового правовідношення. *Право і суспільство*. 2016. № 5. С. 59–64.

Lutskyi A., Pitsyk Kh. The concept and scope of legal entity of the taxorand inheritants

Summary. The relevance of the article is that despite all the modernity of inheritance law in terms of regulating the rights and obligations of the testator and the heir, there are already significant gaps in the regulation of inheritance. Assisted reproductive technologies are forcing a new look at the principles of fixing blood relationships. Disputes about the parameters of the obligatory share in the inheritance and return to the establishment of the tax on the property that becomes the property by inheritance do not subside. Decisions are made by the European Court of Human Rights, which analyzes one or another aspect of the right to inherit. Each of these problems is due to different views of constitutional provisions that define the constitutional principles of the legal status of man and citizen. The article is devoted to a comprehensive study of the rights and responsibilities of the heir and testator in the inheritance. It presents the results of a study that addresses a range of issues related to improving the legal regulation of inheritance and inheritance. Concepts such as inheritance law, inheritance, inheritance legal relationship, inheritance succession, testator and heir are revealed, as well as the principles inherent in inheritance law are defined. Concepts such as inheritance law, inheritance, inheritance legal relationship, inheritance succession, testator and heir are revealed, as well as the principles inherent in inheritance law are defined. It is determined that conditional heirs are not mentioned in Part 3 of the Civil Code of Ukraine. But the possibility of including in the will the conditions of inheritance is not excluded, for example in a closed will or with the consent of a notary. This raises the question: what happens to such a will after the opening of the inheritance? First, it should be concluded that heirs appointed under a suspensive condition are not heirs in the proper (exact) sense of the word, as they are not called upon to inherit until the condition is met. The heirs appointed under the condition, on the contrary, are called

upon to inherit with all the ensuing consequences. They, as well as the heirs appointed, of course, are endowed with the right of inheritance, and from the moment of acceptance of the inheritance acquire the "right to inherit". However, unlike the latter, the right of conditional heirs to inherit may be terminated at any time when the condition of the will is

not met. Accordingly, the heirs appointed under the condition may lose the status of heirs if the condition is not met.

Key words: inheriting, heritage, hereditary legal relationship, hereditary legal succession, deviser, heir, heir's rights and duties in inheriting, deviser's rights and duties in inheriting.

Ковалишин О. Р.,

кандидат юридичних наук, доцент,

старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО США ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ

Анотація. Статтю присвячено дослідженню причин провідного місця США в поширенні правових інститутів, принципів, доктрин серед систем корпоративного права інших держав. Автор відзначає, що американська модель корпоративного права є акціонероцентричною, зорієнтованою на забезпечення максимального прибутку інвесторів і зростання вартості акцій (частки), тоді як пріоритетами європейського континентального права є соціальна рівність, права людини як основної суспільної цінності.

Акцентовано увагу на тому, що у сучасній системі міжнародних відносин США залишаються єдиною наддержавою, маючи стратегічну перевагу над рештою акторів світової політичної системи у військовій, економічній, культурній галузях, а також у технологічному відношенні, що робить свій відбиток і на правовому регулюванні корпоративних правовідносин.

Сьогодні корпоративне право та й у цілому комерційне право США часто стають взірцем під час конструювання правової бази, якою регулюється питання корпоративного управління, злиття та поглинання, ліквідації підприємств, ринку цінних паперів (зокрема, регулювання засад ворожого поглинання Законом про фондову біржу).

Підкреслено, що економічний чинник відіграє суттєву роль опосередковано через домінуюче становище американських інвесторів у провідних міжнародних структурах, таких як МВФ, Світовий банк, ОЕРС тощо, що надають кредити та інші форми інвестування як урядам, так і прямі інвестиції конкретним суб'єктам господарювання.

Підсумовано, що домінуюча роль американського права у сфері запозичень у корпоративному праві продиктована такими чинниками, як: 1) гнучкість прецедентного права США порівняно з кодифікованим континентальним правом; 2) домінуюча роль американського капіталу (як у прямих інвестиціях США в економіку конкретних країн, так і опосередковано через такі інституції, як МВФ, СБ, ОЕРС тощо); 3) значний політичний вплив США; 4) наявність партнерських стосунків із державами, які запозичують норму права; 5) важливість для неамериканських ТНК присутності на фондовому ринку США; 6) високий рівень юридичної освіти США; 7) статус англійської мови як мови міжнародного ділового спілкування.

Ключові слова: правові запозичення, правовий трансплантат, корпоративне право, експорт норм права, корпоративне право США, чинники сприяння правовим запозиченням, домінування права США.

Постановка проблеми. Аналізуючи найбільш поширені правові запозичення в корпоративному праві, чинники, які їх зумовлюють, можна помітити, що на сучасному етапі провідне місце в поширенні правових інститутів, принципів, доктрин

належить США. Гегемонія німецького права в ХХ ст. у низці країн Європи змінилася на домінування права США [1, с. 42]. Варто лише згадати такі правові інститути, як акціонерна угода, squeeze-out, sell-out та інші правові конструкції правової системи прецедентного права, які сьогодні є невід'ємною частиною системи права країн континентальної Європи.

Стан дослідження. У науковій літературі наявні точки зору, котрі як підтримують факт американізації [2; 3, с. 275; 4, с. 22–28; 5], так і навпаки. Прихильники відзначають: щоб підтвердити вплив запозичень зі США, достатньо навести хоча б такі правові інститути, як *Convertible Bonds* та *Shares of no Par Value* [6, с. 179]. Серед тих, хто заперечує «американізацію» корпоративного права, варто відзначити Матіаса Сімса, який доводить, що підстави для констатації існування такого явища відсутні [7, с. 35]. Загалом проблематику ролі США в «експорті» норм права досліджували Райнер Кульмс, Едвард Грін, Петер Кунс, Джузеппе Марцо, Холгер Фляйшер, Жан Фредерік Морін та ін. Але комплексного аналізу причин превалювання права США в поширенні правових ідей, інститутів на рівні національних систем права не проводилося.

Постановка завдання. Мета статті полягає у тому, щоб з'ясувати причини домінування права США в процесі поширення правових запозичень у корпоративному праві.

Виклад основного матеріалу. Провідний вплив права США на системи права інших країн бере свій початок із ХХ ст. До того часу держава не відігравала тієї ролі у світовій економіці, як, наприклад, Франція, Великобританія чи Німеччина. Більше того, історії відомі випадки, коли право США запозичувало положення права держав континентальної Європи, зокрема Німеччини [8, с. 95–96].

Вплив права США у світовому масштабі поступово нарастає за рахунок невеликих держав, які не мали значного економічного значення. Домінування країни в розповсюдженні правових запозичень (правових трансплантатів) розпочалося після 1945 р., коли США опинилися серед країн – переможниць у Другій світовій війні і мали значний вплив на становлення економіки таких країн, як Японія, Південна Корея, ФРН та низки інших країн Західної Європи, а також за рахунок їхньої провідної ролі як інвестора в основних міжнародних організаціях (Світова організація торгівлі, Міжнародний валютний фонд, Організація економічного співробітництва та розвитку тощо) [9, с. 341].

Сьогодні корпоративне право та й у цілому комерційне право США часто стають взірцем під час конструювання правової бази, якою регулюється питання корпоративного управління, злиття та поглинання, ліквідації підприємств, ринку

цінних паперів (зокрема, регулювання засад ворожого поглинання Законом про фондову біржу (*Securities Exchange Act*, 1933)). Вплив американського права також відчутний у сфері господарського процесу, арбітражу, у рамках яких реалізується захист корпоративних прав. Такі механізми судового захисту, як інститут непрямого позову (*indirect action*) чи інститут групового позову (*class action*), уперше виникли саме у США.

Чинників, які зумовлюють превалювання правових запозичень саме з права США, є декілька.

1) Причини «прихильності» урядів та законотворців держав до права США криється у самій природі англо-американської правової системи, основною характеристикою якої є значна роль прецедентної практики, її гнучкість, здатність швидше реагувати на зміни економічних відносин. Американські корпорації замість того, щоб йти складним шляхом лобювання через парламент, вибирають шлях досягнення результату через рішення суду. Як наслідок, американське право збагатилося десятками рішень стосовно доктрини *Corporate opportunities*, сотнями рішень стосовно *business judgment rule*, тисячами – стосовно *veil piercing* [10, с. 19]. До деякої міри саме у цьому й полягає успіх американської моделі корпоративного права. Швидко реагуючи на потреби бізнесу, воно здатне краще забезпечити інтереси суб'єктів господарювання.

2) Важливу думку висловив видатний американський учений, суддя Річард Познер, автор відомого вчення «Економічний аналіз права», який доводив, що американська судова система під час творення прецедентного права і тлумачення уніфікованого права керується, перш за все, мотивами економічної доцільності та ефективності [11, с. 15–18]. Американська модель корпоративного права є акціонероцентричною, зорієнтованою на забезпечення максимального прибутку інвесторів і зростання вартості акцій (частки), тоді як пріоритетами європейського континентального права є соціальна рівність, права людини як основної суспільної цінності.

Свого часу революція Мартіна Лютера в християнстві та обґрунтування, що багатство не є гріхом, зумовили в подальшому акумулювання капіталу та процвітання країн Північної Європи, де поширився протестантизм (Нідерланди, Бельгія, північ сучасної Німеччини), порівняно з тими регіонами, які й надалі продовжували притримуватися строгих консервативних канонів католицизму (Португалія, Іспанія, Італія). Проводячи паралелі, сьогодні англо-американська прецедентна практика, що ґрунтується на цінностях економічної ефективності та доцільності порівняно із цінностями соціальної рівності європейського континентального права, видається більш конкурентоздатною в «експортних змаганнях» систем права. Візьmemo до прикладу запозичення модельних статутів з Англії. Ідея, кінцева мета якої – знизити собівартість реєстрації малих та середніх підприємств, була позитивно сприйнята значною кількістю держав континентальної Європи.

3) На думку Матіаса Сімса, не слід також виключати і вплив США як однієї з провідних політичних сил світу, що, безумовно, чинить свій вплив і на сферу приватного права, зокрема корпоративного [12, с. 226–227].

У сучасній системі міжнародних відносин США залишаються єдиною наддержавою, маючи стратегічну перевагу над рештою акторів світової політичної системи у військовій, економічній, культурній галузях, а також у технологічному відношенні. На думку Зб. Бжезинського, Сполучені Штати є єдиною

своєрідною світовою державою, міць якої «виявляється через глобальну систему» [13, с. 40]. У сучасних умовах спостерігається диверсифікація Сполученими Штатами методів реалізації зовнішньої політики, оскільки вони намагаються використати всі доступні елементи власної сили: військово-політичні методи, торгівлю, інвестування, поширення політичних цінностей, а також норм регулювання суспільного життя, перш за все у сфері економіки.

Одним із векторів у розвитку публічної дипломатії США у XXI ст. є створення мережевого принципу підтримки та функціонування неурядових організацій, що є партнерами уряду США.

Економіка США й особливо її виробничий сектор суттєво впливають на розвиток світового господарства: через міжнародну торгівлю, де США залишаються одним із найбільших суб'єктів, вивезення капіталу та світову фінансову систему, у якій долар – головна валюта та розрахункова одиниця у міжнародних торгових, інвестиційних, кредитних та інших операціях.

У 2016 р. на американську економіку припадало, за різними оцінками та залежно від методик обчислень, від 15,4% (розрахунок у поточних цінах у доларах США за паритетом купівельної спроможності валют, ППС) до 25% (розрахунок у поточних цінах у доларах США за валютного курсу) світового валового внутрішнього продукту (ВВП), понад 1/3 капіталізації глобального фондового ринку, 1/5 частина світових прямих інвестицій [14].

4) Поширення американської моделі відбувається за рахунок двосторонніх угод про вільну торгівлю. Так, зокрема, сталося у сфері інвестиційного права, коли держави з метою отримання доступу до американського ринку погоджувалися на прийняття американської моделі системи захисту інвесторів [15]. Із метою отримання прямих інвестицій в економіку уряди країн погоджуються на зближення національного корпоративного права з правом США. Економічний чинник відіграє суттєву роль опосередковано через домінуюче становище американських інвесторів у провідних міжнародних структурах, таких як МВФ, СБ, ОЕРС тощо, що надають кредити та інші форми інвестування як урядам, так і прями інвестиції конкретним суб'єктам господарювання. Зважаючи на те, що інвестиційні банки США відіграють провідну роль у міжнародних злиттях та поглинаннях, американське право буде й надалі «експортуватися» за рахунок таких угод [16, с. 295].

5) Значна частина великих неамериканських транснаціональних корпорацій розміщуються саме на фондових біржах США (Orange S.A., Deutsche Bank AG, SAP SE, Orion Engineered Carbons S.A.R.L, BHP Billiton, Delphi Technologies PLC, Fiat Chrysler Automobiles N.V., Ferrari NV, Canon Inc., Honda Motor Co., Ltd., Mitsubishi UFJ, Financial Group, Inc. та ін.) [17]. Усього понад 200 великих європейських акціонерних товариств перебувають у лістингу нью-йоркської фондової біржі NYSE та понад 120 – на фондовій біржі Nasdaq [18, с. 16]. Виходячи на фондовий ринок США, вони зобов'язуються дотримуватися стандартів американського корпоративного права.

6) На думку Хольгера Фляйшера, певне значення має також рівень юридичної освіти у США, що, своєю чергою, зумовлено: 1) жорсткою конкуренцією навчальних закладів та складністю навчання; 2) престижністю юридичної освіти серед іноземних студентів; 3) міждисциплінарним характером навчання та дослі-

джень у сфері корпоративного права, що сприяє домінуючому становищу корпоративного права США. Учений наводить паралелі: так само як свого часу лорди середньовічної Англії, що створювали *ius commune*¹, уважали за престижне і необхідне навчатися на юридичних факультетах Італії та Франції, так і сьогодні студенти вищих континентальної Європи як правонаступники традиції вважають престижним продовжувати навчання в юридичних школах США [19, с. 1136].

7) Артур фон Мерен відзначає, що певне сприяння просуванню американського права надає провідна роль англійської мови як мови міжнародного ділового спілкування. Доступ до текстів судових рішень та уніфікованого корпоративного права мовою оригіналу полегшує порівняння та сприйняття ефективних правових рішень. Цей чинник у жодному разі не варто ігнорувати чи недооцінювати [16, с. 295]. Слід погодитися з автором, особливо коли йдеться про аналіз і сприйняття таких понять і концепцій, як *duty of care*, *duty of loyalty*, *good faith*, стовідсотково вдалі відповідники яких іноді не завжди вдається віднайти під час перекладу на інші мови, що зумовлено як особливостями мовного інструментарію, так і відмінностями відповідної системи права.

Таким чином, домінуюча роль американського права у сфері запозичень у корпоративному праві продиктована такими чинниками, як: 1) гнучкість прецедентного права США порівняно з кодифікованим континентальним правом; 2) домінуюча роль американського капіталу (як у прямих інвестиціях США в економіку конкретних країн, так і опосередковано через такі інституції, як МВФ, СБ, ОЕРС тощо); 3) значний політичний вплив США; 4) наявність партнерських стосунків із державами, які запозичують норму права; 5) важливість для неамериканських ТНК присутності на фондовому ринку США; 6) високий рівень юридичної освіти США; 7) статус англійської мови як мови міжнародного ділового спілкування.

Література:

1. Peter V. Kunz, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen Wirtschaftsrecht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2012, Heft 2/3. P. 37–55.
2. Edward Greene & Pierre-Marie Boury, Post-Sarbanes-Oxley corporate governance in Europe and the USA: Americanisation or convergence?
3. Rainer Kulms, Die US-amerikanische Limited Liability Company – Vorbild für eine deregulierte GmbH? Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 102, 2003, S. 272–287.
4. Ville Ponka, The convergence of law : The Finnish Limited Liability Companies Act as an Example of the So-Called “Americanization” of European Company Law, European Company Law Journal 14, no. 1 (2017): 22–28.
5. Wolfgang Wiegand, Americanization of Law: Reception or Convergence? In Legal Culture and the Legal Profession, ed. Lawrence M. Friedman.
6. Fryde Mieczyslaw, Certain Aspects of Modern Corporations, p. 177-222 in Studies in Polish and Comparative Law, 1945, 274 p.
7. Mathias M. Siems, Shareholder Protection Around The World (“Leximetric II”), Working Paper No. 359, Cambridge, 2007, 35 p.
8. Riesenfeld S., The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States in the Reception of Continental Ideas in the Common Law World (Reimann M., ed., 1993), 1820-1920, 89, 95–96 .

¹ *Ius commune* – термін для позначення прецедентного права Англії, перекладений у порівняльному правознавстві навмисне на латинську з метою підкреслити, що у його творенні велике значення відіграло континентальне право.

9. Koller Heinrich: Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 119 II (2000) 313–360.
10. Weisser, Corporate Opportunities, 1991, S. 19, 29.
11. Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, Ninth edition, Walters Kluwer, 2014, 1026 p.
12. Mathias M. Siems, Convergence in Shareholder Law , 226-27 (2008).
13. Бжезинский З. Великая шахматная доска. Москва : Международные отношения, 2009. 280 с.
14. Kose M.A., Lakatos C, Ohnsorge F, Stocker M, The Global Role of the US Economy: Linkages, Policies and Spill-overs The World Bank. Policy Research Working Paper. № 7962, 2017.
15. Jean Frederick Morin, Gilbert Gagne, What can Best Explain the Prevalence of Bilateralism in the Investment Regime, International Journal of Political Economy, Vol. 36 (1). 2007.
16. Arthur T. von Mehren, Peter L. Murray, Law in the United States. Second Edition, Cambridge University Press, 2007. 325 p.
17. Current List of All Non-US Issuers – NYSE. URL: <https://www.nyse.com>.
18. Giuseppe Marzo, Dr Stefano Zambon, Visualising Intangibles: Measuring and Reporting in the Knowledge Economy, Burlington, 2007, 248 p.
19. Holger Fleischer, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004. S. 1129–1137.

Kovalyshyn O. US company law as a source of legal borrowings

Summary. The article is devoted to the research of the reasons for the leading position of the US law in the spread of legal institutions, principles, doctrines among the company law systems of other states.

The author notes that the American model of corporate law is shareholder-centric, focused on maximizing investor returns and increasing the value of shares. While the priorities of European continental law are social equality, human rights as a fundamental social value.

The article emphasizes that in the modern system of international relations the United States remains the only superpower, having a strategic advantage over other actors in the world political system in the military, economic, cultural spheres, and technology, which is reflected in the legal regulation of corporate legal relations.

It is emphasized that the economic factor plays a significant role indirectly due to the dominance of US investors in leading international structures such as the IMF, World Bank, OECD, etc., which provide loans and other forms of investment to governments and direct investments to specific entities.

The author concludes that the dominant role of US company law in the field of borrowing in corporate law is dictated by the following factors: 1) the flexibility of US case law in comparison with codified continental law; 2) the dominant role of US capital (both in US direct investment in the economies of specific countries, and indirectly through institutions such as the IMF, WB, OECD, etc.); 3) significant political influence of the United States; 4) the existence of trade partnerships with states that borrow the rule of law; 5) the importance for non-US transnational companies of presence in the US stock market; 6) high level of legal education in the United States; 7) the status of English as a language of international business communication.

Key words: legal borrowing, legal transplant, company law, export of legal norms, US company law, factors promoting legal borrowings, dominance of US law.

Васильєв В. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,
докторант кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

МЕТА І СПОСОБИ ОБМЕЖЕННЯ ДОГОВІРНОГО САМОРЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Анотація. Статтю присвячено розгляду сутності обмежень договірної саморегулювання цивільних відносин, їх мети і способів її досягнення. Автор визначає, що юридичні можливості договірної саморегулювання цивільних відносин визначаються обсягом свободи договору. При цьому, на переконання автора, така свобода являє собою забезпечену законом можливість суб'єктів цивільного права задовольняти свої потреби та інтереси шляхом досягнення домовленостей, спрямованих на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, що не порушує суб'єктивних цивільних прав інших осіб. А у більш широкому розумінні свобода договору є забезпеченою законом можливістю суб'єктів цивільного права використовувати договір як інструмент регулювання відносин, що складаються між такими суб'єктами.

Сформовано висновок, що обмеження свободи договору необхідно розглядати у двох ракурсах: 1) установлення меж свободи договору законом і в такий спосіб обмеження обсягу цієї свободи; 2) подальше звуження такої свободи шляхом установлення на рівні закону юридичних моделей індивідуального обмеження свободи договору, а тому і договірної саморегулювання у конкретних правовідносинах за конкретних обставин унаслідок конкретних юридичних фактів або безпосереднє обмеження такої свободи положеннями актів цивільного законодавства.

Проаналізовано окремі нормативні обмеження свободи договору, пов'язані із заборонами та зобов'язаннями укладення договорів, установленням вимог щодо нотаріального посвідчення договору. Також автор аналізує окремі індивідуальні обмеження свободи договору, зокрема такі, як конструкція договору приєднання, укладення договору за рішенням суду тощо.

Обґрунтовано, що обмеження свободи договору можуть здійснюватися не лише шляхом використання таких правових засобів, як позитивні зобов'язання та заборони, а й за допомогою дозволів, які надають можливість суб'єктам цивільного права обмежувати свободу договору в регулятивних цивільних правовідносинах. Це зумовлюється метою відповідних обмежень, яка може полягати як в охороні інтересів окремих осіб, суспільства або держави, так і у забезпеченні задоволення інтересів учасників цивільних правовідносин, що пов'язується з необхідністю надання їм можливості встановлювати відповідні обмеження за допомогою конструкцій, що здатні забезпечити такі інтереси, прикладом чому виступає, зокрема договір приєднання.

Ключові слова: договір, свобода договору, саморегулювання, договірне саморегулювання, обмеження.

Постановка проблеми. Саморегулювання цивільних відносин за допомогою договору нині виступає найбільш гнучкою й адаптивною формою упорядкування приватноправових зв'язків, що складаються між суб'єктами цивільного права. Це зумовлюється переважно властивостями договору як ефективного інструменту правового регулювання суспільних відносин. Окрім того, свобода договору визначена як одна із загальних засад сучасного цивільного права (пункт 3 частини першої статті 3 ЦК України) [1, ст. 3].

Поряд із цим, як і будь-яка міра можливої поведінки особи, правова свобода характеризується певними межами, окресленими, зокрема, положеннями об'єктивного цивільного права як регулятора суспільних відносин. Окрім того, адаптивність механізму цивільно-правового регулювання суспільних відносин і його зумовленість множинністю можливих варіантів поведінки учасників цивільних правовідносин визначає в окремих випадках необхідність обмеження договірної саморегулювання. Однак, незважаючи на поширення договору як інструменту упорядкування цивільних відносин, феномен обмеження договірної саморегулювання цивільних правовідносин нині залишився майже недослідженим на рівні спеціальних наукових досліджень, що виступає перешкодою для комплексного теоретичного розуміння однієї з визначальних засад цивільного права. Тим більше що ця проблема безпосередньо пов'язується з прикладними аспектами нормативно-правового регулювання цивільних відносин, а також застосуванням відповідних положень чинного цивільного законодавства України в умовах практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні аспекти договірної саморегулювання цивільних відносин ставали предметом розгляду таких учених-правників, як: Ю.Б. Алексашина, В.І. Борисова, Б. Віндшейд, О.М. Гончаренко, Г. Дербург, Д.А. Євдокимов, М.Ф. Казанцев, Л.А. Корунчак, В.В. Кочин, Н.С. Кузнецова, О.В. Левада, Н.Г. Лукова, Р.А. Майданик, В.Я. Погребняк, О.В. Розгон, С.М. Січко, І.В. Спасибо-Фатєєва, Д.С. Спесівцев, В.Л. Яроцький та ін.

Мета статті полягає у визначенні правової природи обмеження договірної саморегулювання цивільних правовідносин, що проявляється в обмеженні свободи договору, а також у встановленні мети і способів відповідних обмежень.

Основний матеріал дослідження. Сутність свободи договору, у якій знаходить відображення обсяг правових можливостей суб'єктів цивільного права щодо договірної саморегулювання цивільних відносин, визначається правовою природою двох відповідних елементів, зокрема правової свободи і договору.

Як зазначається у сучасній юридичній літературі, свобода громадянина у своїй основі являє собою визнану або надану законом можливість користуватися і розпоряджатися тим чи іншим соціальним благом, цінністю, задовольняти інтерес або життєву потребу так, щоб це не порушувало права інших людей [2, с. 46]. Своєю чергою, сутність цивільно-правового договору досить чітко розкрита у частині першій статті 626 ЦК України, яка визначає такий договір як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [1, ст. 626].

З окресленого слідує, що свобода договору у суб'єктивному розумінні являє собою забезпечену законом можливість суб'єктів цивільного права задовольняти свої потреби та інтереси шляхом досягнення домовленостей, спрямованих на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, що не порушує суб'єктивних цивільних прав інших осіб, а у більш широкому розумінні – забезпечену законом можливість суб'єктів цивільного права використовувати договір як інструмент регулювання відносин, які складаються між такими суб'єктами, що не порушує суб'єктивних цивільних прав інших осіб.

Конкретний зміст свободи договору визначається статтями 6 та 627 ЦК України і включає можливість суб'єктів бути вільними в укладенні договору (частина перша статті 627 ЦК України) [1, ст. 627], що пов'язується з укладенням договору на засадах свободної волі [3, с. 53], без застосування примусу [4, с. 543]. Також свобода договору визначає можливість вибирати контрагентів, можливість визначати умови договору (частина перша статті 627 ЦК України), можливість суб'єктів цивільного права укладати договори, що не передбачені актами цивільного законодавства України (частина перша статті 6 ЦК України), можливість урегулювати договором, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані такими актами (частина друга статті 6 ЦК України), можливість сторін відступити від положень актів цивільного законодавства України, якщо інше не встановлено відповідними положеннями (частина третя статті 6 ЦК України) [1, ст. 627].

Водночас необхідно звернути увагу на те, що пропоновані сучасними вченими визначення правової свободи, як правило, містять посилання на межі такої свободи як однієї з її характеристик.

Із цього приводу Є.О. Мічурін розглядає обмеження як обставини, що ускладнюють здійснення суб'єктивних цивільних прав [5, с. 153]. Проте досить комплексно визначає обмеження О.В. Розгон. На переконання вченої, вони являють собою зовнішній вплив на суб'єктивне цивільне право (*а в контексті предмету нашого розгляду – на свободу*). – курсив наш. В. В.) конкретної особи, що відображається на відповідних правовідносинах з її участю, тягне за собою стиснення, зменшення можливостей здійснення такою особою своїх правових можливостей і втілюється у конкретних приписах здійснити певні дії або утриматися від певних дій [6, с. 93–94].

Ураховуючи зазначене, обмеження у цивільному праві незалежно від того, чи стосуються вони правових свобод, суб'єктивних цивільних прав, цивільної оборотоздатності об'єктів або інших явищ, необхідно розглядати не лише як категорію правової статистики, а й як категорію динаміки. Це наглядно демонструється її співвідношенням із категорією «межі». Адже будь-яке обмеження за своєю правовою природою спрямову-

ється на встановлення меж. Звідси слідує, що межі, зокрема свободи договору, пов'язуються з певним юридичним станом, який виникає внаслідок обмеження та існує протягом певного часу. У такому розумінні стан, зокрема стан обмеженості, як зазначає Д.С. Спесівцев, характеризує статику правової реальності [7, с. 90].

Ми звикли говорити про іпотеку або про похідні речові права, зокрема такі, як оренда, суперфіції тощо, які називаються в літературі сервітутними, як про обмеження права власності [8, с. 205–206]. Адже внаслідок виникнення таких прав правоможності власника обмежуються порівняно з базовою моделлю права власності, яке надає йому можливість володіти, користуватися та розпоряджатися об'єктом. При цьому відповідні обмеження можуть стосуватися як права власності у цілому, так і окремих його правоможностей [9, с. 98].

Однак слід зважати на те, що за такого підходу обмеження розуміються, зокрема, у локальному аспекті, тобто відносно конкретної ситуації. При цьому у такому разі йдеться переважно про тимчасові обмеження, тобто такі, що встановлюються на певний відносно короткий проміжок часу.

Водночас якщо вийти за межі такого звуженого сприйняття обмежень, яке базується на запроваджених законом моделях і конкретних юридичних фактах, тобто на можливості обмежень, що визначені законом, і їх здійснення у конкретній ситуації внаслідок відповідних юридичних фактів, до розуміння обмежень, як інструментів правового регулювання, що використовуються у ході функціонування механізму упорядкування цивільних відносин, ми отримаємо таке положення: «закон – інструмент». Це дає змогу більш широко поглянути на феномен обмеження свободи договору на рівні закону.

Адже що являє собою система цивільно-правових договорів, відображена на рівні положень об'єктивного цивільного права у конкретний історичний період? Очевидно, що це результат еволюції суспільних відносин і водночас відображення характеру договірних відносин, що склалися у суспільстві.

У контексті окресленого слід зазначити про основну закономірність взаємозв'язку об'єктивного цивільного права і суспільства, яка проявляється у тому, що, як правило, право впорядковує суспільні відносини, які вже склалися у суспільстві. Це ж визначає і специфіку об'єктивного цивільного права як інструменту обмежень свободи договору у розумінні звуження її меж.

Зокрема, слідуючи окресленій вище логіці, договір від самого початку розвитку суспільства виник як інструмент упорядкування суспільних відносин, що походить від самого суспільства. Це означає, що свобода договору як можливість договірного регулювання практично будь-яких відносин і у будь-якій спосіб була притаманна договору як регулятору суспільних зв'язків від самого початку його виникнення. Хоча при цьому такій свободі були властиві і межі, які визначалися первісними нормами поведінки, зокрема табу, звичаєм тощо, які склалися у суспільстві.

Поряд із цим виникнення держави і початок процесу централізованого регулювання, зокрема цивільних відносин, ознаменувалися більш комплексним упорядкуванням суспільних зв'язків, у тому числі шляхом санкціонування загальноприйнятих моделей поведінки і надання їм нормативного характеру. Адже, як зазначає О.С. Стаценко, норми права регулюють

суспільні відносини шляхом сприяння формуванню нових, закріплення вже існуючих або висвітлення віджилих відносин [10, с. 107]. У зв'язку із цим і свобода договору одержала формалізацію, зокрема на рівні принципу цивільного права, у тому числі шляхом чіткого окреслення меж відповідної свободи. Таким чином, закон окреслив межі відповідної свободи і, зокрема, звужив їх, визначивши цивільні відносини або окремі їх аспекти, що не можуть бути змінені договором. Правова природа свободи договору у цьому ключі чітко окреслена Ж.В. Завальною, яка зазначає, що така свобода являє собою міру обмежень, яка встановлюється нормами [11, с. 147].

Ураховуючи зазначене, обмеження свободи договору необхідно розглядати у двох ракурсах: 1) установлення меж свободи договору законом і в такий спосіб обмеження обсягу цієї свободи; 2) подальше звуження такої свободи шляхом установлення на рівні закону юридичних моделей індивідуального обмеження свободи договору, а тому і договірному саморегулюванню у конкретних правовідносинах за конкретних обставин унаслідок конкретних юридичних фактів або безпосереднє обмеження такої свободи положеннями актів цивільного законодавства.

При цьому слід зважати, що відповідні обмеження можуть мати загальний характер, зокрема бути розрахованими на певну групу осіб чи ситуацій, або ж мати індивідуальний характер і стосуватися конкретної особи [12, с. 198–199]. Перший різновид обмежень, як правило, запроваджується законом або іншим нормативно-правовим актом, тоді як другий – актами індивідуальної дії, зокрема актами саморегулювання, рішенням суду тощо.

Ураховуючи викладене вище, цілком закономірно постає питання мети обмеження договірному саморегулюванню цивільних відносин. Із цього приводу Д.А. Євдокимов прямо зазначає, що обмеження свободи договору, як правило, запроваджуються в інтересах суспільства, економічно слабшої сторони договору або кредитора [13, с. 53]. При цьому Є.О. Мічурін і А.М. Денисова вказують, що інститут обмежень покликаний охороняти права та інтереси фізичних осіб [14, с. 117; 15, с. 54], а у більш широкому розумінні – суб'єктів цивільного права.

Однак підтвердити або спростувати цю тезу дасть змогу більш ретельний розгляд конкретних способів обмеження свободи договору, які слід розглядати в контексті їх поділу на нормативні та індивідуальні.

Прикладом нормативного обмеження свободи договору виступає встановлена частиною другою статті 829 ЦК України заборона юридичній особі, яка здійснює підприємницьку діяльність, передавати річ у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю [1, ст. 829]. Фактично ця заборона унеможливує використання договору позички окресленим суб'єктом складом осіб. На переконання О.В. Ночовкіної, така заборона виступає запобіжним заходом у разі впливу засновників, учасників чи інших з указаних осіб на порядок формування волі юридичної особи [16, с. 78]. Тобто у силу існування конфлікту інтересів між юридичною особою, основною метою якої є здійснення підприємницької діяльності, а також відповідними суб'єктами, які прагнуть отримати відповідне майно у безоплатне користування, закон забезпечує інтереси юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності і створює умови для належного виконання нею своїх функцій.

Також прикладом обмеження договірному саморегулюванню цивільних відносин виступає частина третя статті 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність», якою чітко визначено механізми інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва, які передбачають здійснення такої діяльності через фонди фінансування будівництва, фонди операцій із нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових корпоративних облігацій [17, ст. 4]. Із цього обмеження слідує й обмеження видів договорів, що можуть оформляти відповідні відносини. І хоча, як справедливо зазначає Д.С. Спесівцев, унеможливити використання альтернативних юридичних схем інвестування можна лише під загрозою нікчемності відповідних правочинів [18, с. 179], очевидно, що наслідком установленого зазначеною нормою обмеження є, зокрема, звуження кола договірних конструкцій, які можна було б використати для оформлення відповідних відносин. Водночас причиною цього виступає прагнення законодавця забезпечити інтереси інвесторів шляхом унеможливлення використання сумнівних і при цьому ризикових моделей інвестування.

Також бажанням забезпечити інтереси учасників правовідносин і усунути певні ризики майнового характеру для них можна пояснити обмеження щодо форми окремих договорів. Хоча нотаріальне посвідчення не є формою договору, а виступає додатковою вимогою до письмової форми, однак обов'язковість його здійснення як умови чинності правочину обмежує свободу договору в частині можливості суб'єктів цивільного права вибирати форму договору.

Ще одним прикладом обмеження договірному саморегулюванню цивільних відносин виступає частина третя статті 604 ЦК України, яка забороняє новацію щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю та про сплату аліментів [1, ст. 604], що пов'язується із забезпеченням інтересів потерпілого.

Таким чином, нормативні обмеження договірному саморегулюванню цивільних відносин, установлені імперативними нормами цивільного права, повністю відповідають меті цих норм, яка полягає переважно у забезпеченні прав і законних інтересів суб'єктів цивільного права, зокрема потенційних або реальних учасників цивільних правовідносин та/або прав і законних інтересів суспільства чи держави.

Що ж стосується індивідуальних обмежень, то, як обґрунтовано зазначає Д.А. Євдокимов, обмеження свободи договору під час визначення його умов виникають, зокрема, у процесі укладення типових договорів, а також договору приєднання [13, с. 55]. Із цього приводу Ю.Б. Алексашина цілком обґрунтовано вказує на те, що конструкція договору приєднання ґрунтується на фактичному обмеженні свободи у виборі умов договору, що впливає зі співвідношення економічних, організаційних, фінансових та інших характеристик сторін [19, с. 73]. На нашу думку, обмеження свободи договору шляхом застосування конструкції договору приєднання може пов'язуватись як з регулятивними, так і з охоронними цілями. Регулятивна цінність такої конструкції полягає у її зручності, зокрема коли суб'єкт цивільного права, який здійснює передачу речей у власність або у користування, виконання робіт чи надання послуг, здійснює таку діяльність як професійний суб'єкт і при цьому на підставі публічного договору. У такому разі за наявності попиту на відповідні

блага відсутня потреба узгоджувати умови договору та йти на поступки потенційному контрагенту, особливо якщо особа, яка здійснює вказану діяльність, займає монополічне становище на ринку.

Охоронна спрямованість використання конструкції договору приєднання полягає у забезпеченні справедливості для всіх потенційних споживачів відповідних благ, які отримуватимуть їх на однакових умовах. Окрім того, закладені у такий договір умови, як правило, мінімізують ризики для особи, яка пропонує його укладення.

Також до аномальних проявів у цивільному праві слід віднести так званий обов'язковий або легітарний договір, як приклад якого в літературі наводиться договір соціального житлового найму, укладення котрого становить обов'язок власника відповідного житла по відношенню до особи, яка одержала житловий ордер на відповідне майно [20, с. 124]. Сама необхідність укладення договору обмежує свободу власника нерухомості щодо вільного вступу у договірні відносини. При цьому таке обмеження спрямовується переважно на забезпечення прав користувача приміщенням.

Цю ж мету переслідує і так званий судовий порядок укладення договору [21, с. 10], який не отримав поширення у контексті положень чинного цивільного законодавства України, проте визначений статтею 187 Господарського кодексу України [22, ст. 187], яка поширюється на майнові відносини, що складаються між юридично рівними суб'єктами за умови певного їхнього правового статусу, пов'язаного зі здійсненням господарської діяльності.

Окрім того, індивідуальним обмеженням свободи договору виступає обов'язок іпотекодавця отримувати згоду іпотекодержателя, зокрема під час укладення договорів щодо відчуження предмету іпотеки (абзац 4 частини третьої статті 9 Закону України «Про іпотеку») [23, ст. 9]. Без цієї згоди іпотекодавець не може реалізувати свою свободу щодо укладення договору.

Наведені вище випадки є лише незначною частиною з-поміж комплексної системи обмежень, які тією чи іншою мірою звужують свободу суб'єктів цивільного права щодо укладення договору. Проте вони дають змогу сформулювати важливі для науки цивільного права і практики правозастосування висновки.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Проведений аналіз дає змогу стверджувати, що обмеження свободи договору необхідно розглядати у двох ракурсах: 1) установлення меж свободи договору законом і в такий спосіб обмеження обсягу цієї свободи; 2) подальше звуження такої свободи шляхом установлення на рівні закону юридичних моделей індивідуального обмеження свободи договору, а тому і договірної саморегуляції у конкретних правовідносинах за конкретних обставин унаслідок конкретних юридичних фактів або безпосереднє обмеження такої свободи положеннями актів цивільного законодавства.

Окреслене вище показує, що обмеження свободи договору можуть здійснюватися не лише шляхом використання таких правових засобів, як позитивні зобов'язання та заборони, а й за допомогою дозволів, які надають можливість суб'єктам цивільного права обмежувати свободу договору в регулятивних цивільних правовідносинах. Це зумовлюється метою відповідних обмежень, яка може полягати як в охороні інтересів окремих осіб, суспільства або держави,

так і у забезпеченні задоволення інтересів учасників цивільних правовідносин, що пов'язується з необхідністю надання їм можливості встановлювати відповідні обмеження за допомогою конструкцій, що здатні забезпечити такі інтереси, прикладом чому виступає, зокрема, договір приєднання.

Література:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356 (зі змінами).
2. Лаба О.В. Формування сучасних підходів до проблеми прав і свобод людини. *Часопис Київського університету права*. 2008. № 4. С. 42–46.
3. Гольцов В.Б. О понятии договора в гражданском праве. *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2005. № 4. С. 46–55.
4. Лукова Н.Г. До питання про свободу договору. *Вісник Донецького національного університету. Серія В: економіка і право*. 2007. Вип. 1. С. 542–547.
5. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2009. 469 с.
6. Розгон О.В. Межі та обмеження права власності : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2005. 225 с.
7. Спесівцев Д.С. Юридичні факти-стани в цивільному праві України: проблемні аспекти наукової концепції. *Юридичний вісник*. 2019. № 3. С. 42–48.
8. Безсмертна Н.В. Межі здійснення права приватної власності. *Наукові записки НаУКМА*. 2001. Т. 19. Спец. вип. Ч. 1. С. 204–208.
9. Кізлов С. Обмеження права власності в суспільних інтересах. *Юридичний вісник*. 2018. № 4. С. 95–99.
10. Стащенко О.С. До питання про природу соціального механізму дії права. *Держава і право*. 2009. Вип. 46. С. 106–111.
11. Завальна Ж. Свобода договору: окремі теоретичні аспекти. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 12. С. 144–147.
12. Левада О.В. Класифікація правових обмежень як засобів регулювання суспільних відносин. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 138. С. 194–201.
13. Євдокимов Д. Свобода договору та її обмеження в цивільному праві України. *Юридичний журнал*. 2008. № 5(71). С. 52–55.
14. Мічурін Є. Місце обмежень майнових прав фізичних осіб у системі цивільного права України. *Право України*. 2007. № 10. С. 114–117.
15. Денисова А.М. Правові обмеження: поняття, види, функції. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 51–55.
16. Ночовкіна О.В. Договір позички за цивільним кодексом України : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. 212 с.
17. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 № 1560-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 47. Ст. 646 (зі змінами).
18. Спесівцев Д.С. Фонд фінансування будівництва: основні проблеми охорони й захисту прав та інтересів довіртелів. *Вісник НТУУ «КПІ». Серія «Політологія. Соціологія. Право»*. 2021. № 149). С. 176–181.
19. Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин. *Юридична Україна*. 2012. № 12. С. 68–74.
20. Шишка Р.Б. Характеристика договорів. *Юридичний вісник*. 2013. № 4(29). С. 121–127.
21. Бервено С. Цивільно-правова характеристика укладення договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 4. С. 10–13.
22. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144 (зі змінами).
23. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 38. Ст. 313 (зі змінами).

Vasyliiev V. Purpose and means to limit contractual self-regulation of civil relationships

Summary. The article deals with the essence of limitations of contractual self-regulation of civil relationships as well as with the purpose and means of such limitations. The author defines that juridical possibilities of contractual self-regulation of civil relationships are determined by the volume of contractual freedom. At the same time author considers such a freedom as guaranteed by the law possibility of a person to satisfy his needs or interests by agreements purposes the establishment, change of deprivation of civil rights or duties that does not violate subjective rights of other persons. In a broad sense contractual freedom is guaranteed by the law possibility of persons to use contract as an instrument of regulation of relationships that arose with their participation.

It is concluded that limitation of contractual freedom has two forms: 1) statement of borders for contractual freedom by the law and in such way limitation the volume of it; 2) further limitation of contractual freedom by establishing the juridical models of personal limitation of freedom of contract by legislative provisions and in this way limitation of contractual self-regulation in concrete legal relationships in concrete

circumstances by concrete juridical facts or limitation of such a freedom directly by legislative provisions.

Certain normative means of limitations of the contractual freedom related to restrictions and obligations to conclude the contract as well as notarization of a contract are analyzed in the article. Also the author considers individual limitations of contractual freedom particular such as construct of adhesion contract, concluding the contract by judgment etc.

It is substantiated that limitation of contractual freedom can be provided not only by using such juridical means as positive obligations and restrictions but also by such means as permissions that allows the subjects of civil law to restrict contractual freedom in regulatory civil relationships. The matter is in the purpose of such restrictions. It can be as the guarantees for ensuring the interests of separate persons, society or the state, as necessity to ensure the satisfaction of the interests of civil relationships participators that related to necessity to empowering them for creation the constructs that can satisfy such interests (for example the construct of adhesion contract).

Key words: agreement, contractual freedom, self-regulation, contractual self-regulation, limitation.

*Гуйван П. Д.,**кандидат юридичних наук,**заслужений юрист України,**професор**Полтавського інституту бізнесу**Закладу вищої освіти «Міжнародний науково-технічний університет імені академіка Юрія Бугая»*

ОСОБЛИВОСТІ НАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ. ЧАСОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. Статтю присвячено дослідженню актуального питання про належність виконання грошового зобов'язання. У цьому контексті розглянуто часові аспекти виконання обов'язку сплатити кошти. Визначено юридичний зміст як самого грошового зобов'язання, так і відповідальності за його порушення, вирішено проблему встановлення початкового та кінцевого термінів як регулятивного, так і охоронного правовідношення. Установлено, що зобов'язання, за яким одна особа мусить сплатити кошти, а інша вправі їх вимагати, є грошовим, і воно підлягає регулюванню загальними зобов'язальними правилами цивільного закону. Ніяким іншим воно бути не може. Власне, несплата грошей у встановлений строк тягне ті самі загальні санкції, що й порушення будь-якого іншого зобов'язання. До боржника можуть бути застосовані такі засоби відповідальності, як неустойка, стягнення нанесених збитків, розірвання договору тощо. Разом із тим, як уже зазначалося, українське законодавство, урахувавши особливий статус грошових зобов'язань, передбачило і спеціальну відповідальність. Наголошено на тому, що в українському правозастосуванні відсутня усталена позиція щодо цього, отже, спостерігаються часто неправильні підходи у судовій практиці до безпідставного звільнення боржника, що прострочив оплату, від відповідальності. Насправді, відмова у судовому стягненні штрафних санкцій може бути *лише* тоді, коли вони не встановлені ні законом, ні договором. Окремо розглянуто умови договору, відповідно до яких термін оплати продукції має настати через певний час після виставлення рахунку кредитором за грошовим зобов'язанням. У цьому разі, як правило, також має місце визначення строку виконання за вимогою кредитора. При цьому така ситуація цілком відповідає принципам добросовісності виконання. Виставлення рахунку необхідно прив'язувати до вимоги кредитора виконати зобов'язання під час визначення терміну виконання моментом такої вимоги. У роботі наголошено, що грошовий обов'язок повернути кошти виникає також, коли закон кваліфікує їх як безпідставно збережені чи набуті. У цьому разі пропонується встановити «нормальний» період для виконання грошового зобов'язання виходячи з правила ч. 2 ст. 530 ЦКУ, причому, визначаючи точку відліку права на вимогу, на практиці слід керуватися поняттям розумності даного строку.

Ключові слова: строк виконання договору, грошове зобов'язання.

Постановка проблеми. Однією з головних засад сучасного майнового обігу є принцип належного виконання зобов'язань [1, с. 7–8], сутність якого полягає у тому, що виконання має бути проведене учасниками взаємин належним чином відповідно до

умов договору та вимог законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обігу або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦКУ, ч. 1 ст. 193 ГКУ). Саме в результаті належного виконання найбільшою мірою задовольняються інтереси кредитора [2, с. 103]. Одним із важливих елементів даного принципу вважається те, що правило стосовно належності виконання стосується і своєчасності вчинення дій, які становлять зміст зобов'язання. Зокрема, у ст. 530 ЦКУ вказується: 1) якщо у зобов'язанні встановлено строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін). Зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений указівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню з настанням цієї події; 2) якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлено або визначено моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо інше не випливає з договору або актів цивільного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі питання часового впливу на можливість належної реалізації суб'єктивного права в межах цивільного правовідношення, зокрема грошового зобов'язання, вивчалися такими вченими, як В.П. Грибанов, В.В. Луць, О.С. Йоффе, С.В. Сарбаш, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.Д. Крупчан, Д. Чечот, С.О. Сліпченко тощо. Загалом указані дослідження зробили істотний внесок у теоретичне визначення та сутнісне обґрунтування темпоральних координат суб'єктивного матеріального права та кореспондуючого йому обов'язку. Разом із тим залишаються неврегульованими окремі аспекти загальної проблематики. Окремі особливості правового конструювання спеціальних взаємин, наприклад грошових, їх практичне застосування залишилися переважно поза увагою науковців. Отже, потребує аналізу питання про строки та порядок виконання грошового зобов'язання та щодо моменту виникнення подібних регулятивних та охоронних взаємин. Їх з'ясування є **метою статті**.

Виклад основного матеріалу. В аспекті розглядуваної проблематики цікавим є питання, наскільки поширені у цивільному обігу правовідносини, у яких строк виконання зобов'язання боржником не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги кредитором. Зобов'язання з не встановленим строком виконання зустрічаються досить часто у таких цивільно-правових договорах, як зберігання, позика, оренда, доручення тощо. Ці договори взагалі можуть не містити умови про строк (термін) виконання, що не робить їх дефектними. Так само, як і у договорах, у яких строк (термін) обумовлений

моментом вимоги, виконання зобов'язання боржником повинно відбутися з настанням певної події – пред'явленням подібної вимоги. Трохи по-іншому виглядає умова договору, відповідно до якої термін оплати продукції має настати через певний час після виставлення рахунку кредитором за грошовим зобов'язанням. Така ситуація характерна для договорів про постачання окремих видів ресурсів: нафти, газу, електричної та теплової енергії, води тощо. Договори, що опосередковують подібні відносини, мають довгостроковий характер, величина товару, що постачається за певний розрахунковий період, часто визначається потребою покупця і встановлюється, як правило, у вигляді граничної величини. Фактично поставлена величина товару уточнюється за підсумками розрахункового періоду, і сума коштів, що підлягають сплаті, оформляється розрахунковим документом. Тобто в договорі зазначена договірна величина кожної періодичної поставки (інакше за відсутності даної суттєвої умови договір не можна вважати укладеним), але вона може іноді істотно відрізнятись від фактично отриманої. При цьому сторони договору погодилися, що платіж кожного періоду має відбутися після оформлення та виставлення кредитором такого розрахункового документу.

У цьому разі також має місце визначення строку виконання за вимогою кредитора. Але така ситуація цілком відповідає принципам добросовісності виконання. Умова про строк платежу, як правило, не є суттєвою для більшості цивільно-правових договорів, тому визначеність строку платежу моментом вимоги кредитора (чи навіть невизначеність його взагалі) не приводить договір у невідповідність із законом. Якщо за змістом договору платіж має відбутися лише після виставлення рахунку, обов'язок боржника сплатити кошти починається після вчинення відповідної дії кредитором. Це правило повинно діяти навіть тоді, коли боржник може самостійно, без отримання рахунку встановити розмір своєї заборгованості. Виставлення рахунку необхідно прирівнювати до вимоги кредитора виконати зобов'язання під час визначення терміну виконання моментом такої вимоги.

У ст. 509 Цивільного кодексу законодавець надає лише приблизну класифікацію зобов'язальних взаємодій. Утім, навіть у наведеному невичерпному переліку зобов'язальних взаємин падає в очі одне з них, котре має універсальний характер та реалізується практично у кожному з блоків договірних матеріальних взаємин. Ідеться про так зване грошове зобов'язання. За ним боржник (незалежно до того, за що він мусить передати кошти: за отриманий товар, виконану на його користь роботу чи отриману послугу) повинен сплатити гроші, а кредитор має право вимагати виконання такого обов'язку. Звісно, особливості предмета виконання визначаються специфікою конкретного правовідношення, підставами виникнення зобов'язання та ступенем нормативної урегульованості. Але, урахувавши переважно еквівалентно-відплатний характер матеріальних взаємодій у сучасному майновому обігові, більшість із них включає до свого складу зобов'язання, за яким боржник повинен передати (сплатити) гроші, а кредитор вправі вимагати такої дії. Такі зобов'язання мають назву грошових, вони є найбільш поширеними у цивільних та господарських відносинах. Більше того, чинне українське законодавство приділяє окрему увагу регулюванню грошових зобов'язань, часто конкретизуючи щодо них певні загальні правила, які стосуються предмета виконання (ст. 524, 533–537 ЦКУ, 198 ГКУ).

Питання щодо визначення юридичного змісту як самого грошового зобов'язання, так і відповідальності за його пору-

шення, встановлення початкового та кінцевого термінів, як регулятивного, так і охоронного правовідношення є досить актуальними. Слід погодитися з В.В. Луцьом, що питання стосовно застосування санкцій, зокрема цивільно-правової відповідальності, тісно пов'язані зі строком чинності регулятивного зобов'язання. Такі наслідки настають, якщо порушення мало місце під час існування останнього. Під час учинення правопорушення поза межами дії регулятивних взаємин особа може притягатися до відповідальності за правилами, встановленими для зобов'язань позадоговірного характеру, наприклад заподіяння шкоди [3, с. 127]. У цьому контексті на окрему увагу заслуговує аналіз цивільного та господарського законодавства України та порядок його застосування у разі виникнення, здійснення та порушення грошового зобов'язання. Мусимо констатувати, що єдиної концепції щодо належності виконання обов'язків, предметом яких є сплата грошових коштів, наразі не напрацьовано, особливо це відчувається під час аналізу сучасної літератури та прикладів правозастосовної практики, які стосуються підстав, строків та порядку застосування правових наслідків неналежного виконання грошових зобов'язань. Строкатість чинного законодавства та різнобій у судовій практиці лише підкреслюють проблемність питання.

У зобов'язальних правовідносинах боржник мусить здійснити певні дії на користь кредитора, для виконання грошового обов'язку така дія полягає у сплаті коштів. Невиконання у визначений строк (термін) такого обов'язку є порушенням права кредитора. Останній, своєю чергою, має контролювати хід виконання обов'язку, тому вважається, що він повинен знати про порушення цивільного права від моменту його прострочення. У зв'язку із цим потребує додаткового аналізу саме визначення моменту порушення суб'єктивного права. Від чіткого розуміння питання «коли відбулося порушення права або інтересу» залежить дуже багато: і можливість застосування передбачених законом чи договором санкцій, і початок перебігу строку для судового захисту. Утім, аби визначитися з поняттям «прострочення», спочатку слід установити, коли і з якої правової підстави виникло зобов'язання, котре в подальшому виявилось порушеним, та яким був строк його виконання. Моменти початку та закінчення виконання регулятивного обов'язку щодо сплати грошей, як правило, відомі контрагентам від початку правовідношення, позаяк строк як умова, що характеризує зміст зобов'язання, переважно визначається сторонами договору чи нормативно. Як варіант такого регулювання слід розглядати і передбачений у ч. 2 ст. 530 ЦКУ випадок, коли строк визначається вимогою кредитора, яку останній вправі пред'явити, коли йому заманеться. Тоді період належного виконання почнеться від часу отримання вимоги та спливе через тиждень.

Разом із тим існують і більш складні правові інструментарії щодо визначення темпоральних чинників грошового зобов'язання. Наприклад, продавець, що отримав попередню оплату товару і не поставив його своєчасно, на вимогу продавця повинен повернути кошти [4, с. 83] навіть попри те, що у нього з'явилася можливість виконати товарний обов'язок із простроченням (ч. 2 ст. 693 ЦКУ). При цьому непередання продавцем товару в обумовлений строк призводить до однакових наслідків у разі вимоги покупця незалежно від того, чи була вчинена попередня оплата на виконання договірного обов'язку, чи така дія, не будучи для покупця обов'язковою, відбулася за ініціативи останнього. Адже, відповідно до ст. 531 ЦКУ,

боржник, як правило, може виконати зобов'язання достроково (у даному разі здійснити попередню оплату). Таке виконання є належним, отже, кредитор мусить його прийняти. Тож цілком логічно, що чинне українське законодавство не співвідносить появи встановлених ним нових грошових зобов'язань щодо повернення попередньої оплати з підставами отримання передоплати. Для виникнення регулятивного зобов'язання щодо повернення коштів потрібен певний фактичний склад у певній послідовності: отримання оплати товару продавцем, прострочення ним товарного обов'язку, пред'явлення вимоги покупця про повернення грошей. У такому разі грошове зобов'язання, у якому боржником буде продавець, теж почнеться від отримання вимоги і триватиме сім днів [5, с. 118].

Грошовий обов'язок повернути кошти виникає також, коли закон кваліфікує їх як безпідставно збережені чи набуті. У цьому разі встановити «нормальний» період для виконання грошового зобов'язання дещо важче. Стаття 1212 ЦКУ не вказує, протягом якого часу необхідно виконати обов'язок повернення такого майна, у тому числі й тоді, коли воно свого часу було набуто правомірною, але належна підстава такого набуття згодом відпала. Думається, за таких обставин на практиці слід керуватися поняттям розумності даного строку. Отже, як бачимо, правові підстави виникнення регулятивних грошових зобов'язань можуть бути різним: договір, вимога вірителя, складна сукупність юридичних фактів тощо, але їхній зміст залишається однаковим – боржник мусить своєчасно заплатити гроші, а кредиторів належить право вимагати такої поведінки. Строк виконання зобов'язання являє собою умову [6, с. 40], він є невід'ємним складником його змісту. На відміну від інших зобов'язальних відносин, у яких, власне, може існувати багато способів порушення, невиконання грошового зобов'язання практично завжди проявляється у недотриманні боржником часового складника його змісту, тобто простроченні. У такому разі настають несприятливі для боржника правові наслідки, встановлені договором або актом законодавства.

Власне, несплата грошей у встановлений строк тягне ті самі загальні санкції, що й порушення будь-якого іншого зобов'язання. До боржника можуть бути застосовані такі засоби відповідальності, як неустойка, стягнення нанесених збитків, розірвання договору тощо. Разом із тим, як уже зазначалося, українське законодавство, урахувавши особливий статус грошових зобов'язань, передбачило і спеціальну відповідальність у вигляді інфляційних нарахувань, відсотків річних (ч. 2 ст. 625 ЦКУ), процентів за користування чужими (неповернутими) коштами (ст. 536 ЦКУ), спеціальної неустойки (ч. 6 ст. 231 ГКУ). Усі зазначені негативні наслідки невиконання грошового обов'язку реалізуються у межах охоронного правовідношення, котре виникає від часу порушення і має позовну забезпеченість, тобто може бути реалізованим примусово за допомогою юрисдикційних органів.

На перший погляд, така велика кількість загальних та спеціальних санкцій до неналежного грошового боржника має свідчити про посилену турботу законодавця про стабілізацію майнового обігу шляхом правового забезпечення своєчасності та належності розрахунків. Проте це не зовсім так. Запровадивши спеціальні засоби відповідальності за порушення грошового зобов'язання, закон разом із тим не надав їх сутнісного тлумачення. Як результат, у правозастосовній практиці сьогодні немає єдності щодо застосування тих чи інших

видів відповідальності. Так, маємо приклади, коли за те саме прострочення грошового обов'язку одночасно застосовуються два способи одного виду відповідальності (пеня і штраф)¹ або, навпаки, коли в задоволенні судової вимоги про застосування відповідальності відмовляється у зв'язку з тим, що певна санкція «не підходить» до даного правопорушення.

Правильне тлумачення змісту конкретного правила поведінки має вирішальне значення для встановлення обсягу та тривалості матеріального відношення. Один із загально-правових принципів регулювання товарних відносин полягає у такому: якщо закон визначає якусь взаємодію як зобов'язальну, то її порушення обов'язково потягне передбачену відповідальність. Утім, ця, здавалося б, непохитна теза, на жаль, не завжди знаходить своє відображення у правозастосовній практиці. Фактично отримуємо численні рішення судів, котрі, констатувавши невиконання грошового обов'язку, не вважають за потрібне чи можливе застосувати засоби відповідальності до порушника. Найбільш поширеними підставами для відмови у притягненні до відповідальності грошового боржника є такі: а) зобов'язання щодо сплати коштів є специфічним, «незвичайним», негрошовим у розумінні ст. 625 ЦКУ, тож відповідальність за порушення грошового обов'язку до цих відносин не застосовується; б) зобов'язання щодо сплати коштів хоча і є грошовим, але, оскільки воно виникло не з договору, у разі його порушення не може застосовуватися передбачена законодавством відповідальність; в) штрафна відповідальність за вказане порушення може застосовуватися тільки тоді, коли вона встановлена у договорі.

Між тим усі вказані підходи є відверто надуманими. Пердусім тому, що зобов'язання, за яким одна особа мусить сплатити кошти, а інша вправі їх вимагати, є грошовим, і воно підлягає регулюванню загальними зобов'язальними правилами цивільного закону. Ніяким іншим воно бути не може. Утім, у судових рішеннях часто зустрічаємо фразу на кшталт такої: за своєю суттю обов'язок щодо повернення грошових коштів, отриманих, наприклад, як передплата, не можна розцінювати як грошове зобов'язання в розумінні ст. 625 ЦК України [7]. На жаль, такий підхід сьогодні досить розтиражований у судовій практиці. Але він не ґрунтується на правових актах. По-перше, норма ст. 625 ЦКУ не визначає поняття грошового зобов'язання, а лише встановлює наслідки його порушення. Із даної норми вбачається, що вона має імперативний характер і застосовується за будь-якого порушення грошового обов'язку незалежно від його сутті та підстав виникнення. По-друге, цивільні та господарські правові норми, котрі дають визначення грошового зобов'язання, теж не проводять їх штучного розподілу залежно від певних обставин, як те пропонує зробити правозастосовний орган. Зобов'язання є грошовим, якщо до його змісту входить обов'язок боржника передати кошти і право кредитора вимагати виконання цієї дії (ч. 1 ст. 173 ГКУ, ч. 1 ст. 509 ЦКУ).

При цьому необхідно зважати на те, що грошові зобов'язання не поділяються за підставами виникнення [8, с. 120–121]. Як справедливо вказував Д.І. Мейер, гроші бувають предметом зобов'язань, і це природно, бо зобов'язання примикають до сфери майнових прав, а будь-яке майно оцінюється грошми [9, с. 129]. Отже, однаковий зміст мають усі грошові регулятивні зобов'язання: сплатити за товар, роботу чи послугу (у

¹ Згідно з положенням ст. 230 ГКУ, пеня та штраф є елементами одного й того ж виду господарських санкцій – штрафних (ч. 2 ст. 217 ГКУ).

тому числі в порядку передоплати або частинами), за користування чужим майном (у тому числі грошима), повернення передоплати, а також чужих коштів, отриманих у строкове використання чи безпідставно, тощо. У всіх цих зобов'язаннях існує однаковий обов'язок передати гроші кредиторіві.

Якщо підстави виникнення грошового зобов'язання не впливають на його зміст (тобто незалежно від того, який є зміст зустрічного матеріального обов'язку: передати товар, виконати роботу чи інший), то характер правовідношення може визначати специфіку реалізації відповідного права особи. Йдеться про певну відмінність змісту регулятивних та охоронних грошових зобов'язань. У літературі вже були вказані думки про дещо різну їхню сутність [10, с. 44]. Зокрема, останнє виникає внаслідок правопорушення та полягає у тому, що на порушника крім вимоги виконати зобов'язання в натурі покладаються додаткові грошові обов'язки: сплатити неустойку та відсотки за неправомірне користування чужими коштами, відшкодувати збитки та недогівірну шкоду, пов'язану з набуттям чи збереженням майна без достатньої правової підстави тощо.

Із викладеного можемо зробити певні висновки. Підлягає критичній оцінці теза про незастосовність відповідальності у разі позадоговірного виникнення грошового зобов'язання. У будь-якому разі такий висновок ніяк не впливає з чинного законодавства. Та й судова практика попри свою неодноразовість теж переважно притримується тієї точки зору, що порушення зобов'язання, яке виникло, скажімо, із безпідставного набуття грошей, тягне відповідальність, встановлену у ч. 2 ст. 625 ЦКУ. Отже, відповідальність за невиконання грошового обов'язку не залежить від того, був такий обов'язок погоджений сторонами, чи виник, скажімо, з акту законодавства. Так, обов'язок повернути попередню оплату, про який йдеться у ч. 2 ст. 693 ЦКУ, є договірним, хоча сторони про це не домовлялися. Дійсно, сучасна правова наука на базі аналізу діючих актів розрізняє правові поняття «умова договору» та «умова, встановлена сторонами». Перше з них більш містке. Умови майнового договору можуть установлюватися не лише його учасниками. Вони іноді мають імперативний характер, наприклад тоді, коли ціна правочину є регульованою. Існує також третій спосіб установлення змісту договору. Законодавець надає одній зі сторін право за певних обставин установити умову угоди, здійснивши конкретний односторонній учинок.

Нарешті, не витримує критики теза про незастосування штрафних санкцій, якщо вони не зумовлені у договорі. Якби це було так, тоді б зобов'язання, що виникли не з договору, узагалі не мали захисної властивості. Українське законодавство неодноразово зазначає, що штрафна відповідальність (неустойка) може встановлюватися як договором, так і законом. Більше того, Господарський кодекс узагалі встановлює пріоритет нормативного визначення неустойки: у разі якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором (ч. 4 ст. 231 ГКУ). Таким чином, відмова у судовому стягненні штрафних санкцій може бути лише тоді, коли вони не встановлені ні законом, ні договором.

Література:

1. Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. 27th ed. Oxford; New York, 1998. 682 P.
2. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. Москва : Статут, 2005. 636 с.

3. Луць В.В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 320 с.
4. Сарбаш С.В. Возврат уплаченного как последствие неисполнения договорного обязательства. *Хозяйство и право*. 2002. № 6. С. 80–91.
5. Гуйван П.Д. Строки (терміни) виникнення, здійснення та захисту прав у зобов'язаннях, пов'язаних із попередньою оплатою товару. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 4. С. 115–124.
6. Спасибо-Фатеева І.В. Вплив строку на договірне зобов'язання. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2006. № 1. С. 35–41.
7. Постанова Вищого господарського суду України від 09.06.2011 у справі № 43/308-10. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16461847>.
8. Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та СС : монографія /ред. О.Д. Кручан. Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. 160 с.
9. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. Москва : Статут, 1997. 455 с.
10. Носов В.А. Внедоговорные обязательства, возникающие из правомерных действий. Проблемы защиты субъективных прав и гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 43–44.

Guyvan P. Features of proper performance of a monetary obligation. Time aspect

Summary. This scientific article is devoted to the study of the topical issue of the proper fulfillment of a monetary obligation. In this context, the temporal aspects of the obligation to pay are considered. The legal content of both the monetary obligation and the responsibility for its violation is determined, the problem of establishing the initial and final terms of both regulatory and protective legal relations is solved. It is established that the obligation under which one person has to pay money and the other has the right to demand it is monetary, and it is subject to regulation by the general binding rules of civil law. It cannot be any other. In fact, failure to pay on time carries the same general penalties as breach of any other obligation. The debtor may be subject to such means of liability as damages, recovery of damages, termination of the contract, etc. At the same time, as already mentioned, the Ukrainian legislation, given the special status of monetary obligations, provided for special liability. It is emphasized that in Ukrainian law enforcement there is no established position in this regard, so there are often incorrect approaches in judicial practice regarding the unjustified release of a debtor who is late in payment from liability. In fact, the refusal to impose penalties in court can only be when they are not established by law or contract. The terms of the contract are considered separately, according to which the term of payment for the product must come after a certain time after the creditor's invoice for the monetary obligation. In this case, as a rule, there is also a determination of the deadline at the request of the creditor. At the same time, this situation fully complies with the principles of good faith performance. Invoicing should be equated with a creditor's requirement to meet an obligation when determining the time of performance of such a requirement. The paper emphasizes that the monetary obligation to return funds also arises when the law classifies them as unreasonably saved or acquired. In this case, it is proposed to establish a "normal" period for the fulfillment of the monetary obligation, based on the rule of Part 2 of Art. 530 of the CCU, and, determining the starting point of the right to demand, in practice should be guided by the concept of reasonableness of the term.

Key words: term of the contract, monetary obligations.

Салазський О. С.,
адвокат,

керуючий партнер
Адвокатського об'єднання «Бона Фідес»

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ ЯК ПІДСТАВА ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ

Анотація. У статті розглядається питання цивільно-правових наслідків такого правового явища, як зловживання особою належним їй суб'єктивним цивільним правом. Поряд зі спеціальними наслідками, передбаченими ст.ст. 13 та 16 ЦК України у вигляді відмови у захисті права, яким особа зловживає, та зобов'язанням припинити зловживання правом, аналізується можливість застосування до особи загальних наслідків, зокрема можливість визнання правочину недійсним на підставі ч. 3 ст. 13 ЦК України. Актуальність теми дослідження підтверджується конкретними прикладами із судової практики судів різних інстанцій України та зарубіжних країн. Зокрема, аналізується постанова Верховного суду (Касаційного цивільного суду у складі Верховного суду) від 17.07.2019 року у справі № 299/396/17. У зазначеній постанові на рівні Верховного суду було озвучено загальнообов'язкову правову позицію, згідно з якою визнано можливим визнання правочину недійсним у разі зловживання особою своїм суб'єктивним правом. Детально аналізуються підстави недійсності правочинів, передбачені ЦК України. Робиться висновок, що єдиною підставою недійсності правочину передбаченою чинним законодавством, під яку може підпадати випадки зловживання цивільним правом, є припис ч. 1 ст. 203 ЦК України у взаємозв'язку із ч. 3 ст. 13 ЦК України та ст. 215 ЦК України, а саме суперечність змісту правочину ЦК України та цивільному законодавству України. На підставі чинного законодавчого матеріалу виводиться нормативне визначення словосполучення «зміст правочину» у розумінні ч. 1 ст. 203 ЦК України та робиться висновок, що внутрішнє наповнення словосполучення «зміст правочину» у розумінні припису ч. 1 ст. 203 ЦК України не охоплює собою випадки зловживання особою своїм правом, у зв'язку із чим порушення припису ч. 3 ст. 13 ЦК України не може бути використано у якості підстави для визнання правочину недійсним. Також аналізується можливість визнання правочину недійсним у разі порушення ч. 3 ст. 13 ЦК України з теоретичної точки зору. Розглядається правова природа «права на укладення правочину». Результати аналізу дають підстави для висновку, що правова кваліфікація категорії «право на укладення правочину» залежить від виду договору, який укладає особа (реальний чи консенсуальний договір). У випадку укладення консенсуального договору право на укладення такого правочину не є реалізацією суб'єктивного права, а є реалізацією правоздатності особи. Наведений висновок в частині консенсуального договору також з теоретичної точки зору виключає використання припису про зловживання правом у якості підстави для визнання правочину недійсним (оскільки під час укладення консенсуального договору особа не реалізує своє суб'єктивне право). Щодо укладення реальних договорів, то в цій частині, укладаючи договір, особа реалізує так зване секундарне право (динамічну правоздатність).

За результатами дослідження робиться висновок про відсутність теоретичних та законодавчих підстав для використання припису ч. 3 ст. 13 ЦК України у якості підстави для визнання правочину недійсним за ч. 1 ст. 203 ЦК України та ст. 215 ЦК України.

Ключові слова: зловживання правом, визнання правочину недійсним, зміст правочину, реальний договір, консенсуальний договір, суб'єктивне право, секундарне право, правоздатність.

Постановка проблеми. Поняття «зловживання правом» без перебільшення залишається одним із найбільш дискусійних у теорії цивільного права з наступних обставин. По-перше, відносна новизна цієї категорії. Не дивлячись на те, що ще за часів римського приватного права юристи задавалися питанням дослідження окремих випадків зловживання правами, пряме нормативне закріплення у вітчизняному праві ця категорія отримала лише із прийняттям Цивільного кодексу України. До цього часу в ст. 5 Цивільного кодексу УРСР містилась лише норма про здійснення права всупереч призначенню цих прав у соціалістичному суспільстві в період будівництва комунізму. По-друге, оціночний характер категорії «зловживання правом» надає широкі можливості для розсуду взагалі та суддівського розсуду зокрема. Однак на цьому «проблемність» категорії «зловживання правом» не вичерпується. В процесі правозастосування виникають численні питання наслідків, що можуть бути застосовані до особи, яка зловживає своїм цивільним правом. Законодавець в ч. 6 ст. 13 та ч. 3 ст. 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановив можливість суду зобов'язати особу припинити зловживання правом та можливість відмови у захисті права, яким особа зловживала. У зв'язку із чим в теорії та на практиці виникло питання щодо можливості застосування інших (загальних наслідків) передбачених цивільним та господарським законодавством. Одним із таких наслідків є можливість визнання недійсним правочину у випадку зловживання особою своїм цивільним правом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інститут «зловживання правом» є предметом багатьох досліджень. Загальні питання категорії «зловживання правом» досліджували в різні часи відомі вчені, серед яких слід відзначити М.М. Агаркова, В.П. Грибанова, С.Г. Зайцева, О.О. Маліновського, О.О. Кота. Безпосередньо питання юридичних наслідків, що застосовуються до особи, яка здійснила зловживання правом, висвітлювались у роботах М.О. Стефанчука, С.Д. Радченко, К.І. Скловського та інших авторів. Незважаючи на наявність теоретичних розробок, обрана тематика не втрачає своєї актуальності та потребує поглибленого дослідження з враху-

ванням аналізу правозастосовної практики, зокрема визначення наслідків зловживання особою своїм правом.

Метою даної публікації є аналіз чинного законодавства та судової практики на предмет наявності законодавчих підстав та теоретичної можливості визнання недійсним правочину на підставі ч. 3 ст. 13 ЦК України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Практика застосування ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України у якості підстави для визнання недійсним правочину до останнього часу носила поодинокий та несистемний характер. Прикладом цьому може бути, зокрема, рішення Апеляційного суду Львівської області від 31.05.2013 року по справі № 1308/2-1552/11 [8]. Свідомо не вдаючись до аналізу правомірності віднесення в даному рішенні дій особи до сфери регулювання ч. 3 ст. 13 ЦК України, відмітимо лише, що хоча і не прямо, суд все ж таки застосував заборону щодо зловживання цивільним правом у якості підстави для визнання договору недійсним (суд використав словосполучення «виходить за межі здійснення прав», що відповідає назві ст. 13 ЦК України). Зазначене рішення апеляційної інстанції з аналогічним мотивуванням було залишено в силі Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних та кримінальних справ (Ухвала від 20.11.2013 року). Однак ситуація поодинокості та не системності може змінитися у зв'язку із прийняттям та оприлюдненням Постанови Верховного суду (Касаційного цивільного суду у складі Верховного суду) від 17.07.2019 року у справі № 299/396/17 [7]. У наведеному судовому акті суд буквально зазначив: *«Як наслідок, не виключається визнання договору недійсним, направлено на уникнення звернення стягнення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 Цивільного кодексу України) та недопустимості зловживання правом (частина третя статті 13 ЦК України)»*. Враховуючи приписи ч. 5 та ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях Верховного суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені в постановях Верховного суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права), наведена позиція може бути сприйнята судами у якості обов'язкової для застосування.

Раніше це ж питання виникало в інших країнах. Про це свідчить, зокрема, п.п. 9, 10 Інформаційного листа Президіума Вищого арбітражного суду від 25.11.2008 року № 127 «Огляд практики застосування арбітражними судами статті 10 Цивільного кодексу Російської Федерації». Не обійшли це питання стороною і науковці. Зокрема, цього К.І. Скловський з цього питання зазначив: *«Зміст статті 168 ЦК РФ полягає в тому, що порушується позитивний закон і, як наслідок цього порушення, правочин не має сили, іншими словами, дія статті 168 ЦК РФ має об'єктивний характер, а не суб'єктивний характер, тоді як зловживання правом найчастіше – продукт злої волі, спрямованої проти конкретної особи»* [3, с. 45]. М.О. Стефанчук, загалом погодившись із К.І. Скловським, наводить додаткові аргументи на підтримку цієї позиції, а саме: *«Непрямих аргументів може бути більше. До них належать і неістотність для кваліфікації недійсності правочинів, що не відповідають закону, наміру сторони, а також необхідність доведення здійснення зловживання*

правом винятково в судовому порядку. І все таке найважливішою причиною необґрунтованості застосування ст. 203, 215 через ст. 13 ЦК України служить, за нашим переконанням, невідповідність санкції. Якщо встановлено у діях особи склад зловживання правом, то її необхідно притягнути до відповідальності за таку поведінку. У цьому зв'язку обґрунтованим є позбавлення її судового захисту і, незважаючи на формальну відповідність її дій змісту її суб'єктивного цивільного права, зобов'язати відшкодувати збитки потерпілій стороні. Визнання ж правочину недійсним в такій ситуації може означати, що суд буде діяти в інтересах правопорушника, тому що наслідком буде двостороння реституція, а позови про визнання правочинів недійсними нерідко виступають як засіб захисту несумлінної сторони від вимог контрагента» [5, с. 149].

Для відповіді на поставлене питання перш за все необхідно звернутися до нормативного матеріалу. Інституту недійсності правочину присвячений глава 16 Цивільного кодексу України. Глава 16 ЦК України в частині регулювання інституту недійсності правочину структурована наступним чином. У ст. 203 встановлюються загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності договору. Відповідно, за допомогою висновку від протилежного (*a contrario*) встановлюється правовий припис, згідно з яким у разі порушення наведених вимог правочин може бути (або є) недійсним. Цей висновок підтверджується текстуально прямо закріпленим приписом ч. 1 ст. 215 ЦК України (в частині перелічених в ст. 215 ЦК України пунктів).

В іншій частині глави 16 законодавець вдався до перелічення окремих випадків недійсності правочину та їх наслідків. Таким чином, особа, що бажає заявити вимогу про недійсність правочину, первинно повинна оцінити такий правочин на предмет відповідності його приписам щодо окремих випадків недійсності встановлених законодавцем в ст. ст. 218-235 ЦК України чи випадків встановлених окремими законами. У випадку відсутності підстав для недійсності правочину, встановлених спеціальними нормами, застосуванню підлягає загальна норма щодо умов дійсності правочину, що закріплена в ст. 203 ЦК України. Простий аналіз ст. 218-235 ЦК України та інших законів дає підстави стверджувати, що законодавство України не містить спеціальної норми, що передбачає зловживання правом, чи порушення меж здійснення права у якості підстави для визнання правочину недійсним. Виходячи з наведеного, єдиною потенційною підставою визнання правочину недійсним може бути одна із умов дійсності правочину, передбачена ст. 203 ЦК України. Іншими словами, потрібно встановити, чи є зловживання особою своїм правом порушенням умов дійсності правочину, передбачених ст. 203 ЦК України.

Відповідно до ст. 203 ЦК України встановлюються такі вимоги, додержання яких є необхідним для дійсності правочину:

- 1) зміст правочину не може суперечити цьому кодексу та актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам;
- 2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності;
- 3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;
- 4) правочин має вчинятися у формі встановленої законом;
- 5) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що зумовлені ним;

б) правочин, що вчиняється батьками, не може суперечити правам та інтересам малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Слід зазначити, що підставою недійсності правочину є не будь-яке порушення вимог до дійсності правочину, передбачених ст. 203 ЦК України. Відповідно до ст. 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою-третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього кодексу. Очевидно, що умови дійсності правочину передбачені частинами 2, 3, 5 та 6 не охоплюють собою випадки зловживання особою своїм цивільним правом. А отже, залишається лише одна умова дійсності правочину, а саме: зміст правочину не може суперечити цьому кодексу та актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Слід зазначити, що ЦК України дещо звузив загальну підставу визнання недійсним договору у випадку так званого загального порушення норм закону. Для порівняння ЦК УРСР містив аналогічну норму в ст. 48. Відповідно до ст. 48 ЦК УРСР недійсною є та угода, що не відповідає вимогам закону, в тому числі ущемляє особисті або немайнові права неповнолітніх дітей. Очевидною є різниця між наведеними двома нормами. Так, за приписом ст. 48 ЦК УРСР підставою недійсності договору є будь-яка невідповідність такої угоди вимогам закону. В той час як за приписом ч. 1 ст. 203 ЦК України правочин може бути визнаний недійсним, лише якщо закону суперечить саме зміст правочину. З огляду на наведене для відповіді на поставлене питання необхідно встановити значення поняття «зміст правочину». У науковій та науково-практичній літературі в основному досліджується питання змісту правовідносин. Очевидно, що поняття правочину та поняття правовідносин не є тотожними, а отже, поняття змісту правовідносин та змісту правочину не співпадають. Більшість науково-практичних коментарів взагалі не звертають увагу на це питання.

Серед усього розмаїття науково-практичних коментарів до ЦК України вдалося знайти лише два видання, де автори приділяють цьому питанню увагу. Першим є науково-практичний коментар під загальною редакцією професора І.В. Спасибо-Фатєєвої. В цьому виданні автори наводять таке визначення поняття зміст правочину: зміст правочину – це сукупність його умов, сформульованих однією стороною, якщо вчиняється односторонній правочин, або узгоджених усіма сторонами при двосторонніх або багатосторонніх правочинах [6, с. 269]. Професор В.Г. Ротань в науково-практичному коментарі до цивільного законодавства України дає більш широке визначення поняття «зміст правочину»: «При тлумаченні поняття зміст правочину слід урахувати наступне. Правочин є дією (виявом волі) на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України). Тому зміст правочину складають в першу чергу ті права та обов'язки, про набуття, зміну чи припинення яких учасники правочину домовились. Але ж правочин – це не правовідносини, тому його зміст не може обмежуватись зазначеними правами та обов'язками. Учасник правочину виявляє волю на вчинення правочину з іншими особами. Отже, зміст правочину включає до себе і зазначення на цих осіб. Невизначення цих осіб (цієї особи) або визначення її усупереч законодавству означає, що зміст правочину суперечить актам цивільного законодавства, а тому може бути визна-

ний недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 2 ст. 203 ЦК України. Відтак учинення правочину, наприклад, усупереч правилам ч. 2 ст. 362 ЦК України про переважне право співвласників на купівлю частки в праві спільної часткової власності, всупереч правилу ст. 777 ЦК України про переважне право наймача на укладення договору найму на новий строк, усупереч правилу ч. 2 ст. 147 ЦК України про переважне право учасника товариства з обмеженою відповідальністю на купівлю частки, що відчужується іншим учасником цього товариства, всупереч правилам нормативно-правових актів щодо проведення аукціонів, тендерів, конкурсів, що визначають порядок визначення особи, з якою має укладатися договір за результатами аукціонів, тендерів, конкурсів тощо, є підставою для визнання правочинів недійсними (це не заперечує положення про можливість заявлення у відповідних випадках особою, переважне право якої порушене, позову про переведення на неї прав та обов'язків, якщо таке передбачено законом)» [2, с. 288–295].

Для встановлення значення словосполучення «зміст правочину» доцільно звернутися до чинного законодавства та випадків і контексту використання законодавцем наведеного словосполучення. Серед усього різноманіття законів України нам вдалося знайти наведене словосполучення в трьох нормативних-правових актах: ЦК України, Законі України «Про нотаріат» та Законі України «Про міжнародне приватне право». ЦК України згадує про зміст правочину в ст. ст. 203, 207, 213, 238. Оскільки виявлення визначення словосполучення «зміст правочину», що використовується в ст. 203 ЦК України, є нашою метою, логічно розпочати аналіз із наступної статті. У ст. 207 ЦК України питання змісту правочину розкривається через поняття форми правочину (правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах телеграмах, якими обмінялися сторони). Виходячи з наведеного, вочевидь під змістом правочину розуміється сукупність його умов узгоджених сторонами шляхом підписання єдиного документу або обміну декількома документами. Аналогічне значення терміна «зміст правочину» законодавець надає і в ст. 213 ЦК України. У наведеній статті йдеться про тлумачення змісту правочину. Тлумачити, як відомо, можна текстуально та логічно закріплені положення (умови договору), що є зовнішньою формою вираження узгоджених та закріплених сторонами умов правочину. Дещо інше значення цьому словосполученню законодавець надає в ст. 238 ЦК України. Відповідно до ч. 2 цієї статті представник не може вчиняти правочин, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто. На нашу думку, в даному випадку під змістом правочину законодавець розуміє конкретне специфічне суб'єктивне право (або секундарне право) або обов'язок (наприклад особисті немайнові права, складання заповіту). Закон України «Про нотаріат» в ст. ст. 47, 54, 59 також, аналогічно ст. ст. 207, 213 ЦК України під терміном «зміст правочину» розуміє безпосередньо текстуально закріплені умови правочину. Більш широко поняття «зміст правочину» законодавець розуміє в Законі України «Про міжнародне приватне право». До речі, в науково-практичному коментарі до цього закону автори теж не звертають уваги на зміст цього поняття [1, с. 155–166]. В наведеному законі словосполучення «зміст правочину» зустрічається в трьох статтях, а саме 31, 32, 33.

Наведений нормативний акт розглядає словосполучення «зміст правочину» через призму обрання колізійних норм, що будуть застосовуватись до відносин з міжнародним елементом. Так, в ст. 31 йдеться про те, що форма правочину має відповідати вимогам права, яке застосовується до змісту правочину. Стаття 32 взагалі присвячена питанню змісту правочину. Ч. 1 зазначає, що зміст правочину може регулюватися правом, яке обрано сторонами. Очевидною є помилка законодавця в цьому випадку, адже відомо, що право може регулювати виключно суспільні відносини, а отже, більш коректно вбачається формулювання «до змісту правочину може застосовуватись право обране сторонами». Частина 2 наведеної статті теж використовує термін «зміст правочину» в ракурсі вибору права, яке буде застосовуватись до змісту правочину. У частині три йдеться про виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину. Стаття 33 зазначає, що дійсність правочину, його тлумачення та правові наслідки недійсності правочину визначаються правом, що застосовується до змісту правочину. Статті 31, ч. 1, 2 ст. 32 та ст. 33 однаково розуміють значення словосполучення «зміст правочину», однак із наведених формулювань проблематичним вбачається визначення значення цього словосполучення. Лише ч. 3 ст. 32 дає підстави казати, що під змістом правочину розуміється права та обов'язки сторін правочину. Підставою для цього дає формулювання «виконання що має вирішальне значення для змісту правочину». Логічно, що виконання в даному випадку і є частиною (вирішальною), що складає зміст правочину. Виконання правочину, як відомо, – це реалізація прав та кореспондуючих цим правам обов'язків. Отже, наведені положення дають підставу стверджувати, що в цьому законі під змістом правочину розуміється сукупність прав та обов'язків. Наостанок для виявлення змісту наведеного словосполучення доцільно звернутися до ст. 628 ЦК України. Наведена стаття присвячена визначенню змісту договору. А договір є основним різновидом правочину. Під змістом договору ст. 628 розуміє сукупність умов (пунктів). Таким чином, законодавець під змістом правочину розуміє сукупність узгоджених сторонами умов або сукупність умов, визначених однією стороною (у разі наявності одностороннього правочину), та в деяких випадках – сукупність прав та обов'язків. Виходячи з наведеного, словосполучення «зміст правочину» не включає в себе суб'єктивну ознаку. А отже, категорія зловживання правом, кваліфікація якої в першу чергу залежить від суб'єктивних ознак (спрямованості волі, вини та інше), не охоплюється поняттям «зміст правочину» та не може бути підставою для визнання правочину недійсним.

Окремо слід зупинитися на ще одній позиції К.І. Скловського, висловленій ним у відомій монографії «Власність в цивільному праві». Позиція К.І. Скловського така: «Виходячи за межі питання щодо другого продажу, повинен зазначити, що в принципі є неможливим визнання угоди недійсною в силу ст. 10 ЦК РФ. Оскільки норма ст. 10 ЦК РФ має на увазі зловживання суб'єктивним правом; суб'єктивне право у будь-якому разі має якийсь об'єкт із зазначених в ст. 128 ЦК України. Між тим для укладення угоди не встановлюється суб'єктивне право, укладення угоди об'єктом права не є, а здійснюється в силу дієздатності. Звідси впливає зрозумілий висновок: укладення угоди не є здійснення суб'єктивного права, а отже, не може бути і зловживання правом засобом укладення угоди» [4, с. 470]. З такою позицією можна погодитись лише частково.

Дійсно, існують правочини, на момент укладення яких особа не має суб'єктивного права, а отже, не може реалізувати це право. Наприклад, укладення договору купівлі-продажу речі, якої ще немає, або створення твору. У даному випадку укладення договору є реалізацією дієздатності особи, а точніше правочиноздатності. Слід зазначити, що купівля-продаж окремих об'єктів обов'язково передбачає наявність у особи (продавця) на момент вчинення правочину права власності. Яскравий приклад таких правочинів – купівля-продаж нерухомості. Як відомо, правочин купівлі-продажу з нерухомістю обов'язково підлягає нотаріальному посвідченню, численні нормативні акти, що регулюють процес вчинення нотаріальних дій, вимагають перевірки правовстановлюючого документу продавця на момент вчинення угоди. Крім цього, при більш детальному наближенні стає очевидною реалізація правоздатності, що в більшій частині має відношення до консенсуальних договорів. Щодо реальних договорів, то момент укладення таких договорів законодавцем пов'язується з моментом передачі речі (наприклад, договір страхування, договір позики). У даних випадках передача речі є секундарним правом та нічим іншим, як реалізацією правомочності щодо розпорядження майном.

Висновки. Таким чином, детальний аналіз чинного законодавства дає підстави стверджувати, що чинні правові норми не передбачають можливості визнання недійсним правочину в разі порушення особою припису ч. 3 ст. 13 ЦК України (заборона зловживання суб'єктивним цивільним правом). Неможливо визнання правочину недійсним і з теоретичної точки зору, оскільки укладення договору не є реалізацією суб'єктивного права. У свою чергу, помилковість позиції Верховного суду, як найавторитетнішої судової установи країни, ще раз свідчить про комплексність та складність проблематики зловживання особою своїм правом та необхідність подальшого вивчення нормативного матеріалу, що регулює інститут «зловживання правом» та проведення доктринальних досліджень інституту зловживання суб'єктивним цивільним правом.

Література:

1. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерт. Харків : ТОВ «Одісей», 2008. 352 с.
2. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. У 2-х т. Т. 1 / під ред. В.Г. Ротаня. 2-ге вид. Харків : Фактор, 2010. 800 с.
3. Скловский К.И. О применении норм и злоупотреблении правом в судебной практике. *Вестник ВАС РФ*. 2001. № 2. С. 45–49.
4. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. Москва : Статут, 2010. 893 с.
5. Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : монографія. Київ : КНТ, 2008. 184 с.
6. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції України, науковців, фахівців). Т. 4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки / Т. В. Бобко [та ін.] ; за ред. проф. І.В. Спасиво-Фатеевої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків : ФО-П Колісник А.А., 2010. 768 с.
7. Постанова Верховного суду від 17.07.2019 року у справі № 299/396/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83387355>.
8. Рішення Апеляційного суду Львівської області від 31.05.2013 року по справі № 1308/2-1552/11 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/31821636>.

Salazskiy O. Abuse of the right as a basis for declaring the transaction invalid

Summary. The article considers the issue of civil consequences of such a legal phenomenon as a person's abuse of his subjective civil right. Along with the special consequences provided by Arts. 13 and 16 of the CC of Ukraine in the form of refusal to protect the rights abused by the person and the obligation to stop the abuse of rights, analyzes the option of applying general consequences to the person, including the possibility of invalidating the transaction under Part 3 of Art. 13 of the CC of Ukraine. The relevance of the research topic is confirmed by specific examples from the case law of courts of various instances of Ukraine and foreign countries. In addition, the decision of the Supreme Court (Civil Court of Cassation as part of the Supreme Court) as of July 17, 2019 in the case No. 299/396/17 is analyzed. In the mentioned decision, at the level of the Supreme Court, the universally obligatory legal position was announced. It recognized possible to declare the transaction invalid in the case of a person's abuse of his subjective right. The grounds for the invalidity of transactions provided by the CC of Ukraine are analyzed in detail. The author concludes that the only ground for the invalidity of the transaction provided by applicable law, which may include cases of abuse of civil rights, is the provision of Part 1 of Art. 203 of the CC of Ukraine in conjunction with Part 3 of Art. 13 of the CC of Ukraine and Art. 215 of the CC of Ukraine, i. e., the contradiction between the content of the transaction of the CC of Ukraine and the civil legislation of Ukraine. Based on the current legislative material, it is rendered the statutory definition of the phrase "content of the transaction" in the sense of Part 1 of Art. 203 of the CC of Ukraine; it is concluded that the internal

meaning of the phrase "the content of the transaction" in the sense of the provisions of Part 1 of Art. 203 of the CC of Ukraine does not cover cases of a person's abuse of his right, and thus, violation of the provisions of Part 3 of Art. 13 of the CC of Ukraine cannot be used as a basis for declaring a transaction invalid. The possibility of declaring the transaction invalid in the case of violation of Part 3 of Art. 13 of the CC of Ukraine from a theoretical point of view is analyzed. The author considers a legal nature of the "right to enter into a transaction". The analysis results allow concluding that the legal qualification of the category "right to enter into a transaction" depends on the type of contract concluded by the person (real or consensual contract). In the case of concluding a consensual agreement, the right to enter into such a transaction does not mean the realization of a subjective right, but the realization of the legal capacity of the person. This conclusion, in terms of consensual agreement and from a theoretical point of view, excludes the use of the provision of abuse of the right, as a basis for declaring the transaction invalid (when concluding the consensual agreement, the person does not exercise his subjective right). Regarding the conclusion of real contracts, the person exercises the so-called secondary right (dynamic capacity). According to the results of the study, it is concluded that there are no theoretical and legislative grounds for the use of the provisions of Part 3 of Art. 13 of the CC of Ukraine, as a basis for recognizing the transaction invalid under Part 1 of Art. 203 of the CC of Ukraine and Art. 215 of the CC of Ukraine.

Key words: abuse of right, invalidation of transaction, content of transaction, real agreement, consensual agreement, subjective right, secondary right, legal capacity.

*Антощук С. І.,
аспірантка*

*Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України,
суддя
Господарського суду Одеської області*

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВІДОКРЕМЛЕНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА

Анотація. Досліджено основні характеристики відокремленого провадження у рамках процедури банкрутства як самостійної процесуальної форми та встановлено, що поряд із провадженням у справі про банкрутство існує закономірна потреба у розгляді вимог (спорів) до боржника, які мають вплив на майновий стан останнього, у межах однієї справи банкрутства. Обґрунтовано, що процедура банкрутства є імперативно визначеним порядком здійснення процесуальних дій господарським судом і учасниками провадження у справі про банкрутство та відокремленого провадження стосовно неплатоспроможного боржника з метою відновлення його платоспроможності та задоволення вимог кредиторів.

Установлено, що відокремленому провадженню притаманна низка ознак, що пов'язано з його особливою правовою природою. До цих ознак можемо віднести: 1) самостійний характер відокремленого провадження у процедурі банкрутства; 2) специфічність мети відокремленого провадження; 3) поєднання різних юрисдикцій у межах процедури банкрутства через потребу у вирішенні спорів, пов'язаних із майновим станом неплатоспроможного боржника; 4) наявність специфічного кола учасників відокремленого провадження, яке може не співпадати з колом учасників провадження у справі про банкрутство; 5) наявність особливої процесуальної процедури.

Запропоновано визначення відокремленого провадження у процедурі банкрутства – це форма захисту суб'єктивного права, що включає систему взаємопов'язаних процесуальних дій та правовідносин, які встановлюються між господарським судом, учасниками справи про банкрутство та іншими зацікавленими особами стосовно розгляду вимог до боржника, задоволення яких може вплинути на його майновий стан або організаційно-правову структуру.

Ключові слова: процедура банкрутства, відокремлене провадження, спори у процедурі банкрутства, провадження у справі про банкрутство, господарський процес.

Постановка проблеми. Нині господарський процес розвивається у двох напрямках: уніфікації та диференціації. Уніфікація проявляється у віднесенні спорів, пов'язаних із процедурою банкрутства, до юрисдикції господарських судів, незважаючи на характер спірних правовідносин. Виділення відокремленого провадження у межах процедури банкрутства слід розглядати як певний прояв диференціації господарського процесу. Саме модифікація позовного провадження окремих видів судочинства (господарського, цивільного та адміністративного) та власне провадження у справі у банкрутство сприяли виникненню самостійного виду провадження у процедурах банкрутства – відокремленого.

Разом із тим процесуальна категорія «відокремлене провадження у процедурі банкрутства» не утвердилася у науковому обігу, відповідно, й не отримала ні доктринального визначення, ні чіткого змістового наповнення, хоча сутність цього поняття доволі виразно проглядається у самому словосполученні, – це провадження у процедурі банкрутства, що відокремлене від основного.

Тому у доктринальному аспекті існує об'єктивна потреба у детальному аналізі сутності та правової природи відокремленого провадження у процедурі банкрутства, адже саме у результаті такого дослідження можна буде відповісти на питання, які постають як перед науковою спільнотою, так і суддями у частині практики правозастосування, а також визначити можливі шляхи вдосконалення даного інституту з метою належного функціонування відокремленого провадження та, відповідно, належного захисту прав та законних інтересів учасників господарського процесу.

Безпосередньо науковим дослідженням окремих питань неплатоспроможності та банкрутства у сучасний період своєї праці присвятила ціла низка вчених, серед яких – О.А. Беляневич, А.А. Бутирський, І.А. Бутирська, С.В. Мінковський, В.В. Радзивілюк, Т.В. Степанова та ін. Окремі аспекти розгляду спорів, стороною яких є боржник, у межах загальної процедури банкрутства досліджували Т.М. Лежнева, В.Я. Погребняк, Б.М. Поляков, Р.Б. Поляков, С.В. Черног'ятов. Проте, незважаючи на значну кількість наукових розробок окремих питань процедури банкрутства, у юридичній літературі та судовій практиці відсутні комплексні напрацювання щодо правової природи відокремленого провадження, його особливостей та видів спорів, що в ньому розглядаються.

Мета статті полягає у визначенні правової природи, поняття, ознак відокремленого провадження у процедурі банкрутства як окремого різновиду провадження у процедурі банкрутства та господарсько-процесуальної правової категорії, проведення класифікації спорів, що розглядаються у межах цього провадження, окреслення у зв'язку із цим окремих аспектів застосування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Роль і значення процесуальної форми полягає у тому, щоб забезпечити захист дійсно існуючих прав суб'єктів господарювання, як і інших учасників господарських відносин, гарантувати ухвалення законних та обґрунтованих рішень [1, с. 11–12]. Від неї залежать можливість отримання належного судового захисту та забезпечення стабільності господарського правопорядку в цілому.

Розвиток процесуальної форми зумовив можливість господарським судам акумулювати у межах процедури банкрутства також розгляд спорів та інших правових питань, що пов'язані з майновим станом неплатоспроможного боржника.

Маємо переконання, що відокремлене провадження є своєрідним двигуном справи про банкрутство у досягненні загальної мети – відновлення платоспроможності господарюючого суб'єкта-боржника та задоволення вимог кредиторів.

Для з'ясування сутності відокремленого провадження спробуємо визначити місце самої процедури банкрутства в масиві господарсько-процесуального законодавства. Так, ст. 12 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України визначає «форми господарського судочинства», відповідно до частини 1 якої господарське судочинство здійснюється за правилами, передбаченими ГПК, у порядку: 1) наказного провадження; 2) позовного провадження (загального або спрощеного). При цьому з ч. 6 ст. 12 ГПК впливає, що «господарські суди розглядають справи про банкрутство у порядку, передбаченому ГПК для позовного провадження, з урахуванням особливостей, установлених Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (і це при тому, що вказаний закон утратив чинність і нині діє Кодекс України з процедур банкрутства). Тобто на рівні ГПК України законодавець не передбачає існування такої окремої процесуальної форми, як провадження у справах про банкрутство.

Разом із тим ч. 1 ст. 2 Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КзПБ) закріплює його примат: «Провадження у справах про банкрутство регулюється Кодексом України з процедур банкрутства, Господарським процесуальним кодексом України, іншими законами», і судова практика підтримала саме такий підхід до пріоритетності норм у питанні неплатоспроможності (банкрутства).

Свого часу класик конкурсного процесу Г.Ф. Шершеневич справедливо вказував, що не можна не помітити суттєвої відмінності між цивільним процесом і конкурсним з тієї підстави, що в першому визнання і здійснення прав залежать від рішення суду, тоді як у другому визнання і здійснення прав залежать від самих зацікавлених осіб (боржника і кредитора). Ставлення суду до сторін, що має публічний характер, замінюється виключно приватними відносинами між зацікавленими особами [2, с. 87]. Хоча нині справи про банкрутство розглядаються у межах спеціалізованого (господарського) судового процесу, проте проблема відсутності чіткої правової визначеності, як бачимо, актуальна.

Залишаючи поза рамками цього дослідження наукову проблему неспроможності (банкрутства) у системі правовідносин, яка потребує окремої уваги, можна прийняти тезу про специфічність процедури банкрутства та застосування особливих процесуальних механізмів її розгляду. Так, не випадково у юридичній літературі презюмується, що у провадженні про банкрутство виявляються нехарактерні для позовного провадження етапи розгляду справи, що пов'язані не з вирішенням спору, а з відновленням платоспроможності боржника, його банкрутства та можливої ліквідації [3, с. 28]; механізм загальної процедури, визначений для позовного провадження, взагалі не може бути застосовано ні у самій процедурі банкрутства, ні навіть на будь-якій його стадії [4, с. 151]; провадження у справах про банкрутство є самостійним видом судового провадження,

яке характеризується особливим процесуальним порядком розгляду справ, специфічністю цілей і завдань, особливим суб'єктним складом, тривалістю судового провадження, що істотно відрізняють це провадження від позовного [5, с. 8].

Водночас під час розгляду справи про банкрутство може виникнути потреба у вирішенні спорів, пов'язаних із майновим станом неплатоспроможного боржника. Зокрема, насамперед йдеться про особливості розгляду спорів, стороною у яких є боржник, регламентований ст. 7 КзПБ. Відповідно до ч. 1 цієї статті, спори, стороною у яких є боржник, розглядаються господарським судом за правилами, передбаченими ГПК України, з урахуванням особливостей, визначених цією статтею.

Водночас, за справедливим зауваженням Г.Ф. Шершеневича, обмежуватися посиланням на закон можна лише тимчасово, доки не знайдеться тверде підґрунтя у системі права [6, с. 324].

Зокрема, В. Радзивілюкта Р. Поляков відзначають, що такі спори вирішуються у межах справи про банкрутство (відокремлене провадження) за правилами ГПК України [4, с. 152]. При цьому законодавець не вживає термін «відокремлене провадження», на яке вказують автори, а обмежується невичерпним переліком спорів, що вирішує господарський суд, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство: «...всі майнові спори, стороною в яких є боржник; спори з позовними вимогами до боржника та щодо його майна; спори про визнання недійсними результатів аукціону; спори про визнання недійсними будь-яких правочинів, укладених боржником; спори про повернення (витребування) майна боржника або відшкодування його вартості відповідно; спори про стягнення заробітної плати; спори про поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника; спори щодо інших вимог до боржника» (ч. 2 ст. 7 КзПБ).

Б.М. Поляков розглядає відокремлене провадження як процес, у якому вирішуються певні спори, результати розгляду яких впливають на основну справу. До таких спорів науковець відносить розгляд спорів із вимогами до боржника, розгляд заяв конкурсних і поточних кредиторів, визнання недійсними правочинів (договорів) і спростування майнових дій боржника, здійснених у «підозрілий» період, вирішення спорів про визнання мирової угоди недійсною або її розірвання тощо [7].

Під час визначення правової природи відокремленого провадження варто врахувати концептуальні положення теорії юридичного процесу, адже провадження є головним елементом останнього. Зокрема, судове (процесуальне) провадження вважається системним утворенням, сукупністю взаємопов'язаних і взаємозумовлених процесуальних дій, що: 1) утворюють певну сукупність процесуальних відносин, що відрізняється предметною характеристикою і зв'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами; 2) виникають у зв'язку з потребою встановлення, доведення, обґрунтування всіх обставин і фактичних даних юридичної справи, яка розглядається; 3) зумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних процесуальних актах-документах [8, с. 30–31; 9, с. 90].

На нашу думку, насамперед варто уточнити, що відокремлене провадження у процедурі банкрутства тісно пов'язане з основним провадженням у такій справі, проте має самостійний характер. Зазначений зв'язок проявляється через поєднання підстави виникнення, учасників справи та наслідків (і матеріальних, і процесуальних). Водночас відокремлене прова-

дження має здатність визначати подальший вектор основного провадження у справі про банкрутство.

Стосовно останнього наведемо визначення О.О. Квасницької. Авторка розглядає провадження у справах про банкрутство як систему взаємопов'язаних процесуальних дій, що здійснюються господарським судом та учасниками провадження за імперативно визначеними правилами щодо неспроможного боржника, із застосуванням відповідних судових процедур і після послідовного виконання яких досягається врегулювання проблеми його заборгованості та здійснюється захист вимог кредиторів [3, с. 242].

Провадження у справі про банкрутство (основне провадження) стосується розгляду господарським судом питань щодо застосування судових процедур (розпорядження майном боржника, санація, ліквідація), визначених КзПБ, а також закриття справи про банкрутство. Тоді як відокремлене провадження спрямоване на максимальне відпрацювання усіх можливих у конкретній справі заходів впливу на вищезазначені процедури. Наповнення справи якісним, повним та своєчасним розглядом питань (перелік яких у принципі дійсно не є вичерпним) у відокремлених провадженнях максимально заповнює пустоту, які можуть зашкодити належному захисту суб'єктивних прав учасників справи про банкрутство.

Не можемо не погодитися з твердженням Б.М. Полякова, що процедура банкрутства охоплює всіх кредиторів і все майно господарюючого суб'єкта-боржника [10, с. 81].

Тут доречно пригадати слова М.А. Гурвича щодо об'єднаної сили процесуальної форми, що збирає в єдиний процесуальний агрегат усі її важелі, гвинтики, та інші частинки [11, с. 31], що влучно розкривається на прикладі процедури банкрутства з її комплексним наповненням.

На нашу думку, процедура банкрутства являє собою імперативно визначений порядок здійснення процесуальних дій господарським судом і учасниками (1) провадження у справі про банкрутство та (2) відокремленого провадження стосовно неплатоспроможного боржника з метою відновлення його платоспроможності та задоволення вимог кредиторів.

Окрім того, у юридичній літературі під час характеристики спорів, що підлягають розгляду у справі про банкрутство, вказується на таку ознаку, як факультативність, оскільки «саме поняття «відокремлений спір» указує на його самостійність і факультативний характер від основної справи» [12, с. 93]. У питанні самостійності ми не будемо дискутувати, а ось твердження щодо факультативності відокремленого провадження вважаємо занадто категоричним. Основним аргументом на користь факультативності виступає той факт, що відокремленого провадження може й не бути через відсутність у кредиторів майнових вимог до боржника, спорів про визнання недійсними результатів аукціону, правочину тощо. Проте провадження у справі про банкрутство (по відношенню до якого і визначають факультативність відокремленого провадження) також може мати або, навпаки, не мати певних судових процедур, хід яких залежить від конкретних обставин, пов'язаних із конкретними учасниками цієї справи. Сама етимологія слова «факультативний» означає «який відвідують або вивчають за бажанням; необов'язковий» [13, с. 554]. Логічним буде висновок, що «необов'язкове провадження» породжує необов'язкові наслідки, що категорично не стосується процедури банкрутства.

На користь самостійності відокремленого провадження слугує й той факт, що у разі закриття провадження у справі про банкрутство певна категорія відокремленого провадження не припиняється і спори до боржника продовжують розглядати. Зокрема, йдеться про спори, які розглядаються у порядку ст. 7 КУзПБ, підтвердженням чого є сформована судова практика. Так, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що «...у разі закриття/припинення провадження в справі про банкрутство розгляд спорів, стороною в яких є боржник, у межах справи про банкрутство завершується їх розглядом по суті суддею, якому були передані такі справи автоматизованою системою документообігу суду, з ухваленням відповідного судового рішення, що узгоджується з принципом «незмінності складу суду», задля недопущення створення для сторін перешкод у реалізації права на судовий захист і загрози сутності гарантованого Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод права сторін на доступ до суду та ефективний засіб захисту впродовж розумного строку» [14]. Дана проблематика пов'язана також із дотриманням принципу *res judicata* (остаточності рішення) як основоположного аспекту верховенства права під час розгляду інших категорій відокремленого провадження, тобто створення законодавчого підґрунтя для реалізації винесених судом рішень за результатами розгляду відокремлених проваджень після закриття провадження справи про банкрутство, що потребує додаткового дослідження.

По-друге, предметом провадження у справі про банкрутство є досягнення легітимної мети, визначеної Законом про банкрутство, яким встановлено умови і порядок відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом та застосування ліквідаційної процедури з метою повного або часткового задоволення вимог кредиторів [15].

Отже, процедура неспроможності (банкрутства) спрямована на відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом та застосування ліквідаційної процедури з метою повного або часткового задоволення вимог кредиторів. Відповідно, мета відокремленого провадження має розглядатися крізь призму цілей процедури банкрутства. Вона полягає у здійсненні судового контролю у межах процедури банкрутства за діяльністю боржника, залучення всього майна боржника до ліквідаційної маси та проведення інших заходів, необхідних для повного або часткового задоволення вимог кредиторів, які виникли як до відкриття провадження у справі про банкрутство, так і після.

По-третє, у межах процедури банкрутства допускається поєднання різних юрисдикцій. Зокрема, ч. 3 ст. 7 КзПБ передбачено, що матеріали справи, у якій стороною є боржник, щодо майнових спорів із вимогами до боржника та його майна, провадження у якій відкрито до відкриття провадження у справі про банкрутство, надсилаються до господарського суду, у провадженні котрого перебуває справа про банкрутство, який розглядає спір по суті в межах цієї справи.

Тому у відокремленому провадженні без будь-яких обмежень застосовується відповідне матеріальне право залежно від природи і характеру відносин [7].

Адже, за справедливим зауваженням О. Подцерковного, у цьому разі «чистота спеціалізації», тобто розмежування судових юрисдикцій, не може бути поставлена над інтересами економіки та правами громадян і юридичних осіб на справедливий суд [16, с. 10].

По-четверте, у межах процедури банкрутства можуть вирішуватися як питання, що пов'язані з особою боржника та інших осіб, зацікавлених у відновленні платоспроможності боржника (загальні), так і питання, пов'язані з вимогами конкретного кредитора (приватні). Натомість отримуємо специфічне коло учасників відокремленого провадження, яке може не співпадати з колом учасників провадження у справі про банкрутство.

Наприклад, вимагати визнання недійсними результатів аукціону, проведеного з порушенням вимог закону, можуть боржник (зокрема, арбітражний керуючий від імені боржника), кредитори, зареєстровані учасники аукціону, особи, які вважають себе власниками майна, що виставляється на аукціон. Інші особи, які бажали взяти участь в аукціоні, але не були зареєстровані і, відповідно, не змогли бути його учасниками, не мають права оскаржувати результати аукціону шляхом пред'явлення вимоги про визнання недійсними результатів аукціону [17].

У відокремленому провадженні приймають участь лише окремі учасники загальної справи про банкрутство. Із цього приводу Б.М. Поляков відзначив, що сторони – це головні діючі особи або процесуальні фігури всієї процедури банкрутства. Вони приймають участь у всіх основних та відокремлених провадженнях. Учасники справи залучаються на певному етапі розгляду справи або на етапі відокремленого провадження і здійснюють свої повноваження до визначеного моменту [7].

По-п'яте, процедура банкрутства є спорудою, що складається із цеглинок, чітко пов'язаних між собою певною послідовністю. Якщо ми спробуємо порушити цю послідовність та витягти хоча б одну цеглину, то ця споруда може повністю зруйнуватися [18, с. 42].

При цьому відокремлене провадження характеризується також особливим процесуальним порядком. Насамперед такі особливості пов'язані з пріоритетом норм, на підставі яких здійснюється відокремлене провадження. Досліджуючи аспект зв'язку спору з подальшим рухом справи про банкрутство, Б.М. Поляков доходить висновку, що у цьому разі порядок вирішення спорів регулюється ГПК України із субсидіарним застосуванням спеціального законодавства про банкрутство. Наприклад, спори відносно грошових вимог кредиторів розглядаються за правилами Закону про банкрутство, відносно вимог поточних кредиторів – за правилами позовного провадження [7].

У зв'язку із цим на відміну від загального провадження у справі про банкрутство у відокремленому провадженні існують особливості доказування, підвищується активність господарського суду, окремого значення набуває принцип змагальності, застосовується низка процесуальних інститутів, непритаманних провадженню про банкрутство, наприклад відмова від позову, визнання позову, забезпечення позову тощо.

Таким чином, наявність зазначених вище ознак дає змогу виділити відокремлене провадження в окрему самостійну процесуальну форму (окремий вид провадження у межах процедури банкрутства).

Відокремлене провадження як форма захисту суб'єктивного права – це система взаємопов'язаних процесуальних дій та правовідносин, які встановлюються між господарським судом, учасниками справи про банкрутство та іншими зацікав-

леними особами стосовно розгляду вимог до боржника, задоволення яких може вплинути на його майновий стан або організаційно-правову структуру.

Ще одним важливим питанням є визначення критеріїв класифікації спорів, що розглядаються у відокремленому провадженні, оскільки зазначене безпосередньо стосується реалізації прав та свобод осіб у господарському процесі.

Так, як зазначалося, ч. 2 ст. 7 КЗПБ містить приблизний перелік спорів, у яких стороною є боржник, що розглядаються межах справи про банкрутство.

Проте аналіз положень КЗПБ дає змогу стверджувати, що ст. 7 охоплює лише частину спорів, що можуть бути розглянуті у відокремленому провадженні. Зокрема, йдеться про розгляд заяв конкурсних та забезпечених кредиторів, спорів із вимогами немайнового характеру, оскарження дій або бездіяльності арбітражного керуючого та відшкодування шкоди, завданої діянням останнього, тощо. Отже, за предметом вимог у відокремленому провадженні спори варто поділити на ті, що прямо визначені ст. 7 КЗПБ, і ті, що регламентовані іншими нормами КЗПБ.

З огляду на те, що у межах відокремленого провадження процедури банкрутства розглядаються господарські, цивільні, трудові, сімейні, адміністративні спори, які стосуються формування ліквідаційної маси та можуть вплинути на майновий стан боржника, доречно провести його класифікацію з поділом на відокремлене провадження господарсько-процесуального та суміжно-процесуального характеру.

За характером правовідносин доцільно вимоги до боржника класифікувати на майнові, немайнові та змішані. Наприклад, до майнових належать спори з позовними вимогами до боржника та щодо його майна; спори про визнання недійсними результатів аукціону; спростування майнових дій боржника тощо. Своєю чергою, до немайнових слід віднести розв'язання специфічних питань, пов'язаних із процедурою банкрутства, зокрема вимоги, пов'язані з відкриттям справи, про припинення дії мораторію щодо майна боржника, припинення повноважень керівника боржника тощо. Прикладом змішаних вимог може бути оскарження дій або бездіяльності арбітражного керуючого та відшкодування шкоди, завданої діянням останнього.

Окрім того, відокремлене провадження можуть ініціювати кредитор (кредитори), сам боржник, а також інші особи, що мають вимоги до неплатоспроможного боржника. При цьому залежно від часу пред'явлення вимог до боржника слід виділити відокремлене провадження, що виникло до відкриття провадження у справі про банкрутство, та те, яке виникло після його відкриття.

Так, залежно від руху справи Б.М. Поляков виділяє безпосередні та опосередковані спори. На його думку, безпосередніми є спори, без вирішення яких процедура банкрутства не може далі рухатися, а розгляд опосередкованих спорів прямо не впливає на її хід [7]. Такий критерій поділу має насамперед практичне значення, оскільки стосується прав та інтересів учасників справи про банкрутство та впливає на досягнення кінцевої мети процедури банкрутства.

Висновки. Проведений аналіз основних характеристик відокремленого провадження у процедурі банкрутства як самостійної процесуальної форми уможливорює низку висновків. Оскільки сучасне праворозуміння процедури банкрутства ґрун-

тується на уявленні про його специфічність та комплексність із власними метою та завданнями, вже не викликає сумнівів теза про те, що поряд із провадженням у справі про банкрутство існує закономірна потреба у розгляді вимог (спорів) до боржника, що мають вплив на майновий стан останнього, у межах однієї справи банкрутство.

Під відокремленим провадженням у процедурі банкрутства розуміємо форму захисту суб'єктивного права, що включає систему взаємопов'язаних процесуальних дій та правовідносин, які встановлюються між господарським судом, учасниками справи про банкрутство та іншими зацікавленими особами стосовно розгляду вимог до боржника, задоволення яких може вплинути на його майновий стан або організаційно-правову структуру.

Відокремлене провадження у процедурі банкрутства може бути класифіковане за різноманітними критеріями, наприклад залежно від юрисдикції: 1) господарсько-процесуального та суміжно-процесуального характеру; 2) часу: те, яке виникло до відкриття провадження по справі про банкрутство, та те, яке виникло після відкриття; 3) характеру: майнове, немайнове, змішане; 4) підстав виникнення: провадження, яке ініціював боржник; провадження, яке ініційоване кредитором (кредиторами), та те, яке ініціювали інші особи; 5) залежно від руху справи: безпосереднє та опосередковане.

Водночас хоча розгляд спорів за участю боржника в межах процедури банкрутства видається доцільним засобом захисту прав та інтересів учасників справи про банкрутство, проте варто констатувати, що законодавчий масив містить певні неузгодженості, метою усунення яких стануть подальші наукові дослідження.

Література:

1. Резнікова В. Доктрина господарського процесуального права: вступне слово. *Право України*. 2020. № 7. С. 11–12.
2. Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань : Тип. Ун-та, 1890. 461 с.
3. Господарське процесуальне право : підручник / за ред. О.П. Подцерковного, М.Ю. Картузова. Харків : Одиссей, 2012. 400 с.
4. Радзивілюк В., Поляков Р. Проблеми застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності). *Право України*. 2020. № 7. С. 147–158.
5. Беляневич О.А. Про особливості застосування норм про позовну давність у справах про банкрутство. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 10. С. 5–9.
6. Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс / науч. ред. В.В. Витрянский. Москва : Статут, 2000. 477 с.
7. Поляков Б. Зона разрешения. *Юридическая практика*. 2017. № 24(1016). URL: <https://pravo.ua/articles/zona-razresheniya/>.
8. Комаров В.В. Цивільний процес у глобальному контексті. *Право України*. 2011. № 10. С. 30–31.
9. Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. Харків : Вища школа, 1985. 192 с.
10. Поляков Б.М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні : підручник. Київ : Ін Юре, 2011. 560 с.

11. Гурвич М.А. Основные черты гражданского процессуального правоотношения. *Советское государство и право*. 1972. № 2. С. 29–36.
12. Подольский Ю.Д. Признаки обособленных споров в делах о несостоятельности (банкротстве). *Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и Право»*. 2017. № 12/2. С. 92–94. URL: <http://www.nauteh-journal.ru/files/51cf7c56-33c4-4938-b9f1-67265e69c86f>.
13. Словник української мови : в 11 т. Т. 10. Київ, 1979. С. 554.
14. Постанова КГС ВС від 20.01.2021 у справі № 5017/2833/2012. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94764191>.
15. Постанова КГС ВС від 10.12.2019 у справі № 906/1290/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86400486>.
16. Подцерковний О. Щодо зовнішнього та внутрішнього виміру поняття «господарський процес». *Право України*. 2011. № 6. С. 4–12.
17. Постанова від 02.10.2019 у справі № 5006/5/396/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85742530>.
18. Поляков Б.М. Коментар судової практики Верховного Суду України з питань регулювання правового статусу кредиторів у процедурі банкрутства. *Санація та банкрутство*. 2009. № 2. С. 36–45.

Antoshchuk S. The concept and legal nature of separate proceedings in bankruptcy procedure

Summary. The main characteristics of separate proceedings in bankruptcy procedure as an independent form of action have been studied and it has been established that along with bankruptcy proceedings there is a need to consider claims (disputes) against the debtor that may affect the latter's property status within one bankruptcy proceeding.

It is substantiated that the bankruptcy procedure is an imperatively determined procedure for carrying out procedural actions by the commercial court and participants in bankruptcy case and separate proceedings against insolvent debtor to restore its solvency and satisfy creditors' claims.

It has been established that a separate proceeding has several features due to its special legal nature. Among those features are the following: 1) the independent nature of separate proceedings within the bankruptcy proceedings; 2) the peculiarity of the purpose of the separate proceedings; 3) the combination of different jurisdictions within the bankruptcy procedure due to the need to resolve disputes related to the property status of the insolvent debtor; 4) the presence of a specific pool of participants in the separate proceedings, which may defer from the pool of participants in the bankruptcy proceedings; 5) the existence of a special procedural order.

It is proposed to define separate proceedings in bankruptcy procedure as a form of protection of legal rights, which includes a system of interrelated procedural actions and legal relations established between the commercial court, participants of bankruptcy procedure and other third parties involved to consider claims against the debtor, satisfaction of which may affect his property status or organizational and legal structure.

Key words: bankruptcy procedure, separate proceedings, disputes in bankruptcy, bankruptcy proceedings, commercial proceeding.

*Яцина В. Б.,**аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
суддя
Апеляційного суду Харківської області*

СУТНІСТЬ ПРИНЦИПУ СУДОВОГО КЕРІВНИЦТВА У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Анотація. У статті розглянуто питання, які стосуються теоретико-правового визначення принципу судового керівництва у цивільному судочинстві в розрізі правової науки, та охарактеризовано співвідношення цього принципу з іншими засадами здійснення цивільного судочинства з урахуванням змін сучасної практики правозастосування в демократичній та правовій державі.

Слід констатувати, що зазначена проблематика потребує переосмислення, вироблення нових підходів до розуміння теоретичних і практичних аспектів принципів цивільного судочинства в сучасних реаліях розвитку та функціонування судової системи України. Розширення меж і можливостей наукового пізнання нерозривно пов'язане з вивченням зарубіжної доктрини та судової практики, зокрема це стосується дослідження проблеми принципів цивільного судочинства. Вагомим чинником як для теоретичних досліджень, так і для практики правозастосування стає Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод, наслідком якої є поступова фундаменталізація прав людини, зокрема права на справедливий судовий розгляд та забезпечення не лише на наднаціональному, а й на національному рівні принципу верховенства права. Серед наслідків указаних змін потрібно окремо виділити взятий Україною курс на гармонізацію її законодавства із законодавством Європейського Союзу. Нині почався новий етап розвитку як науки процесуального права та, відповідно, доктрини принципів цивільного судочинства, що характеризується кількісними, а також глибокими якісними змінами.

Визначено проблемні аспекти розуміння цього поняття та його значення для реформування цивільного судочинства в державі. Нормативне закріплення на національному та міжнародному рівнях принципу судового керівництва у цивільному судочинстві має сприяти підвищенню рівня довіри суспільства до суду як інституції.

Розкриваються сутність принципу судового керівництва в аспекті віднесення цієї процесуальної категорії принципу цивільного судочинства, роль судового керівництва у забезпеченні виконання завдань цивільного судочинства, наводяться загальні засади судового керівництва, які пропонується закріпити в законі.

Доведено, що принцип судового керівництва у цивільному судочинстві має вагоме значення для забезпечення функціонування судової системи України. Установлено, що для повної реалізації активної ролі суду в цивільному судочинстві та принципів загалом процесуальний закон потребує доопрацювання.

Ключові слова: цивільне судочинство, правосуддя, активність суду, судове керівництво, принцип судового керівництва у цивільному судочинстві.

Постановка проблеми. Відправлення правосуддя у цивільних справах є виключною і невідчужуваною прерогативою судової гілки влади, завдання якої спрямовані на справедливий, безсторонній та своєчасний розгляд і вирішення справи судом відповідно до норм матеріального права з неухильним дотриманням основних засад судочинства. Правосуддя є не тільки гарантією принципу верховенства права та забезпечення прав і свобод людини, а й важливою передумовою розбудови демократичної соціальної правової держави.

Рівень гарантованості прав особи у цивільному судочинстві та способи їх реалізації мають відповідати певним європейським і світовим стандартам правосуддя у цивільних справах, які, своєю чергою, мають становити систему правових норм і принципів, що гарантують особі в межах судового змагального процесу однакові можливості користування всіма матеріальними та процесуальними правами. Важлива роль у реалізації рівних можливостей у цивільному процесі відводиться принципу судового керівництва, який дає змогу суду як активному суб'єкту розгляду цивільної справи прийняти правосудне, об'єктивне, обґрунтоване і справедливе рішення. Дотримання цивільної процесуальної форми суб'єктами цивільного процесу та необхідність виконання його завдань визначають на нинішньому періоді розвитку держави та правової системи наявність публічно-правового інтересу в цивільному процесі: процесуальної активності суду, яка також є невід'ємною умовою розвитку процесу. Ідея активної ролі судді у керівництві цивільним процесом на сучасному етапі розвитку системи правосуддя об'єктивно виникла на тлі загальних чинників неефективності цивільного процесу: судової тяганини та фактичної процесуальної нерівноправності сторін, дорожчезі, неефективності та, як наслідок, невизначеності з погляду досягнення мети судового процесу – справедливого та ефективного розгляду приватних спорів [1, с. 49].

Державна політика, спрямована на реформування цивільного процесуального законодавства та узгодження його з вимогами часу та світовими стандартами, знайшла своє відображення у низці нормативно-правових актів, зокрема й у Цивільному процесуальному кодексі України [2] (далі – ЦПК України), зміст якого зазнав суттєвих змін на підставі Закону України № 2147-VIII від 03.10.2017 [3]. Як видається, більшість нових положень цивільного процесуального законодавства позитивно впливає на судову діяльність із захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод, інтересів осіб, які беруть участь у справі.

Розглядаючи в ретроспективі розвиток законодавства і правової думки про цивільне судочинство та оцінюючи його стан,

дедалі очевиднішою стає необхідність нового пошуку належної моделі цивільного судочинства, обґрунтування її базисних характеристик, ефективних конструкцій процесуальної діяльності суду й учасників процесу, зокрема з погляду визначення самої можливості суду проявляти свою активність у сучасному цивільному судочинстві. Як слушно зазначав В.І. Синайський, «для хорошого суду необхідно взагалі правильно комбінувати ініціативу сторін і суду. Дійсно, визнаючи за сторонами право вільно виявляти свою участь у процесі (принцип вільного почину сторін), добре організований суд додатково надає суддям і зобов'язує їх сприяти руху справи, бо здійснення правосуддя зачіпає не лише інтереси сторін, а й інтереси суспільства, держави» [4, с. 73].

Це вказує на актуальність дослідження сутності принципу судового керівництва у цивільному судочинстві під час розгляду цивільної справи, визначення особливостей його тлумачення в міжнародних стандартах і національному цивільному процесуальному законодавстві України.

Оцінка стану літератури. Проблема, що пов'язана зі ставленням та змістом принципу процесуальної активності суду в цивільному судочинстві в різні його періоди, було присвячено низку наукових статей і комплексних розробок. Зокрема, дослідження цієї проблеми пов'язується з іменами Є.В. Васьковського [5], М.А. Гурвича [6], В.М. Семенова [7] та інших учених. Серед більш сучасних наукових досліджень можна виділити роботи О.В. Гетманцева [8], О.І. Карплюка [9; 10], В.В. Комарова [11], С.О. Короєда [12], В.А. Кройтора [13–16], Н.М. Тарусіна [17], В.І. Тертишнікова [18], М.Й. Штефана [19], М.М. Ясинка [21] та ін. Деяких аспектів цієї важливої проблеми торкався й автор цієї роботи [1; 22]. Утім, питанням сутності принципу процесуальної активності у цивільному судочинстві в контексті судово-правової реформи в юридичній літературі приділялось не досить багато уваги. Аналізуючи юридичну літературу із цього питання можливо констатувати той факт, що дослідження поняття та значення принципу процесуальної активності суду в цивільному судочинстві є незавершеними.

Метою статті є теоретико-правове дослідження сутності принципу судового керівництва в цивільному судочинстві та надання пропозицій щодо внесення змін до ЦПК України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Частина перша ст. 2 ЦПК України визначає мету та завдання цивільного судочинства і тому є визначальною для розуміння сутності всіх наступних статей ЦПК України. Метою цивільного судочинства є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Цією метою зумовлюються і завдання цивільного судочинства, якими є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. Під час розроблення, прийняття чинного ЦПК України, у тому числі й тих положень, що стосуються мети та завдань цивільного судочинства, були враховані базові постулати, закладені в міжнародно-правових актах, ратифікованих Україною. Ст. 8 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. закріплено право кожної людини на ефективне відновлення у правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, наданих їй Конституцією та законом. Окрім того, ЦПК України відображає основні положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і Протоколів до неї, що стали в результаті ратифікації їх Україною

17 липня 1997 р. складовою частиною національного законодавства, а також ст. 55 Конституції України, що проголосила захист судом прав і свобод людини і громадянина [22, с. 5]. Відповідно до Рекомендацій Кабінету Міністрів Ради Європи, суд повинен забезпечити оперативність судового розгляду з одночасним дотриманням прав сторін і принципу їх рівності. Активна роль суду полягає у можливості вимагати від сторін пояснень, які суд визнає необхідними, та особистої явки; викликати свідків, особливо коли йдеться про інтереси інших осіб, окрім тих, які беруть участь у справі; контролювати допит свідків; виключати з участі у розгляді справи осіб, чий можливі свідчення не стосуються цієї справи, обмежувати кількість свідків у справі тощо [23].

На суд як орган правосуддя покладено завдання забезпечити виконання завдань цивільного судочинства, чого неможливо зробити без активної (ініціативної) участі (ролі) суду в керівництві судовим процесом. Отже, у цьому разі керівництво судовим процесом виступає як основна засада (принцип) цивільного судочинства. Як справедливо зазначає С.О. Короєд, виконання завдань цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК) залежить насамперед від ефективності цивільної процесуальної діяльності, головне місце у якій має посідати активна роль суду, котра проявляється у керівництві судовим процесом [12, с. 280]. Саме активна позиція суду з погляду зору організації процесу є гарантією досягнення завдань цивільного судочинства, а тому має велике значення для його оптимізації [24, с. 67]. Низький рівень активності суду в цивільному судочинстві неминуче призведе до того, що в багатьох випадках судом не буде забезпечена реалізація особами, які беруть участь у справі, наданих законом процесуальних прав. У результаті цілі правосуддя не будуть досягнуті та правосуддя не матиме властивості ефективності. Тому підвищення процесуальної активності суду має бути визначальним під час реформування судоустрою та цивільного судочинства [25, с. 59].

Захист конституційних прав і свобод людини та громадянина у формі цивільного судочинства забезпечується сукупністю та системою процесуальних дій суду та учасників процесу, які ґрунтуються на нормах ЦПК України, у яких відтворено принцип судового керівництва. Слід зазначити, що питання про самостійність принципу судового керівництва в науці цивільного процесуального права є дискусійним.

Прихильниками виділення самостійного принципу судового керівництва є Є.В. Васьковський, О.С. Короєд, В.В. Комаров, В.М. Семенов, Г.П. Тимченко, М.Й. Штефан, В.В. Ярков та ін. Так, відомий класик науки цивільного процесу Є.В. Васьковський зазначав, що, незважаючи на те що в цивільному процесі сторонам надано право вільного розпорядження об'єктом спору і засобами боротьби (за принципом диспозитивності), хоча вони мають великий простір самостійності, але все ж таки панівна роль у процесі належить суду як через те, що він – представник державної влади, якій підкорені сторони, так і тому, що дії сторін зводяться, по суті, до того, щоб порушити діяльність суду і надати йому матеріал для ухвалення правильного рішення. З огляду на такий характер процесу, суду має бути надана керівна роль під час визначення порядку і руху провадження. Це, на думку вченого, досягається принципом суддівського керівництва процесом [5, с. 100]. Разом із тим Є.В. Васьковський зауважує, що цей принцип належить тільки до зовнішнього, формального боку процесу та не стосується

внутрішнього, матеріального боку, який визначається іншими принципами (диспозитивності, змагальності тощо). Принцип суддівського керівництва процесом покладає на суд обов'язок забезпечення правомірності, послідовності, зручності та швидкості провадження [5, с. 100].

Називаючи суддівське керівництво принципом, Є.В. Васюковський водночас зазначає, що суддя, виконуючи це завдання, спостерігає за виконанням сторонами формальностей, яким мають відповідати письмові прохання, скарги, інші папери, керує мовним змаганням сторін, визначає черговість допиту свідків і керує допитом тощо [5, с. 100].

Аналогічну позицію зайняв В.М. Семенов, який стверджував, що активність суду створює самостійний принцип цивільного процесуального права, основне призначення якого – допомога з боку суду особам, які беруть участь у справі, у здійсненні ними своїх прав, а також контроль за їхніми розпорядчими діями [7, с. 125–141]. Щодо можливості існування принципу судового керівництва зазначав М.Й. Штефан [19, с. 30].

На думку В.В. Яркова, принцип суддівського керівництва становить таке правило, згідно з яким суд забезпечує керівництво рухом судового засідання, дотримання порядку, сприяє сторонам у здійсненні їхніх прав і виконанні обов'язків. Учений зазначає, що відмова від принципу процесуальної активності суду не виключила втручання суду в рух судового розгляду. Тенденція до соціалізації правосуддя відображає необхідність утручання суду у «змагання» сторін із метою врівноваження їхніх шансів і забезпечення досягнення цілей правосуддя. Зазначений принцип включає такі повноваження суду: 1) керівництво рухом процесу, слідкування за дотриманням процесуального регламенту; 2) забезпечення порядку в судовому засіданні, виконання обов'язків перед судом; 3) сприяння сторонам у витребуванні доказів, які вони не можуть здобути самостійно, вказівка на недослідженість фактичних обставин справи та пропозиція надати докази; 4) роз'яснення учасникам процесу їхніх процесуальних прав та обов'язків, попередження про наслідки їх неналежного виконання та відмови від їх здійснення. Принцип суддівського керівництва більше відповідає змагальній моделі процесу, оскільки принцип процесуальної активності суду відображає слідче начало в судочинстві. За великим рахунком, змагальний процес має ґрунтуватися на суддівському керівництві та доповнюватися залежно від характеру спору суддівською активністю [26].

Підтримують цю позицію й сучасні вчені-процесуалісти, серед яких можна назвати таких, як О.І. Карплюк, В.В. Комаров, О.С. Коросд, Г.П. Тимченко та ін.

Варто зазначити, що існують і протилежні думки вчених, які заперечують самостійність принципу судового керівництва. Зокрема, інша група вчених включає активні повноваження суду, які є серцевиною принципу судового керівництва, до змісту інших принципів, у тому числі й принципу змагальності.

Так, А.В. Андрушко вважає, що активність суду – це елемент реалізації низки принципів цивільного процесу: змагальності, об'єктивної істини, законності тощо [27, с. 36].

В.І. Тертишніков не розглядає процесуальну активність як самостійний принцип, проте й не заперечує її. Учений зазначає, що суддя і суд відповідно до закону повинні виявити активність, створити необхідні умови для всебічного й повного дослідження обставин справи і, не обмежуючись наданими позивачем матеріалами, вжити всіх передбачених законом захо-

дів для всебічного, повного й об'єктивного з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін. Учений вважає, що вона входить як складова частина до принципів диспозитивності й змагальності [18, с. 34].

В.А. Кройтор стверджує, що існують самостійні принципи цивільного судочинства – принцип поєднання змагальності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві [28–30], диспозитивності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві [31–32] та принцип поєднання засад рівноправності сторін і забезпечення балансу їхніх рівних правових можливостей [33]. Тобто позиція В.А. Кройтора полягає у тому, що активні повноваження суду мають бути включені до змісту відповідних галузевих принципів: змагальності, диспозитивності та процесуальної активності суду [1, с. 50].

А.Т. Боннер зазначав, що вказаний принцип поглинений принципом законності як необхідність дотримання встановлених на той чи інший випадок формалізованих приписів норм цивільного процесуального права [34, с. 64]. Уважаємо, що позиція цієї групи вчених може бути оцінена критично.

Як бачимо, у науці цивільного процесуального права точиться гостра дискусія навколо питання, чи існують підстави існування самостійного принципу – процесуальної активності суду, чи процесуальну активність суду слід включати як складник до інших принципів.

Уважаємо, що є всі підстави щодо виділення самостійного принципу – принципу судового керівництва, та досить спірною є точка зору про можливість включення активних повноважень суду до змісту відповідних галузевих принципів: змагальності, диспозитивності та процесуальної активності суду. Так, О.І. Карплюк, розглядаючи проблему співвідношення судового керівництва і змагальності, слушно зазначив, що, не маючи наміру применшувати важливість принципу змагальності у цивільному процесі, все ж таки вважає, що завершальна оцінка його дій визначається кризь призму судового керівництва. Адже на суд, відповідно до ч. 3 ст. 58 ЦПК України (*нині – ч. 4 ст. 77 ЦПК України*), покладено стратегічний обов'язок – визначити остаточний предмет доказування: суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмета доказування [9, с. 80]. Саме через ці повноваження, як зазначається в юридичній літературі, й проявляється активна участь суду в процесі. Активна участь суду проявляється в остаточному визначенні предмета доказування, збиранні за своєю ініціативою необхідних доказів та в їх дослідженні [35, с. 164]. Активність суду в процесі доказування проявляється також у тому, що він отримує та процесуально оформлює (закріплює) доказовий матеріал [8, с. 31].

На нашу думку, активність сторін відбиває приватноправові засади змагального процесу, а активність суду – публічно-правовий інтерес у ефективності відправлення правосуддя. І якщо раніше приватноправовим інтересам заінтересованої особи у цивільному судочинстві віддавалася перевага в регламентації інституту доказування, то нині законодавець зважає також і на публічно-правові інтереси в межах зазначеного інституту. Передусім це проявляється у чіткому закріпленні обов'язків учасників справи та наслідків їх невиконання, забороні зловживань процесуальними правами та наділенні суду ефективними засобами боротьби з такими зловживаннями [36]. Наведені тези, на нашу думку, переконливо обґрунтовують висновок, що є всі підстави виокремлення у цивільному процесуальному

праві самостійного принципу цивільного судочинства – принципу судового керівництва.

Цивільне процесуальне законодавство України не містить окремо такого принципу, як принцип судового керівництва. На нашу думку, у низці норм ЦПК України закріплено правила, яких має дотримуватися суд та які вказують на напрями прояву судового керівництва процесом здійснення правосуддя в цивільних справах. Так, у ч. 5 ст. 10 ЦПК України передбачено, що суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість: 1) керує ходом судового процесу; 2) сприяє врегулюванню спору шляхом досягнення угоди між сторонами; 3) роз'яснює у разі необхідності учасникам судового процесу їхні процесуальні права та обов'язки, наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій; 4) сприяє учасникам судового процесу в реалізації ними прав, передбачених цим Кодексом; 5) запобігає зловживанню учасниками судового процесу їхніми правами та вживає заходів для виконання ними їхніх обов'язків [2]. Як зауважує С.О. Шишкін, чинна редакція ЦПК України закріпила нову концепцію: замість обов'язку встановлювати об'єктивну істину на суд покладено обов'язок створити необхідні умови для всебічного й повного дослідження обставин справи, сприяти сторонам у здійсненні їхніх прав [38, с. 61, 122, 139].

Згідно з ч. 2 та ч. 4 ст. 214 ЦПК України, головуєчий відповідно до завдання цивільного судочинства керує ходом судового засідання, забезпечує додержання послідовності й порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками судового процесу їхніх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усуваючи із судового розгляду все, що не має істотного значення для вирішення справи; вживає необхідних заходів для забезпечення в судовому засіданні належного порядку [2]. Можна стверджувати, що законодавець розглядає судове керівництво процесом як самостійний принцип цивільного судочинства – судового керівництва. Закріплені у цій нормі положення (ч. 2 та ч. 4 ст. 214 ЦПК України) дають змогу суду організувати судовий розгляд так, аби були виконані завдання цивільного судочинства (ч. 1 ст. 2 ЦПК України).

Тобто маємо констатувати, що за судом залишається достатня кількість повноважень, які саме й варто охарактеризувати як принцип судового керівництва.

Визнання судового керівництва принципом цивільного судочинства, зокрема, впливає з процесуальних дій, які повинен здійснити суд, готуючи справу до розгляду. Так, згідно з п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 12.06.2009 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду», готуючи справу до розгляду, суд повинен визначити: обставини, які мають значення для справи, та факти, що підлягають встановленню і покладені в основу вимог і заперечень; характер спірних правовідносин і зміст правової вимоги; матеріальний закон, який регулює спірні правовідносини; вирішити питання про склад осіб, які братимуть участь у справі; з'ясувати, які є докази на підтвердження зазначених фактів; визначити коло доказів відповідно до характеру спірних правовідносин і роз'яснити, якій зі сторін слід довести певні обставини; ужити заходів для забезпечення явки в судове засідання, а також сприяти врегулюванню спору до судового розгляду [38]. Про керівну роль суду як принципу цивільного

процесу свідчать й інші роз'яснення, наведені у вказаній постанові Пленуму Верховного Суду.

Також за своєю ініціативою (або за заявою позивача) суд може постановити ухвалу про оголошення розшуку відповідача, якщо місце його фактичного перебування невідоме [40]. Згідно зі ст. 132 ЦПК України, якщо місце перебування відповідача в справах за позовами про стягнення аліментів або про відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, невідоме, суд ухвалою оголошує його розшук. Розшук проводиться органами Національної поліції України, а витрати на його проведення стягуються з відповідача в дохід держави за рішенням суду [2].

Таким чином, принцип судового керівництва зумовлює наявність у цивільному процесі цілої низки норм, які надають суду можливість проявляти свою активність і здійснювати керівництво процесом розгляду та вирішення цивільних спорів у судах способами й засобами, передбаченими ЦПК України.

Суд має під час провадження у справі до судового розгляду та під час судового розгляду відігравати активну роль у забезпеченні швидкого здійснення провадження з додержанням прав сторін, включаючи право на рівне ставлення. Зокрема, суд має бути наділений повноваженнями вимагати від сторін необхідних роз'яснень, особистої явки, свідчень, принаймні у випадках, коли йдеться не лише про інтереси сторін у справі; контролювати процес отримання свідчень; виключати з провадження свідків, чий можливі свідчення не матимуть відношення до справи; обмежувати кількість свідків за конкретною обставиною у справі, якщо кількість свідків виявляється зовеликою [40]. Також слід зауважити, що принцип судового керівництва діє протягом усього процесу здійснення правосуддя і не обмежується (не вичерпує свою дію) вчиненням чи невчиненням судом певних «керівних» процесуальних дій [12, с. 283].

Слід підтримати позицію С.О. Короса про те, що з метою забезпечення належного виконання завдань цивільного судочинства та найкращого засвоєння і розуміння правил цивільного судочинства необхідно доповнити ЦПК новою статтею, у якій чітко сформулювати засади судового керівництва як принципу цивільного процесу [12, с. 283]. Підтримуємо позицію вчених, які наполягають на необхідності закріплення у ЦПК України окремої глави «Принципи цивільного судочинства», для того щоб кожен принцип цивільного судочинства міг знайти місце та бути конкретизований в окремій главі ЦПК. При цьому необхідно, щоб у ЦПК абсолютно точно було визначено кожен принцип цивільного судочинства як поняття, тому що без такого визначення немає однакового розуміння та, відповідно, однакового застосування [41, с. 234; 42, с. 333].

С.О. Корос справедливо вважає, що відповідна стаття ЦПК має містити положення про те, що: суд здійснює керівництво рухом і порядком судового розгляду; вимоги суду є обов'язковими для всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та громадян незалежно від їхньої участі в справі; суд сприяє сторонам у витребуванні доказів, які вони не можуть одержати самостійно, вказує на недосліджені обставини справи та пропонує сторонам подати додаткові докази; суд роз'яснює учасникам процесу їхні процесуальні права та обов'язки, попереджає про наслідки їх неналежного здійснення, а також відмови від їх вчинення; у передбачених законом випадках, якщо однією зі сторін у спорі є недієздатна особа, суд повідомляє відповідні

органи державної влади або прокурора про необхідність участі у справі з метою захисту інтересів такої особи; у передбачених законом випадках суд за власною ініціативою має встановити обставини справи та вирішити вимоги, які не заявлялися сторонами [12, с. 283–284].

Нині оптимальне судочинство може полягати в тому, що засади змагальності, диспозитивності та процесуальної рівноправності сторін мають бути в певних випадках доповнені принципом судівського керівництва. Нерівність у можливостях реалізації особою свого права на судовий захист ставить під сумнів справедливість цивільного судочинства, яка в демократичних країнах визначається фундаментальним принципом правової системи. Відповідно до позиції В.В. Комарова, ідея активної ролі судді у керівництві цивільним процесом об'єктивно виникла на тлі загальних чинників неефективності цивільного процесу: судової тяганини та фактичної процесуальної нерівноправності сторін, дорожнечі, невизначеності з погляду досягнення мети судового процесу – справедливого та ефективного розгляду приватних спорів [11, с. 405].

Як зазначає О.С. Короед, залишається великий резерв для вдосконалення цивільного процесуального регулювання, зокрема внаслідок посилення активних повноважень суду та покладення на нього обов'язку щодо вчинення процесуальних дій, спрямованих на забезпечення своєчасного розгляду справи та недопущення необґрунтованого затягування процесу [43, с. 178]. Для цього ми вважаємо за необхідне надання судді на підготовчій стадії цивільного процесу повноважень із власної ініціативи, в порядку підготовки справи до судового розгляду, витребувати (зобов'язати надати) докази, без яких неможливо розглянути конкретну цивільну справу з огляду на характер спірних правовідносин і визначений на цій основі предмет доказування.

Виконавши підготовчі дії з метою створення умов для ефективного здійснення сторонами їхніх процесуальних прав та забезпечення належної підготовки справи до судового розгляду, суддя має в ухвалі про відкриття провадження у справі попередити про обмежені строки розгляду та роз'яснити сторонам їхній обов'язок надати всі наявні у них докази або повідомити про них суд, установивши для цього певний строк і роз'яснивши наслідки їх несвоєчасного подання. Також пропонується в ухвалі про відкриття провадження залучати до розгляду справи осіб, які є очевидними учасниками спірних правовідносин сторін і яких може стосуватися спір [43, с. 178–179]. Підвищення активної ролі суду має відбуватися у цивільному судочинстві України шляхом прояву судом більш широкої власної ініціативи в проведенні процесуальних дій щодо збирання та дослідження доказів. Активні процесуальні дії суду в процесі судового доказування мають стати засобом усунення пасивності сторін у наданні суду доказів. Досить переконливо щодо цього висловився В.П. Тараненко, який зазначив, що немає жодної процесуальної системи, заснованої на змагальності, у якій би суд не брав жодної участі у змаганні сторін [44, с. 46].

Судове керівництво виявляється у тому, що суддя скеровує розгляд справи на забезпечення пропорційності використання процесуальних засобів сторонами, що може бути вкрай важливим залежно від складності справ, а також контролює та регулює рух цивільного процесу для досягнення мети судочинства – справедливого розгляду й вирішення приватноправових спорів. Тобто йдеться про роль суду під час визначення порядку

судочинства у процесі розгляді цивільної справи, а не про втручання в матеріальний бік справи, що регламентується принципом змагальності. Таким чином, формальне судове керівництво урівноважує принцип змагальності [11, с. 200]. Це положення цілком справедливе й для дії принципів диспозитивності та процесуальної рівноправності сторін.

У розгляді питання про взаємозв'язок принципу судового керівництва та принципів змагальності сторін, диспозитивності та процесуальної рівноправності сторін є ще один важливий аспект. Маємо констатувати, що як принцип судового керівництва, так і інші принципи цивільного судочинства мають свою конкретно визначену сферу дії, порушення меж якої є неприпустимим. Кожне втручання суду в цивільній справі має бути обґрунтованим і за згодою сторін.

На обґрунтування цієї позиції можна вказати на положення ч. 1 ст. 84 ЦПК України. Відповідно до цієї статті, учасник справи у разі неможливості самостійно надати докази вправі подати клопотання про витребування доказів. Окрім того, слід звернути увагу й на положення ч. 7 ст. 81 ЦПК України про те, що суд не може збирати докази, що стосуються предмета спору, із власної ініціативи, окрім витребування доказів судом у разі, коли він має сумніви в добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів, а також інших випадків, передбачених ЦПК України. Зазначені норми ЦПК України, як і низка інших, є прямим підтвердженням дії принципу судового керівництва у цивільному судочинстві [1, с. 52–53].

Висновки. На підставі проведеного дослідження можна констатувати, що реалізація ефективного судового захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави передбачає, що кожна сторона під час розгляду справи повинна мати рівні можливості, а суд має дослідити всі аргументи кожної зі сторін, не віддаючи жодної переваги будь-якій із них.

Справедливий розгляд цивільної справи, що відбувається на засадах верховенства права, за умови дотримання встановленої законодавством процесуальної форми діяльності суду та правильного застосування норми матеріального права для врегулювання спірних правовідносин є основним чинником підвищення авторитету судової влади.

Усі учасники процесу наділені рівними процесуальними правами, а суд зобов'язаний ужити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного та об'єктивного розгляду справи з метою винесення законного й обґрунтованого рішення.

У цивільному процесі принцип судового керівництва є принципом, який забезпечує насамперед виконання завдань і досягнення мети цивільного судочинства, здійснення учасниками цивільного процесу їхніх процесуальних прав і виконання ними своїх обов'язків. Судове керівництво є самостійним принципом, який входить до гармонійної системи принципів цивільного судочинства. Разом із тим слід зазначити, що принцип судового керівництва та інші принципи цивільного судочинства перебувають у тісному взаємозв'язку та взаємовпливі. Відповідно, реалізація принципів судового керівництва та інших принципів цивільного судочинства має забезпечити певним чином гармонізацію процесуальних цінностей цивільного судочинства з погляду його публічно-правової та приватноправової природи.

Таким чином, важливе право реалізації рівних можливостей у цивільному процесі відводиться принципу судового керівництва, який у взаємозв'язку з іншими принципами цивільного судочинства дає змогу суду як активному суб'єкту розгляду цивільної справи прийняти правосудне, об'єктивне, обґрунтоване і справедливе рішення.

Література:

- Яцина В. Принципи судового керівництва та змагальності сторін у цивільному судочинстві: проблеми їх співвідношення та взаємозв'язок. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 3. С. 48–55.
- Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. №№ 40–42. Ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 15.12.2021).
- Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 48. ст. 436. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#n2972> (дата звернення: 15.12.2021).
- Синайський В.И. Лекции по русскому гражданскому процессу. *Эффективность норм права* : матеріали VII міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 17 листопада 2016 р. / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової. Київ : Ніка-Центр, 2016. С. 57–119.
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса / под ред. и с пред. В.А. Томсинова. Москва : Зерцало, 2003. 566 с.
- Гурвич М.А. Принципы советского гражданского процессуального права (система и содержание). *Советское государство и право*. 1974. № 12. С. 20–27.
- Семенов В.М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. Москва : Юридическая литература, 1982. 152 с.
- Гетманцев О.В. Деякі аспекти проблеми активності суду в цивільному процесі. *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство*. 2000. Вип. 91. С. 29–32.
- Карплюк О.І. Судове керівництво й змагальність: особливості співвідношення та взаємодії в цивільному судочинстві України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 6. С. 80–82.
- Карплюк О.І. Судове керівництво як умова становлення моделі соціального судочинства. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. Вип. 6–1. Т. 4. С. 168–172.
- Курс цивільного процесу : підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін. ; за ред. В.В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с.
- Короєд С.О. Судове керівництво: принцип чи функція цивільного судочинства? *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. Вип. 56. С. 280–284.
- Кройтор В.А. Поняття принципу поєднання засад диспозитивності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2(73). С. 143–153.
- Кройтор В.А. Сочетание состязательности и процессуальной активности суда как принцип гражданского судопроизводства. *Sciences of the Europe*. 2016. № 8(8) Vol. 2. С. 119–128.
- Кройтор В.А. Сочетание диспозитивности и процессуальной активности суда как принцип гражданского судопроизводства: понятие и содержание. *Sciences of the Europe*. 2016. № 10(10)/1. С. 60–68.
- Кройтор В.А. Сочетание диспозитивности и процессуальной активности суда как принцип гражданского судопроизводства. *Jurnal uljuri dicnacional: teorieşipractică*. 2016. № 6/22. С. 88–93.
- Тарусина Н.Н. Процессуальная активность – принципиальная основа механизма судебной защиты. *Механизм защиты субъективных прав* : сборник научных трудов. Ярославль, 1990. 164 с.
- Тертишников В.И. Цивільний процес України : навчально-практичний посібник. Харків : ФІНН, 2011. 376 с.
- Штефан М.Й. Цивільний процес : підручник ; вид. 2-е, перероб. та доп. Київ : Ін Юре, 2001. 698 с.
- Цивільний процес : підручник / за заг. ред. д. ю. н., доцента М.М. Ясинка. Київ : Алерта, 2014. 744 с.
- Яцина В.Б. Принципи судового керівництва та диспозитивності в цивільному судочинстві: проблеми їх співвідношення та взаємозв'язку. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 10. С. 197–202
- Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. д.ю.н., професора М.М. Ясинка. Київ : Алерта, 2018. 604 с.
- Щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення функціонування правосуддя : Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи від 28 лютого 1984 р. № R(84)5. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_126 (дата звернення: 15.12.2021).
- Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні : монографія / І.Е. Берестова, С.С. Бичкова, В.І. Бобрик та ін. ; за ред. О.Д. Крупчана. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. 180 с.
- Бортнік О.Г. Ефективність цивільного судочинства та процесуальна активність суду. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 5. С. 57–60.
- Ярков В.В. Арбитражный процесс : учебник. Москва, 2006. § 5. *Закон сегодня*. URL: <http://lawtoday.ru/razdel/biblio/arbit-proces/057.php> (дата звернення: 15.12.2021).
- Андрушко А.В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права : монографія. Харків : Консум, 2006. 169 с.
- Kroitor V.A. The need for entrenchment in civil proceedings of independent principle of combining adversariality of parties with procedural activity of court. *Kobe Gakuin. Economic papers. Published by the society of Kobe Gakuin university*. 2017. Vol. 49. № 1–2. P. 125–149.
- Кройтор В.А. Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве Украины. *Цивилист*. 2011. № 1. С. 10–15.
- Кройтор В.А. Сучасніаспектирозвитку принципу змагальності в цивільному процесі. *Вісник Ужгородського національного університету. Право*. 2008. № 11. С. 238–245.
- Кройтор В.А. Проблемы взаимодействия диспозитивных засад та активності суду при здійсненні цивільного судочинства в Україні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2009. Т. 22(61). № 1. С. 134–141.
- Кройтор В.А. Поняття принципу поєднання засад диспозитивності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2(73). С. 143–153.
- Кройтор В.А. Принцип поєднання начал рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей. *Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal)*. 2017. № 5(21)–1. С. 78–84.
- Гражданский процесс : учебник / под ред. М.С. Шакарян. Москва : Велби ; Проспект, 2004. 584 с.
- Міхєєнко М.М., Молдаван В.В., Радзівєвська Л.К. Порівняльне судове право : підручник. Київ : Либідь, 1993. 321 с.
- Гетманцев О.В. Деякі аспекти проблеми активності суду в цивільному процесі. *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство*. 2000. Вип. 91. С. 29–32.

37. Луспенник Д. Доказування в цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuвання/> (дата звернення: 15.12.2021).
38. Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Москва : Городец, 1997. 192 с.
39. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду : Постанова Пленуму Верховного суду України від 12.06.2009 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-09#Text> (дата звернення: 15.12.2021).
40. Луспенник Д.Д. Роль суду в цивільному змагальному процесі. *Юридичний журнал*. 2004. № 5. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1156> (дата звернення: 15.12.2021).
41. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. 708 с.
42. Кройтор В.А. Теоретико-методологічні основи формування та функціонування системи принципів цивільного судочинства : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. 600 с.
43. Кройтор В.А. Принципи цивільного судочинства та їх система: проблеми сучасної теорії та практики : монографія. Харків : Право, 2020. 672 с.
44. Короед С.О. Вплив рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи на ефективність цивільного судочинства в Україні. *Порівняльно-правові дослідження*. 2014. № 1. С. 175–182.
45. Тараненко В.Ф. Принцип состязательности в советском гражданском процессе : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1954. 266 с.

Yatsyna V. Essence of the principle of judicial guidance in civil proceedings

Summary. The author of the article has studied issues related to theoretical and legal definition of the principle of judicial guidance in civil proceedings in the context of legal science, and has characterized the correlation of this principle

with other principles of exercising civil proceedings taking into account changes in modern law-enforcement practice in democratic and rule of law state.

The expansion of the limits and possibilities of scientific cognition is inextricably linked with the study of foreign legal doctrine and judicial practice, in particular, it is related to the study of the problem of the principles of civil justice and their system. An important factor for both theoretical research and law-enforcement practice is the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, resulting in the gradual fundamentalization of human rights, including the right to fair trial and guaranteeing the rule of law principle both at supranational and national levels.

Problematic aspects of understanding this concept and its significance for the reform of civil proceedings in the state have been defined. Normative consolidation of the principle of judicial guidance in civil proceedings at the national and international levels should help to increase public confidence in the court as an institution.

The essence of the principle of judicial guidance in terms of assigning this procedural category to the principle of civil proceedings has been revealed; the role of judicial guidance in ensuring the execution of the tasks of civil proceedings has been revealed; the general principles of judicial guidance that are offered to be enshrined in the law have been provided.

It has been proved that the principle of judicial guidance in civil proceedings is important for ensuring the functioning of the judicial system of Ukraine. It has been established that the procedural law needs to be finalized for the full implementation of the active role of the court in civil proceedings and the principles in general.

Key words: civil proceedings, justice, court activity, judicial guidance, principle of judicial guidance in civil proceedings.

*Доденко І. В.,**аспірант кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ОСНОВНІ ЗАСОБИ РЕГУЛЮЮЧОГО ВПЛИВУ НА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У СФЕРІ АВІАЦІЙНИХ (ПОВІТРЯНИХ) ПЕРЕВЕЗЕНЬ

Анотація. Правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Питання «сили» державного впливу на деякі види господарської діяльності вже довгий час досліджується вченими-юристами. Такий державний вплив виявляється у регулюючих засобах із боку держави, що справляє певний ефект на діяльність суб'єктів господарювання. Державне регулювання підприємництва здійснюється на принципах стабільності, довготермінові, юридичної захищеності інтересів як підприємців, так і споживачів продукції та послуг. Такі відносини між суб'єктами господарювання як основними товаровиробниками та державою, яка виступає посередником суспільних інтересів, об'єднуються в економічні та правові відносини. Правове регулювання таких відносин здійснюється за допомогою відповідних прийомів, способів за формою відтворення державного примусу. Один із таких засобів регулюючого впливу являє собою дозвіл (дозвільне регулювання).

Дозвільні засоби надають суб'єктам право на здійснення передбачених законом позитивних дій (наприклад, право самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, установлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону).

Повітряний транспорт та перевезення в Україні становлять потужний сегмент економіки, функціонування якого впливає на усі сфери суспільного життя. Науково-технічний розвиток сприяє можливості в максимально швидкий спосіб здійснювати перевезення, що є особливо важливим для пасажирів, а також значно пришвидшує світові глобалізаційні процеси.

Діяльність суб'єктів господарювання з авіаперевезень «оповита» різноманітними дестабілізаційними чинниками, тож держава намагається унормувати доступ до здійснення авіаційних (повітряних) перевезень із використанням засобів регулюючого впливу, передбачених чинним господарським законодавством.

Статтю присвячено вивченню питання регулювання та використання основних засобів регулюючого впливу на суб'єктів господарювання як елементів дозвільної системи у сфері авіаційних (повітряних) перевезень. У статті визначається основна проблематика у сфері дозвільного регулювання перевезень суб'єктами господарювання та пропону-

ються шляхи вдосконалення вітчизняного законодавства. Особливо вивчається питання здійснення певного виду підприємницької діяльності – комерційних перевезень.

Ключові слова: дозвільна система, дозвільне регулювання, суб'єкти господарювання у сфері повітряних перевезень, авіаційні (повітряні) перевезення, комерційні повітряні перевезення.

Постановка проблеми. Розглядаючи питання легітимізації господарської діяльності у сфері авіаційних повітряних перевезень, слід звернути увагу на основні засоби регулюючого впливу на суб'єктів господарювання з повітряних перевезень як елементів дозвільної системи у цій сфері. Державне регулювання діяльності в галузі авіації та використання повітряного простору України полягає у формуванні державної політики та стратегії розвитку, визначенні завдань, функцій, умов діяльності в галузі авіації. Для реалізації економічної політики держава застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності.

Серед основних засобів такого регулюючого впливу на суб'єктів господарювання є встановлення системи дозволів для провадження господарської діяльності у сфері авіаційних (повітряних) перевезень. Така політика формувалася шляхом прийняття Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», який поставив за мету впорядкувати процедури видачі документів дозвільного характеру, а також установити єдині принципи дозвільної системи у сфері господарювання.

Нині підприємці стикаються з «непорядкованістю» документів дозвільного характеру та відсутністю у законодавстві чітко визначених груп дозволів, що перешкоджає ефективному державному управлінню у сфері авіаційних перевезень. Особливої актуальності набуває питання у зв'язку з інтеграцією України до ЄС та популяризацією рейсів lowcost європейських авіаперевізників на теренах нашої держави.

Стан досліджень. Слід зазначити, що переважна більшість науковців та практиків, таких як Г.С. Завірюха, Ю.В. Сагайдак, основні засоби регулюючого впливу держави досліджують як елемент дозвільної системи та діяльність, пов'язану з нею, як комплексний інститут саме у царині адміністративного права. З'ясування видів, засобів державного регулювання господарської діяльності, вивчення шляхів удосконалення законодавства, спрямованих на впорядкування механізмів регулюючого впливу держави на суб'єктів господарювання, проводяться В.С. Щербиною – у царині права господарського. Однак дозвільне регулювання у сфері авіаційних (повітряних) перевезень та легалізація відповідного виду господарської діяльності недостатньо вивчалися та набувають актуальності у сфері вдосконалення вітчизня-

ного законодавства та приведення його у відповідність вимогам європейської сучасності.

Метою публікації є визначення переліку засобів регулюючого впливу на суб'єктів господарювання у сфері авіаційних (повітряних) перевезень шляхом вивчення існуючих нормативних актів дозвільного характеру і надання характеристики одному з видів перевезень – комерційному.

Виклад основного матеріалу. Держава використовує безліч форм та механізмів для безпосереднього та опосередкованого впливу на господарську діяльність, у яких проявляються різноманітні аспекти державного впливу на неї. Частиною 1 ст. 12 Господарського кодексу України встановлено, що держава для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних програм, програм економічного і соціального розвитку застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності. Цією нормою визначено глобальну (стратегічну) мету застосування засобів і механізмів державного регулювання господарської діяльності.

Держава за допомогою правових норм здійснює безліч форм впливу на суб'єктів господарської діяльності – від установлення певних обмежень до державної підтримки. У цьому аспекті елемент державного впливу на підприємництво державне регулювання реалізується шляхом використання регулятивних повноважень, наданих державним органам. У системі державного впливу на економіку регулювання і відповідні його організаційно-правові заходи знаходяться між заходами безпосереднього державного контролю і опосередкованими контрольними механізмами.

У таких умовах здійснення державного регулювання господарської діяльності надзвичайно актуальною проблемою постає застосування засобів державного регулювання господарської діяльності, які у своїй сукупності і визначають рівень впливу держави на господарське життя, на економічні процеси, що відбуваються в країні [1; 2, с. 11–13].

Відповідно до ч. 2 ст. 12 Господарського кодексу України, основними засобами регулюючого впливу на суб'єктів господарювання є:

- державне замовлення;
- ліцензування, патентування і квотування;
- технічне регулювання;
- застосування нормативів та лімітів;
- регулювання цін і тарифів;
- надання інвестиційних, податкових та інших пільг;
- надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій [1].

Із вищевказаного вбачається, що основним засобом впливу держави на регулювання господарської діяльності у сфері повітряних перевезень є ліцензування як один з інститутів дозвільної системи.

Дозвільна система України являє собою комплексний інститут – сукупність урегульованих законодавством відносин, які виникають між дозвільними органами та суб'єктами господарювання у зв'язку з видачею документів дозвільного характеру, переоформленням, анулюванням документів дозвільного характеру, що забезпечує інтереси держави, суб'єктів господарювання і споживачів послуг, що надають такі суб'єкти.

Як справедливо зазначає Р.П. Бойчук, основним завданням такої системи є чітке визначення та систематизування правових регуляторів господарської діяльності. Постає закономірне

питання, як дозвільна система України регулює такий вид господарської діяльності, як авіаційні (повітряні) перевезення [3, с. 320; 4].

Відповідно до ч. 5 ст. 4 Повітряного кодексу України, Постанови Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 520 «Про затвердження положення про Державну авіаційну службу України», державне регулювання у сфері цивільної авіації та використання повітряного простору України здійснюється у межах повноважень Державної авіаційної служби України, що є центральним органом виконавчої влади.

Серед основних завдань центрального органу виконавчої влади:

- здійснення сертифікації, схвалення та реєстрація об'єктів і суб'єктів авіаційної діяльності та ліцензування їхньої діяльності;
- ліцензування господарської діяльності з надання послуг із перевезень пасажирів та/або вантажу повітряним транспортом [5; 6].

Таким чином, покладаючи на Державну авіаційну службу компетенцію з видачі ліцензій суб'єктам господарювання, держава використовує один із засобів державного регулювання у сфері здійснення підприємницької діяльності, який є елементом дозвільної системи.

Виходячи із зазначених завдань Державної авіаційної служби, можна говорити, що господарська діяльність у сфері авіаційних (повітряних) перевезень потребує дозвільних документів, які можна поділити на дві основні групи.

До першої з них належать документи дозвільного характеру, де суб'єкт господарювання є здобувачем ліцензії – суб'єктом господарювання, який подав до органу ліцензування заяву про отримання ліцензії разом із підтвердними документами згідно з вимогами відповідних ліцензійних умов. Тут убачається етап *попереднього регулювання*, на якому виникають відносини між дозвільними органами та суб'єктами підприємницької діяльності, з видачею, переоформленням або анулюванням документів дозвільного характеру – ліцензій. Тобто здійснюється допуск до специфічного виду господарської діяльності – повітряних перевезень.

До другої належать документи дозвільного характеру, де суб'єкт господарювання є ліцензантом – суб'єктом господарювання, який має ліцензію на провадження встановленого законом виду господарської діяльності. Друга група дозволів породжує відносини з отримання сертифікатів експлуатанта саме після допуску до здійснення повітряних перевезень, що безпосередньо пов'язані зі станом матеріально-технічного устаткування суб'єкта господарювання та кваліфікацією обслуговуючої ланки такого виду діяльності.

Згідно із Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності», законодавець у п. 24 ст. 7 визначає повітряні перевезення як такі, що підлягають ліцензуванню. Ліцензування являє собою засіб державного регулювання провадження видів господарської діяльності, спрямований на забезпечення реалізації єдиної державної політики у сфері ліцензування, захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів [7].

І.М. Ямкова виділяє загальну та спеціальну системи ліцензування. Ліцензування за загальною системою здійснюється відповідно до вищезгаданого Закону, який установлює як перелік видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, так і уніфікований порядок отримання дозволу.

Стаття 9 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» та інші нормативні акти виділяються в окрему систему ліцензування. Дозвіл на здійснення перевезень надається Державною авіаційною службою України та являє собою складну систему доступу до здійснення перевезень, яка об'єднується в декілька етапів.

Ліцензійні умови спрямовані на лібералізацію ринку авіаційних перевезень України, а їхня дія поширюється на всіх юридичних осіб незалежно від організаційно-правової форми та фізичних осіб – підприємців, які провадять господарську діяльність із перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів повітряним транспортом.

До об'єктів ліцензування належить перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів. Що стосується перевезення поштових відправлень, то це питання регулюється Всесвітньою поштовою конвенцією та низкою вітчизняних нормативно-правових актів.

Норми щодо отримання дозвільних документів для здійснення комерційних повітряних перевезень містить Повітряний кодекс України. Так, ст. 92 визначає загальні умови ліцензування: авіакомпанія повинна мати відповідний дозвіл на здійснення комерційної діяльності у сфері перевезень. Слід звернути увагу, що під комерційними перевезеннями законодавець розуміє саме надання послуги – перевезення пасажирів [5].

Згідно з Наказом державної авіаційної служби «Про затвердження авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу», авіаційний перевізник – суб'єкт господарювання, що надає послуги з перевезення повітряним транспортом: український авіаперевізник – на підставі ліцензії, виданої Державіаслужбою [8].

Зазначимо, що наявність ліцензії ще не дає змоги використовувати певні авіалінії або ринки. Для провадження підприємницької діяльності авіаційне підприємство повинно мати «сертифікат експлуатанта» – сертифікат, що дає змогу виконувати певний вид комерційних перевезень відповідно до умов OPS 1.

Визначення «сертифікат експлуатанта» вміщує у себе комплекс дій із боку суб'єкта господарювання та контролюючих органів, що повинні діяти згідно з ліцензійними умовами. Останні являють собою нормативно-правовий акт уповноваженого законом органу державної влади, положення якого встановлюють вичерпний перелік вимог, обов'язкових для виконання експлуатантом – суб'єктом господарювання, що здійснює повітряні перевезення.

Окрім контролюючих органів та самого суб'єкта господарювання, у провадженні повітряних перевезень і забезпеченні авіаційної безпеки бере участь обслуговуючий персонал задля підтримання льотної придатності повітряного судна.

Підтримання льотної придатності – це всі процеси, які забезпечують у будь-який час експлуатації відповідність повітряного судна чинним вимогам із льотної придатності та знаходження повітряного судна в придатному для безпечної експлуатації стані. Слід наголосити, що підтримання льотної придатності покладається на фізичних та юридичних осіб, що здійснюють саме наземне обслуговування: персонал, який засвідчує технічне обслуговування, персонал, відповідальний за передачу в експлуатацію повітряного судна чи компонента після технічного обслуговування [9].

Як і будь-який етап, що забезпечує «життєздатність» аеропортів до комерційних перевезень, наземне обслуговування

підлягає сертифікації згідно з Правилами затвердження сертифікації аеропортів.

Сертифікації підлягає така діяльність із наземного обслуговування: авіапаливозабезпечення авіаційних перевезень і робіт; аеродромне забезпечення; електросвітлотехнічне забезпечення; забезпечення обслуговування пасажирів, багажу, пошти і вантажів – комплекс заходів в аеропорту щодо реєстрації та оформлення пасажирів, їх посадки та висадки, оформлення перевізної документації, обробки багажу, пошти і вантажів, їх навантаження (розвантаження) на борт (з борту) повітряного судна з метою їх перевезення за заявленим маршрутом за умови дотримання вимог авіаційної безпеки, безпеки польотів, забезпечення перевезення небезпечних та спеціальних вантажів, захисту здоров'я пасажирів; забезпечення спецтранспортом та засобами механізації; інженерно-авіаційне забезпечення польотів; метеорологічне забезпечення; наземне адміністрування в аеропорту; обслуговування на пероні та місцях стоянок повітряного судна; обслуговування повітряного руху в районі аеродрому; передпольотне інформаційне обслуговування; пошукове та аварійне-рятувальне забезпечення; протипожежне забезпечення; радіотехнічне забезпечення обслуговування повітряного руху [10].

Із вищевказаного вбачається, що комерційні повітряні перевезення як один із видів господарської діяльності являє собою багатоаспектне явище. Це проявляється на різних етапах діяльності авіаперевізника – від моменту отримання допуску – ліцензії і до надання послуги. Комерційні перевезення «оповиті» різними групами дозвільних документів, що дещо ускладнюють функціонування авіаційного підприємства.

Як бачимо, сам законодавець розмежовує такий засіб регулюючого впливу, як «спеціальне» ліцензування, що складається з декількох етапів отримання відповідних дозволів, що певною мірою ускладнює й відправлення державної політики у сфері регулювання дозвільної системи авіаційних (повітряних) перевезень.

Висновки. Засоби регулюючого впливу як елементи дозвільної системи у сфері господарської діяльності являє собою один зі складних інститутів господарського права. Регулювання такої системи вимагає деталізації та вдосконалення чинних нормативно-правових актів, виокремлення груп відносин, що становлять «тіло» відповідного економічного кластера, у досліджуваній статті – повітряні перевезення.

Оскільки дозвільна система у сфері повітряних перевезень є одним зі способів впливу держави та регулювання державної політики у сфері підприємницької діяльності й перевезення, що водночас являють собою потужну ланку економіки держави, як комплексний інститут потребує вдосконалення згідно з чинниками, що впливають на її розвиток.

До основних чинників, що впливають на стрімкий розвиток і поліпшення функціонування системи, належать ратифікація численних міжнародних угод щодо авіаційних перевезень, курс на євроінтеграцію та адаптація європейського законодавства.

Під час дослідження цього питання виявлено однакове застосування поняття «ліцензія» до всіх етапів існування та діяльності авіаційного підприємства, що деякою мірою суперечить нинішнім правовим реаліям.

Доцільно з боку законодавця виділити етапи отримання дозволу на здійснення повітряних перевезень, так званої «спеціальної» ліцензії; на етапі *попереднього регулювання* до

суб'єкта господарювання застосовувати поняття «здобувач ліцензії» та виокремити всі необхідні для цього умови і дозвільні документи в систему допуску до підприємницької діяльності як окремий підінститут системи дозвільного регулювання в Україні.

На етапі *провадження діяльності* зареєстрованим у встановленому порядку суб'єктом господарювання – ліцензантом виникає інша група відносин, що пов'язана з можливістю здійснювати перевезення. У цьому разі доцільно використовувати ліцензійні умови, що регулюють допуск до здійснення саме авіаційних перевезень.

Окремо виділяється група відносин, що забезпечує наземне обслуговування авіаперевізників, що також вимагає отримання певного виду дозволів – сертифікатів. Сертифікація такої діяльності відбувається за різними напрямками, і надання послуг з перевезень можливе лише за наявності такого дозвільного документа.

Слід наголосити, що провадження діяльності та її наземне й повітряне забезпечення неможливі без кваліфікованого персоналу, про що йдеться у Правилах підтримання льотної придатності.

Таким чином, здійснивши розмежування та виділення етапів оформлення документів дозвільного характеру, законодавець уникне плутанини в однаковості застосування поняття «ліцензія», «ліцензант», «сертифікат», «сертифікація», що сприятиме розвитку системи дозвільного регулювання авіаційних (повітряних) перевезень.

Окрім розмежування документів дозвільного характеру, законодавцеві необхідно об'єднати деякі нормативно-правові акти за групами відносин: «Попереднє регулювання дозвільної системи у сфері авіаційних перевезень»; «Допуск до здійснення повітряних перевезень»; «Наземне та повітряне обслуговування». Це спростить «непорядкованість» документів – дозволів і полегшить доступ до авіаперевезень не лише для українського перевізника, а й європейського також.

Література:

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. Дата оновлення: 07.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 14.01.2022).
2. Щербина В.С. Поняття та види засобів державного регулювання господарської діяльності. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Київ, 2012. С. 10–15.
3. Бойчук Р.П. Деякі питання форм і способів правового регулювання господарської діяльності. *Проблеми правового забезпечення економічної та соціальної політики в Україні* : матеріали науково-практичної конференції, м. Харків, 24–25 травня 2005 р. Харків, 2005. С. 320–323.
4. Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності : Закон України від 2005 р., № 2806-IV. Дата оновлення: 04.04.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15> (дата звернення: 14.01.2022).
5. Повітряний кодекс України від 04.04.1993 № 3393-VI. Дата оновлення: 04.11.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17> (дата звернення: 14.01.2022).
6. Про затвердження Положення про Державну авіаційну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 08.10.2014 № 520. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/520-2014-%D0%BF> (дата звернення: 14.01.2022).
7. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 02.03.2015 № 222-VIII. Дата оновлення: 01.05.2019. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19> (дата звернення: 14.01.2022).

8. Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу : Наказ Державної авіаційної служби України від 26.11.2018 № 1239. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0141-19#n10> (дата звернення: 14.01.2022).
9. Правила підтримання льотної придатності : Наказ Міністерства інфраструктури України від 10.02.2012 № 85. URL: <https://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0333-12/conv/print1479394254684176#n376> (дата звернення: 14.01.2022).
10. Правила затвердження сертифікації аеропортів: Наказ Державної служби із забезпечення безпеки авіації від 13.06.2006 № 407. Дата оновлення: 08.09.2014. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0740-06> (дата звернення: 14.01.2022).

Dodenco I. The main facilities of regulation of impact on business entities into air transportation

Summary. The legal economic order in Ukraine is formed based on an optimal combination of market self-regulation of economic relations of economic entities and state regulation of macroeconomic processes based on the constitutional requirement of state responsibility to man for his activities and defining Ukraine as a sovereign and independent, democratic, social, legal state.

The question of the «strength» of state influence on certain types of economic activity has long been studied by legal scholars. Such state influence is manifested in the regulatory means of the state, which has a certain effect on the activities of economic entities. State regulation of entrepreneurship is carried out on the principles of stability, long-term, legal protection of the interests of both entrepreneurs and consumers of products and services. Such relations between economic entities as the main producers of goods and the state, which acts as a mediator of public interests, are united in economic and legal relations. Legal regulation of such relations is carried out with the help of appropriate techniques, methods of reproduction of state coercion. One of such means of regulatory influence is a permit (permit regulation).

Permits give subjects the right to carry out positive actions provided by law (for example, the right of the entrepreneur to form a program of activities, choose suppliers and consumers of products, attract material, technical, financial, and other resources not limited by law, establishment prices for products and services under the law).

Air transport and transportation in Ukraine are a powerful segment of the economy, the operation of which affects all spheres of public life. Scientific and technological development facilitates the ability to carry out transportation as quickly as possible, which is especially important for passengers, as well as significantly accelerates globalization.

The activities of air transport entities are «shrouded» in various destabilizing factors, so the state is trying to regulate access to air (air) transportation using the means of regulatory influence provided by current economic legislation.

The article is devoted to the study of the issue of regulation and the use of the main means of regulatory influence on business entities as elements of the permitting system in the field of air (air) transportation. The article identifies the main issues in the field of permitting regulation of transportation by business entities and suggests ways to improve domestic legislation. The issue of carrying out a certain type of business activity - commercial transportation - is being studied separately.

Key words: permitting system, law regulation of permitting system, control of economic activity, business entities into air transportation, air transportation, commercial air transportation.

*Попко Ю. Я.,**аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ*

ПОРЯДОК І ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЛІКВІДАЦІЇ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ДІЯЛЬНІСТЬ У ГАЛУЗІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА

Анотація. Правове поле, що визначає засади створення і функціонування юридичних осіб, які здійснюють діяльність у галузі сільськогосподарського виробництва, є розгалуженим, несистематизованим і подекуди суперечливим. Щодо порядку ліквідації цих суб'єктів доводиться констатувати, що він, по суті, залишився поза увагою законодавця. У спеціальних законах цей спосіб припинення діяльності юридичних осіб практично не унормовано. Тому доводиться керуватися приписами основного акту цивільного законодавства, який, зважаючи на правила юридичної техніки, цілком закономірно не спроможний повною мірою охопити всю сферу приватноправових відносин.

Під порядком ліквідації юридичної особи слід розуміти закріплену на законодавчому рівні певну послідовність дій, дотримання та реалізація якої має наслідком припинення юридичної особи. На законодавчому рівні закріплено два різновиди процедури ліквідації: ліквідаційна процедура, не пов'язана із банкрутством юридичної особи, що здійснюється за волевиявленням учасників (уповноважених органів) або на підставі судового рішення; процедура у справі про банкрутство.

Порядок ліквідації сільськогосподарських юридичних осіб не відрізняється від загальної процедури, що застосовується для інших юридичних осіб приватного права. Норми зазначених спеціальних законів не встановлюють жодних особливих вимог до порядку проведення ліквідації досліджуваних суб'єктів.

Ураховуючи специфіку діяльності, здійснюваної сільськогосподарськими товаровиробниками, на законодавчому рівні потрібно закріпити імперативну заборону на прийняття рішення про ліквідацію цих суб'єктів до спливу двомісячного строку після закінчення сезону, тобто відповідного періоду сільськогосподарських робіт.

У разі ліквідації фермерського господарства до спливу строку надання податкових пільг на таке господарство покладається обов'язок сплатити податок за весь період його діяльності у розмірі, визначеному для фермерського господарства Податковим кодексом України. З огляду на те, що на законодавчому рівні не встановлено позачергового задоволення таких вимог, вони задовольняються у третю чергу.

Наслідками ліквідації сільськогосподарських юридичних осіб є припинення: правосуб'єктності, тобто функціонування в усіх проявах; членства членів сільськогосподарських кооперативів; речових прав (прав власності, прав постійного і тимчасового користування) на земельну ділянку; зобов'язань, за винятком випадків, коли обов'язок щодо виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу, зокрема за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю тощо.

Ключові слова: юридична особа, правові наслідки, ліквідація, припинення, сільськогосподарське виробництво.

Постановка проблеми. Правове поле, що визначає засади створення і функціонування юридичних осіб, які здійснюють діяльність у галузі сільськогосподарського виробництва, є розгалуженим, несистематизованим і подекуди суперечливим. Щодо порядку ліквідації цих суб'єктів доводиться констатувати, що він, по суті, залишився поза увагою законодавця. У спеціальних законах цей спосіб припинення юридичних осіб практично не унормовано. Тому доводиться керуватися приписами основного акту цивільного законодавства, який, зважаючи на правила юридичної техніки, цілком закономірно не спроможний повною мірою охопити всю сферу приватноправових відносин.

Питанням порядку і правових наслідків ліквідації юридичних осіб, зокрема тих, які здійснюють діяльність у галузі сільськогосподарського виробництва, присвятили свої праці О. М. Гнатів, М. Ю. Покальчук, І. В. Спасиво-Фатєєва, В. С. Щербина та багато інших. Водночас ця проблематика в умовах євроінтеграційних процесів та через оновлення цивільного законодавства України залишається актуальною.

Метою дослідження є розкриття загальної процедури ліквідації, зосереджуючи водночас увагу на особливостях, притаманних юридичним особам, які здійснюють сільськогосподарську діяльність.

Виклад основного матеріалу дослідження. Під порядком ліквідації юридичної особи слід розуміти закріплену на законодавчому рівні певну послідовність дій, дотримання та реалізація якої має наслідком припинення юридичної особи. На законодавчому рівні закріплено два різновиди процедури ліквідації: ліквідаційна процедура, не пов'язана із банкрутством юридичної особи, що здійснюється за волевиявленням учасників (уповноважених органів) або на підставі судового рішення; процедура у справі про банкрутство.

Загальний порядок реалізації процедури ліквідації юридичної особи регламентовано у приписах ст. 111-112 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1].

Порядок ліквідації сільськогосподарських юридичних осіб не відрізняється від загальної процедури, що застосовується для інших юридичних осіб приватного права. Норми зазначених спеціальних законів не встановлюють жодних особливих вимог до порядку проведення ліквідації досліджуваних суб'єктів.

У цивілістичній доктрині розкриття порядку ліквідації здійснюється за допомогою певної послідовності обов'язкових

дій, тобто так званих етапів (стадій). Доводиться констатувати недосягнення дослідниками згоди щодо уніфікованого розуміння кількості та змісту етапів проведення цієї процедури.

Водночас, на переконання М. Ю. Покальчука, припинення діяльності сільськогосподарських підприємств має складатись із таких етапів: прийняття рішення про ліквідацію та його оформлення; створення ліквідаційної комісії; офіційне повідомлення про ліквідацію підприємства; проведення розрахунків із кредиторами; вжиття заходів із ліквідації (проведення інвентаризації та обліку майна, стягнення дебіторської заборгованості); вихід підприємства із товариств, де воно виступає засновником (учасником), закриття відокремлених структурних підрозділів; проведення розрахунків із членами за рахунок майна, що залишилося; звільнення працівників; складання ліквідаційного балансу; повідомлення про припинення діяльності органів Фонду соцстраху, Пенсійного фонду; закриття рахунків у фінансових установах; зняття з податкового обліку; передавання документів в архів; державна реєстрація припинення діяльності суб'єкта господарювання [2, с. 459-462].

На нашу думку, зазначений підхід є не досить виваженим, оскільки виокремлення такої значної кількості етапів не сприяє формуванню цілісного уявлення про процедуру ліквідації та, по суті, є відтворенням змісту ст. 110-112 ЦК України.

Заслуговує на підтримку поділ ліквідації юридичної особи на етапи, запропонований розробниками Науково-практичного коментаря Цивільного кодексу України: початковий, який містить прийняття рішення про ліквідацію і внесення запису до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань (надалі – ЄДР) про державну реєстрацію рішення про припинення юридичної особи шляхом ліквідації; підготовчий, який починає свій відлік із моменту внесення запису до ЄДР до моменту затвердження проміжного ліквідаційного балансу; проведення розрахунків із кредиторами, який охоплює період часу від затвердження проміжного ліквідаційного балансу до затвердження ліквідаційного балансу; передавання майна юридичної особи, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, учасникам; завершальний етап, на якому здійснюється державна реєстрація припинення юридичної особи [3, с. 736-738, 740].

Під час розкриття процедури ліквідації сільськогосподарських юридичних осіб ми керуватимемося зазначеною послідовністю.

Першим етапом є прийняття учасниками чи уповноваженим органом юридичної особи рішення про ліквідацію.

Передусім зауважимо, що, враховуючи специфіку діяльності, здійснюваної сільськогосподарськими товаровиробниками, на законодавчому рівні потрібно закріпити імперативну заборону на прийняття рішення про ліквідацію цих суб'єктів до спливу двомісячного строку після закінчення сезону, тобто відповідного періоду сільськогосподарських робіт.

На прийняття рішення про ліквідацію здебільшого уповноважується вищий орган управління юридичною особою: загальні збори членів кооперативу або зборів уповноважених (ст. 29 Закону України «Про кооперативу» [4]); загальні збори сільськогосподарського кооперативу (ст. 33 Закону України «Про сільськогосподарську кооперативу» [5]); загальні збори учасників (ст. 30 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [6]); загальні збори акціонерів (ст. 33 Закону України «Про акціонерні товариства» [7]).

Натомість ст. 36 Закону України «Про фермерське господарство» унормовано, що рішення про ліквідацію діяльності фермерського господарства приймається власником відповідно до закону і статуту фермерського господарства [8].

Вимоги до змісту рішення про ліквідацію юридичної особи регламентовано п. 7 ч. 1 ст. 15 Закону про держреєстрацію, згідно з яким у рішенні підлягають зазначенню відомості про кількісний і персональний склад ліквідаційної комісії, а також про строк для пред'явлення вимог кредиторами [9].

З аналізу приписів ст. 110 ЦК України вбачається, що правом на прийняття рішення про ліквідацію наділений також суд у межах компетенції, установленої законом.

Окрім безпосереднього прояву волевиявлення, спрямованого на започаткування процедури ліквідації, цим етапом охоплюється повідомлення державного реєстратора про прийняте рішення про ліквідацію юридичної особи. Зокрема, на орган або особу, яка прийняла відповідне рішення, покладається обов'язок у триденний строк, починаючи з дати його прийняття, письмово повідомити орган, що здійснює державну реєстрацію (ч. 1 ст. 105 ЦК України [1]).

З метою вчинення реєстрації рішення про припинення юридичної особи шляхом ліквідації державному реєстратору прямо або через ЦНАП подаються документи згідно з переліком, закріпленим п. 10 ст. 17 Закону про держреєстрацію.

На другому етапі здійснює діяльність ліквідаційна комісія.

З моменту внесення до ЄДР відомостей про те, що юридична особа перебуває у процесі припинення, повноваження щодо проведення процедури ліквідації покладається на ліквідаційну комісію.

Частиною 4 ст. 105 ЦК України регламентовано, що з моменту призначення до ліквідаційної комісії переходять повноваження з управління справами юридичної особи, зокрема здійснення представництва перед третіми особами та у суді [1].

Обґрунтованим видається підхід, запропонований О. М. Гнатів, за яким ліквідаційна комісія є спеціально створеним тимчасовим органом юридичної особи, який виконує функції органів управління юридичною особою, наділений власними, передбаченими законом повноваженнями та реалізує їх під час проведення ліквідаційної процедури [10, с. 125].

Третім етапом є задоволення вимог кредиторів, який триває до затвердження ліквідаційного балансу.

Законодавцем визначено граничні строки, які можуть встановлюватися для заяви кредиторами своїх вимог: мінімальний – два місяці, максимальний – шість місяців. Ці строки не вважаються присікальними, оскільки кредитор, який своєчасно не пред'явив свої вимоги, не позбавляється цього права і може його реалізувати і після спливу встановленого строку. Однак за цих обставин він опиниться в україн невідомому становищі, оскільки його вимоги задовольнятимуться з майна юридичної особи, яке залишилося після задоволення вимог кредиторів, заявлених у встановлений строк (ч. 4 ст. 112 ЦК України).

Розрахунки із кредиторами здійснюються у порядку, регламентованому приписами ст. 112 ЦК України, тобто по чергово із дотриманням принципу пропорційності у межах однієї черги. На цьому слушно акцентує увагу В. С. Щербина, стверджуючи, що якщо в межах однієї черги не вистачає майна для погашення боргів, воно розподіляється між кредиторами пропорційно пред'явленим ними вимогам [11, с. 139].

Принагідно слід відзначити, що у разі ліквідації фермерського господарства до спливу строку надання податкових пільг на таке господарство покладається обов'язок сплатити податок за весь період його діяльності у розмірі, визначеному для фермерського господарства Податковим кодексом України [8]. З огляду на те, що на законодавчому рівні не встановлено позачергове задоволення таких вимог, вони задовольняються у третю чергу.

Третій етап завершується розробленням ліквідаційного балансу, в якому відображається майновий стан сільськогосподарської юридичної особи після проведення розрахунків із кредиторами. Цей документ підлягає затвердженню органом, який прийняв рішення про ліквідацію, та передається ліквідаційною комісією органам державної податкової служби.

На четвертому етапі відбувається передавання майна членам (учасникам) сільськогосподарської юридичної особи.

Якщо після розрахунків із кредиторами залишається майно і кошти, вони підлягають розподіленню між членами (учасниками) сільськогосподарських юридичних осіб у порядку, визначеному установчими документами, якщо інше не встановлено законом (ч. 12 ст. 111 ЦК України).

Винятком із зазначеного загального правила є майно і кошти фонду розвитку (за термінологією Закону України «Про кооперацію» - неподільного фонду), які не підлягають поділу між його членами.

Відповідно до ст. 33 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» майно і кошти фонду розвитку підприємницького сільськогосподарського кооперативу не підлягають поділу між його членами і передаються за рішенням загальних зборів такого кооперативу іншому сільськогосподарському кооперативу, сільськогосподарському кооперативному об'єднанню (для зарахування до фонду розвитку такого кооперативу, кооперативного об'єднання), а в разі неприйняття такого рішення зараховуються відповідно до закону до державного або місцевого бюджету [5]. Це положення корелює із приписами ст. 29 Закону України «Про кооперацію».

Варто відзначити, що на законодавчому рівні закріплено певні особливості щодо черговості реалізації членами (учасниками) юридичної особи права на отримання частини її майна, тобто ліквідаційну квоту. Зокрема, асоційований член кооперативу (сільськогосподарського кооперативу) має переважне (порівняно із членами кооперативу) право на одержання ліквідаційної квоти (паю, частки) у разі ліквідації юридичної особи (ч. 5 ст. 14 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», ч. 2 ст. 14 Закону України «Про кооперацію»).

На завершальному етапі ліквідаційна комісія вчиняє такі дії: повертає дозвільні документи, печатки (штампи) уповноваженим органам державної влади і місцевого самоврядування; забезпечує закриття ліквідаційного рахунку; організовує передавання архівним установам документів, які підлягають обов'язковому зберіганню; оформлює та подає державному реєстратору документи, потрібні для проведення державної реєстрації припинення (ліквідації) юридичної особи і внесення відповідного запису до ЄДР [1]. Перелік документів визначено ч. 13 ст. 17 Закону про держреєстрацію.

Моментом припинення сільськогосподарської юридичної особи є внесення державним реєстратором до ЄДР запису про її припинення шляхом ліквідації.

Висновки. Підсумовуючи, слід констатувати, що наслідками ліквідації сільськогосподарських юридичних осіб є припинення:

- правосуб'єктності (тобто функціонування в усіх проявах) членства членів сільськогосподарських кооперативів/кооперативів;
- речових прав (прав власності, прав постійного і тимчасового користування) на земельну ділянку. Відповідно до ст. 30 Земельного кодексу України під час ліквідації сільськогосподарських підприємств несільськогосподарські угіддя, що перебували у їхній власності, розподіляються відповідно до установчих документів цих підприємств або за згодою власників земельних часток (паїв). Натомість земельні ділянки державної і комунальної власності, що перебували у користуванні сільськогосподарських підприємств, які ліквідуються, залучаються до земель запасу або передаються у власність чи користування відповідно до цього Кодексу [12];
- зобов'язань, за винятком випадків, коли обов'язок щодо виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу, зокрема за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 609 ЦК України).

Література:

1. Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV від 16.01.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 04.01.2022).
2. Покальчук М.Ю. Щодо порядку припинення діяльності сільськогосподарських підприємств. *Форум права*. 2013. № 2. С. 459–462.
3. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Т. 1: Загальні положення. Особи. За ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ЕКУС, 2020. 928 с.
4. Про кооперацію: Закон України № 1087 від 10.07.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15/conv#Text> (дата звернення: 05.01.2022).
5. Про сільськогосподарську кооперацію: Закон України № 819-IX від 21.07.2020. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/819-20/conv#Text> (дата звернення: 12.01.2022).
6. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України № 2275-VIII від 06.02.2018. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 12.01.2022).
7. Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI від 17.09.2008. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#n221> (дата звернення: 12.01.2022).
8. Про фермерське господарство: Закон України № 973-IV від 19.06.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973-15#Text> (дата звернення: 12.01.2022).
9. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України № 755-IV від 15.05.2003 (у редакції Закону України від 26.11.2015 № 835-VIII). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text> (дата звернення: 12.01.2022).
10. Гнатів О.М. Стадії ліквідації юридичних осіб за цивільним законодавством України. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 124–126.
11. Щербина В. С. Господарське право : підручник. 6-те вид., переробл. і доповн. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 640 с.

12. Земельний кодекс України :Закон України № 2768-III від 25.10.2001. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 12.01.2022).

Popko Yu. Procedure and legal consequences of liquidation of legal entities carried out activities in the field of agricultural production

Summary. The legal field, which determines the principles of creation, functioning of legal entities engaged in agricultural production, is branched, unsystematic and sometimes contradictory. With regard to the procedure for liquidation of these entities, it should be noted that it has essentially escaped the attention of the legislator, and in special laws this method of termination of legal entities has practically not been regulated. Therefore it is necessary to be guided by instructions of the basic act of the civil legislation which, considering rules of legal technique, quite naturally is not capable to cover in full all sphere of private law relations.

The order of liquidation of a legal entity should be understood as a certain sequence of actions fixed at the legislative level, the observance and implementation of which results in the termination of the legal entity. At the legislative level, there are two types of liquidation procedure: liquidation procedure, which is not related to the bankruptcy of a legal entity and is carried out at the will of the participants (authorized bodies) or on the basis of a court decision; bankruptcy proceedings.

The procedure for liquidation of agricultural legal entities does not differ from the general procedure applicable to other legal entities under private law. The norms of the mentioned special laws has not established any special requirements regarding the procedure for liquidation of the investigated subjects.

Given the specifics of the activities carried out by agricultural producers, it is necessary to establish at the legislative level an imperative ban on the decision to liquidate these entities before the expiration of two months after the end of the season, ie the relevant period of agricultural work.

In case of liquidation of a farm before the expiration of the term for granting tax benefits, such farm is obliged to pay tax for the entire period of its activity in the amount determined for the farm by the Tax Code of Ukraine. Given that the legislative level does not establish the extraordinary satisfaction of such requirements, they are to be satisfied in the third place.

The consequences of the liquidation of agricultural legal entities are the termination of: legal personality, ie functioning in all its forms; participation of members of agricultural cooperatives / cooperatives; property rights (property rights, rights of permanent and temporary use) to land; obligations, except in cases when the obligation to fulfill the obligation of the liquidated legal entity is imposed on another legal entity, in particular for obligations to compensate for damage caused by injury, other damage to health or death, etc.

Key words: legal entity, legal consequences, liquidation, termination, agricultural production.

*Савчук В. П.,**аспірант кафедри цивільного права**Навчально-наукового юридичного інституту**Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника*

МІСЦЕ КОРПОРАТИВНОГО СЕКРЕТАРЯ У СИСТЕМІ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН

Анотація. У статті проаналізовано правовий статус корпоративного секретаря відповідно до законодавства України.

Автором відзначено, що корпоративний секретар є ланкою, що підтримує регулярне спілкування між власниками акціонерного товариства, його топ-менеджерами та радою директорів. Розвиваючи взаємодію в межах так званого корпоративного трикутника, він виступає гарантом дотримання посадовими особами та органами управління компанії тих процедурних вимог, які забезпечують реалізацію законних прав та інтересів акціонерів.

Підкреслено, що відсутність такої взаємодії найчастіше призводить до того, що акціонерне товариство втягується у корпоративні конфлікти та опиняється перед необхідністю виплачувати штрафи, а його керівники притягуються до адміністративної і кримінальної відповідальності. Внаслідок цього можливе падіння котирувань акцій, погіршення репутації та навіть банкрутство компанії.

У статті зазначено, що більшість науковців не позиціонує корпоративного секретаря як окремих орган у системі корпоративного управління акціонерного товариства, висловлюючи думку про те, що корпоративний секретар – це лише посадова особа.

Роль корпоративного секретаря в іноземних корпораціях не є самостійною. Корпоративний секретар не є самостійною одиницею, а підпорядковується або наглядовій раді (США), або генеральному директору (Англія, Австралія). Інформація про нього обов'язково подається, проте не окремим звітом, а під час характеристики роботи вищезазначених органів.

Автором аргументовано, що обрання і звільнення корпоративного секретаря наглядовою радою і тільки за пропозицією голови наглядової ради ставить його у залежність від останньої, а не від загальних зборів. А якщо взяти до уваги право наглядової ради відсторонювати корпоративного секретаря, то його «маріонетковий» характер стає очевидним. Тому доцільніше, на думку автора, віднести обрання корпоративного секретаря до компетенції загальних зборів.

Окрему увагу приділено порядку інформування про видатки на корпоративного секретаря. Пропонується залучити відповідну інформацію до переліку інформації, яка підлягає обов'язковому оприлюдненню у щорічному звіті акціонерного товариства за попередній звітний період.

Підсумовано, що корпоративний секретар посідає особливе місце у системі корпоративних правовідносин. Подальший розвиток і вдосконалення акціонерного законодавства України має спрямовуватись у напрямку посилення його позиції шляхом розширення повноважень та забезпечення незалежності від наглядової ради і виконавчого органу.

Ключові слова: корпоративний секретар, акціонерне товариство, корпоративне управління, наглядова рада, виконавчий орган, посадова особа товариства.

Постановка проблеми. Останнім часом корпоративний секретар стає дедалі помітнішою фігурою в організаційній структурі акціонерних товариств України. Фактично корпоративний секретар є ключовою ланкою товариства; він відповідає за підтримання регулярної та ефективної взаємодії між власниками акціонерного товариства, його топ-менеджментом та наглядовою радою. Проте відповідний інститут залишається поза увагою вітчизняних науковців у сфері корпоративного права.

Стан дослідження. Окремі аспекти правового статусу корпоративного секретаря досліджували такі науковці, як С.Д. Могилевський, А.С.Лалетіна, І.А.Косякін, А.Сокуров, Д.Баюра та інші. Проте значення корпоративного секретаря серед органів управління акціонерним товариством, його роль у взаємовідносинах товариства з акціонерами залишилися майже поза увагою науковців.

Постановка завдання. Мета дослідження полягає у з'ясуванні місця корпоративного секретаря у системі корпоративних правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Корпоративний секретар є тією зв'язуючою ланкою, що підтримує регулярне спілкування між власниками акціонерного товариства, його топ-менеджерами та радою директорів. Розвиваючи взаємодію в межах так званого корпоративного трикутника, він виступає гарантом дотримання посадовими особами та органами управління компанії тих процедурних вимог, які забезпечують реалізацію законних прав та інтересів акціонерів. Відсутність такої взаємодії найчастіше призводить до того, що акціонерне товариство втягується у корпоративні конфлікти та опиняється перед необхідністю виплачувати штрафи, а його керівники притягуються до адміністративної та кримінальної відповідальності. Внаслідок цього можливим є падіння котирувань акцій, погіршення репутації та навіть банкрутство компанії.

Корпоративний секретар є посадовою особою, яка відповідає за ефективну поточну взаємодію акціонерного товариства з акціонерами, іншими інвесторами, координацію дій товариства із захисту прав та інтересів акціонерів, підтримання ефективної роботи ради директорів або наглядової ради, а також виконує інші функції, визначені Законом України «Про акціонерні товариства», Статутом товариства і Положенням про корпоративного секретаря (Проект №2493).

Наприклад, в «Укргазбанк» служба корпоративного секретаря на чолі з корпоративним секретарем керується у своїй діяльності нормативно-правовими актами і внутрішніми регуляторними актами банку, зокрема положеннями про службу корпоративного секретаря, про корпоративного секретаря, Кодексом корпоративного управління і Кодексом корпоративної культури та етики. Корпоративний секретар забезпечує орга-

нізацію підготовки і проведення загальних зборів учасників (акціонерів), організовує забезпечення належного зв'язку з акціонерами, а саме: надання акціонерам вчасної, повної і достовірної інформації; уживає заходи щодо попередження порушень і розв'язання суперечок, що виникають через порушення прав акціонерів; на запит акціонерів організовує вчасне та повне їх інформування про рішення, ухвалені загальними зборами акціонерів, наглядовою радою та ревізійною комісією; на вимогу акціонерів видає належним чином засвідчені копії документів банку, передбачені актами законодавства і статутом банку [1].

Відповідно до положень про корпоративного секретаря ПАТ «Холдингова компанія «Еко-Дім»» корпоративний секретар є одноосібним незалежним органом товариства, що здійснює правове та організаційно-технічне забезпечення, координацію роботи органів товариства, а також обмін інформацією між ними та акціонерами. Корпоративний секретар призначається на посаду і звільняється з посади за рішенням наглядової ради, на підставі якого головою правління видається відповідний наказ. Корпоративний секретар призначається на посаду на необмежений термін, водночас він може бути призначений за сумісництвом.

З'ясування місця корпоративного секретаря у системі корпоративних правовідносин залежить від з'ясування такого питання: корпоративний секретар – це орган чи лише посадова особа?

Низка авторів відносить корпоративного секретаря до органів управління [2, с. 810-815; 3, с. 18; 4, с. 27]. Наприклад, С.Д. Могилевський виділяє допоміжні органи товариства, що забезпечують діяльність основних органів у загальноновизнаному сенсі, – це своєрідні «органи всередині органів», до яких серед іншого і належить корпоративний секретар [4, с. 27]. В.В. Долинська приходиться до такої думки через категорію «інші органи і посадові особи» [3, с. 18].

Низка інших авторів заперечує статус корпоративного секретаря як окремого органу товариства у системі корпоративного управління. Зокрема, І.С. Шиткіна зазначає, що корпоративний секретар не є органом юридичної особи, а лише його «структурним утворенням», оскільки корпоративний секретар не наділений самостійною компетенцією, не має права створювати для юридичної особи права [5, с. 134]. Корпоративний секретар є посадовою особою акціонерного товариства; він не представляє собою окремих органів товариства, оскільки його функції із волевиявлення дуже обмежені [6, с. 145].

Отже, більшість науковців не позиціонує корпоративного секретаря як окремих органів у системі корпоративного управління акціонерного товариства, висловлюючи думку про те, що корпоративний секретар – це лише посадова особа.

У контексті проблеми місця корпоративного секретаря у системі корпоративних правовідносин важливо проаналізувати порядок його обрання (призначення) з метою забезпечення його відносної незалежності.

Роль корпоративного секретаря в іноземних корпораціях не є самостійною. Корпоративний секретар не є самостійною одиницею, а підпорядковується або наглядовій раді (США), або генеральному директору (Англія, Австралія). Інформація про нього обов'язково подається, проте не окремим звітом, а під час характеристики роботи вищезазначених органів [7, с. 27].

Відповідно до ч. 7 ст. 56 Закону України «Про акціонерні товариства» наглядова рада за пропозицією голови наглядової

ради у встановленому порядку має право обрати корпоративного секретаря. Корпоративний секретар є особою, яка відповідає за взаємодію акціонерного товариства з акціонерами та/або інвесторами. Отже, у чинній редакції Закону корпоративний секретар позиціонується як особа, яка перебуває у складі наглядової ради, функціонально їй підпорядковується поряд із комітетами наглядової ради, про які йдеться у відповідній статті 56 «Комітети наглядової ради. Корпоративний секретар». Але такий порядок, на думку автора, дещо суперечить правовій природі та ролі корпоративного секретаря у корпоративних правовідносинах.

Обрання і звільнення корпоративного секретаря наглядовою радою і тільки за пропозицією голови наглядової ради ставить його у залежність від останньої, а не від загальних зборів. А якщо взяти до уваги право наглядової ради відсторонювати корпоративного секретаря, то його «маріонетковий» характер стає очевидним. Тому доцільніше, на думку автора, віднести обрання корпоративного секретаря до компетенції загальних зборів.

На думку А.С. Лалетіної, одним із оптимальних способів забезпечення незалежності корпоративного секретаря є варіант, коли адміністративно (питання трудового розпорядку, матеріальне забезпечення) корпоративний секретар підпорядкований одноосібному виконавчому органу, а функціонально – наглядовій раді (голови ради директорів) [6, с. 145].

Відповідно до проекту нової редакції Закону України «Про акціонерні товариства» № 2493 від 25.11.2019 року [8] корпоративний секретар обирається на посаду за рішенням наглядової ради або ради директорів за поданням голови наглядової ради або ради директорів, якщо інше не передбачено статутом або положенням про корпоративного секретаря.

Тобто у проекті корпоративний секретар і далі перебуває у певному підпорядкуванні наглядової ради. Водночас відзначається, що корпоративний секретар не може бути членом наглядової ради, виконавчого органу або ради директорів акціонерного товариства (ч. 9 ст. 82 Проекту).

Між тим не міститься заборони стосовно виконання функцій корпоративного секретаря особою, яка не перебуває у трудових відносинах із товариством. У науковій літературі існує думка, відповідно до якої корпоративний секретар може знаходитися за межами внутрішніх корпоративних правовідносин. На думку А. Сокурова, можливість залучення корпоративного секретаря ззовні може сприяти його незалежності та незаангажованості у відносинах між акціонерами та інвесторами, з одного боку, і менеджментом — з іншого, що знизить ризики або навіть суттєвим чином унеможливить виникнення корпоративних конфліктів у товаристві. Зокрема, корпоративний секретар може передати повноваження щодо моніторингу змін до корпоративного законодавства та відповідної судової практики, надаючи відповідні пропозиції наглядовій раді для поліпшення корпоративного управління, а також інші повноваження [9, с. 155].

Аутсорсинг функцій корпоративного секретаря – не найкраща практика корпоративного управління. До її мінусів можна віднести можливі проблеми із конфіденційністю матеріалів, які розглядаються органами управління; складнощі, пов'язані з вирішенням питань, що виникають під час діяльності товариства (наявні на ринку пропозиції спрямовані насамперед на виконання корпоративно-процедурних обов'язків і меншою

мірою зачіпають обов'язки із взаємодії зі стейкхолдерами). Штатний корпоративний секретар краще знає специфіку товариства [6, с. 155].

Практика передавання певних повноважень стороннім особам у корпоративному праві існує. Йдеться, зокрема, про ведення реєстру акціонерного товариства. До запровадження тільки бездокументарного обігу акцій реєстр акціонерів здійснювався самим товариством. Відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про цінні папери і фондову біржу» (нині – втратив чинність) обіг іменної акції фіксувався у книзі реєстрації акцій, яка велася самим товариством. Нині ведення реєстру акцій (що напряму торкається корпоративних «внутрішніх» відносин усередині АТ) провадиться тільки незалежним від АТ реєстратором, і це вважається аксіомою.

Але у контексті інституту корпоративного секретаря автору видається це неможливим. Компетенція корпоративного секретаря є досить широкою. За своєю правовою суттю він повинен мати доступ до комерційної інформації товариства, його бухгалтерської звітності тощо. Тому надання можливості залучати корпоративного секретаря ззовні видається передчасним.

Як вбачається з аналізу вище, корпоративний секретар відіграє вагомий роль у корпоративному управлінні. Нині інформація про корпоративного секретаря (наприклад, оплата праці, звіт про виконану роботу тощо) не підлягає обов'язковому розкриттю.

Тому варто погодитись із думкою А.В. Мягкого про те, що інформацію про корпоративного секретаря слід було б доповнити звітом про корпоративне управління, вимоги до якого містяться у ст. 12-2 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [10].

У зазначеному Законі міститься досить широкий перелік обов'язкової інформації, яка підлягає розкриттю стосовно посадових осіб. Звіт про корпоративне управління має містити інформацію про: 3) власників істотної участі (зокрема осіб, які здійснюють контроль за фінансовою установою), їхню відповідність вимогам, установленим законодавством, та зміну їх складу за рік; 4) склад наглядової ради фінансової установи та його зміну за рік, зокрема утворених нею комітетів; 5) склад виконавчого органу фінансової установи та його зміну за рік; 6) факти порушення членами наглядової ради та виконавчого органу фінансової установи внутрішніх правил, що призвело до заподіяння шкоди фінансовій установі або клієнтам цієї установи; 7) заходи впливу, застосовані протягом року органами державної влади до фінансової установи, зокрема до членів її наглядової ради та виконавчого органу; 8) розмір винагороди за рік членів наглядової ради та виконавчого органу фінансової установи; (ч. 1 ст. 12-2 Закону). Незважаючи на вимогу розкриття інформації про більшість учасників корпоративних правовідносин (власників істотної участі, членів наглядової ради та виконавчого органу), про корпоративного секретаря не згадується [11, с. 75].

Між тим, як видається, зважаючи на той обсяг повноважень, який покладений на нього, доцільно доповнити звіт із корпоративного управління інформацією про корпоративного секретаря. Отже, ми пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 12-2 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» п. 20 такого змісту: «склад служби корпоративного секретаря, розмір оплати, заходи впливу, застосовані протягом року органами державної влади».

Висновки. Таким чином, корпоративний секретар посідає особливе місце у системі корпоративних правовідносин. Подальший розвиток та вдосконалення акціонерного законодавства України має спрямовуватись у напрямку посилення його позиції шляхом розширення повноважень і забезпечення незалежності від наглядової ради та виконавчого органу.

Література:

1. Положення про службу корпоративного секретаря акціонерного банку «Укргазбанк», затверджене правлінням 28 жовтня 2010 р. URL: https://www.ukrgasbank.com/upload/file/polozhennya_pro_sks.pdf
2. Гриб В.В. Защита прав миноритарных акционеров в Российской Федерации. *Актуальные проблемы российского права*. 2014. № 5. С. 810-815.
3. Долинская В.В. Общее собрание акционеров. Москва, 2016. С. 18.
4. Могилевский С.Д. Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. Москва, 2010.
5. Корпоративное право: Учебник. Отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд. Москва, 2015.
6. Лалетина А.С., Косякин И. А. Институт корпоративного секретаря: правовое регулирование, практика, перспективы развития. *Труды Института государства и права РАН*. 2018. Том 13. № 1. С. 145-176.
7. Баюра Д. Служба корпоративного секретаря як інститут удосконалення системи корпоративного управління публічних акціонерних товариств. *Україна: аспекти праці*. 2012. № 1. С. 27-31.
8. Проект Закону України «Про акціонерні товариства» №2493 від 25.11.2019 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67468
9. Сокуров А. Універсальний солдат. *Український юрист*. 2013. №1-2. С. 1-4.
10. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України № 2664-III від 12 липня 2001 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1, ст. 1.
11. Беляневич О.А., Мягкий А.В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. 318 с.

Savchuk V. Position of corporate secretary in the system of corporate relations

Summary. The article analyzes the legal status of the corporate secretary in accordance with the legislation of Ukraine.

The author notes that the corporate secretary is a link that maintains regular communication between the owners of the company, its top managers and the board of directors. By developing cooperation within the so-called corporate triangle, he acts as a guarantor of compliance with company officials and governing bodies of those procedural requirements that ensure the realization of legitimate rights and interests of shareholders.

It is emphasized that the lack of such interaction often leads to the fact that the company is involved in corporate conflicts and faces the need to pay fines, and its leaders are held administratively and criminally liable. As a result, stock quotes may fall, reputations may deteriorate and the company may even go bankrupt.

The article notes that most scholars do not position the corporate secretary as a separate body in the corporate governance system of a joint stock company, expressing the opinion that the corporate secretary is only an official.

The role of corporate secretary in foreign corporations is not independent. The Corporate Secretary is not an independent

unit, but reports to either the Supervisory Board (USA) or the CEO (England, Australia). Information about him must be disclosed, but not in a separate report, but when describing the work of the above bodies.

The author argues that the election and dismissal of the corporate secretary by the supervisory board and solely on the proposal of the chairman of the supervisory board makes him dependent on the latter, not on the general meeting. And if we take into account the right of the supervisory board to remove the corporate secretary, then his "puppet" nature becomes obvious. Therefore, it is more appropriate, in the author's opinion, to include the election of the corporate secretary in the competence of the general meeting.

Particular attention is paid to the procedure for informing about the expenses for the corporate secretary. It is proposed to include the relevant information in the list of information that must be disclosed in the report of the company.

It is concluded that the corporate secretary occupies a special place in the system of corporate relations. Further development and improvement of the joint-stock legislation of Ukraine should be aimed at strengthening its position by expanding its powers and ensuring independence from the supervisory board and the executive body.

Key words: corporate secretary, joint-stock company, corporate governance, supervisory board, executive body, company official

*Ромась Д. С.,**аспірант кафедри цивільного права та процесу**Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова*

ОБ'ЄКТИВНІ УМОВИ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Анотація. Статтю присвячено визначенню об'єктивних умов виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права, якими є протиправна поведінка, завдання шкоди та причинно-наслідковий зв'язок.

Зазначено, що формами протиправної поведінки є дія та бездіяльність. Протиправною дією є активна поведінка особи-порушника, яка спрямована на порушення об'єктивного та (або) суб'єктивного авторського права. Протиправна бездіяльність в авторському праві є пасивною поведінкою особи, що виражається у невиконанні тих дій, які вона повинна була і могла здійснити в конкретній ситуації.

Шкода як одна з об'єктивних умов виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права може бути майновою та немайновою. Майнова шкода за порушення авторського права полягає у негативних наслідках від правопорушення. Зроблено висновок про те, що в авторському праві майнова шкода має більш широке розуміння: майнова шкода може бути завдана суб'єкту авторського права не лише через знищення або пошкодження речі, у якій утілений об'єкт авторського права, а й шляхом перекручення змісту твору, внесення змін до твору без відома автора. Проаналізовано, що особливістю захисту авторського права є те, що потерпілий повинен вибрати лише один вид відшкодування майнової шкоди – або відшкодування збитків (реальні або упущена вигода), або стягнення доходу, отриманого внаслідок порушення, або ж виплату компенсації. Виплата компенсації є спеціальним заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права і передбачена лише за порушення авторських і суміжних прав.

Шкода в авторському праві відшкодовується двома способами залежно від об'єкта посягання: грошове відшкодування або в натурі. Доведено, що в авторському праві спосіб відшкодування майнової шкоди залежить від двох обставин: 1) приналежність об'єкта авторського права до заміної або незаміної речі; 2) шкідливі наслідки. Якщо річ заміня, то потерпілий може вимагати відшкодування шкоди в натурі шляхом передання речі того ж роду та тієї ж якості або погадження пошкодженої речі. Якщо ж річ незамінна, то потерпілий вимагатиме лише відшкодування збитків, оскільки передання речі того ж роду та тієї ж якості або погадження пошкодженої речі буде неможливим.

Моральна шкода за порушення авторського права має свій вияв через приниження честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

Причинно-наслідковий зв'язок між дією або бездіяльністю (причина) та шкодою (наслідок) також є об'єктивною умовою виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права. В авторському праві причинно-наслідковий зв'язок прослідковується між дією або бездіяльністю порушника авторського права

та шкодою, яка була завдана автору (або іншим особам, які володіють майновими авторськими правами).

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, авторське право, протиправна поведінка, майнова шкода, компенсація, моральна шкода, причинно-наслідковий зв'язок.

Постановка проблеми. Питання порушення авторських прав у цивільному праві завжди було предметом багатьох досліджень та дискусій. Наукові розробки у цій сфері у своїй переважній більшості стосуються саме захисту авторського права, однак сьогодні не вирішеною є низка проблемних питань, пов'язаних із цивільно-правовою відповідальністю за порушення авторського права. Гострота проблеми зумовлена відсутністю наукових досліджень у сфері підстав виникнення цивільно-правової відповідальності, об'єктивних та суб'єктивних умов її виникнення, інших питань, що й зумовлює актуальність теми дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Свого часу питання об'єктивних умов виникнення цивільно-правової відповідальності та захисту авторського права неодноразово ставало предметом дослідження вітчизняних науковців: С.Д. Гринько, Є.О. Харитоновна, О.І. Харитоновна, І.С. Канзафарової, Р.О. Стефанчука, А.С. Штефан. Водночас ними не було досліджено саме цивільно-правову відповідальність за порушення авторського права, зокрема об'єктивні умови для її виникнення. А тому в доктрині цивільного права й досі відсутнє ґрунтовне дослідження об'єктивних умов виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права.

Мета статті. Метою статті є встановлення об'єктивних умов виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права. Для досягнення поставленої мети передбачено вирішити такі завдання: виявити об'єктивні умови; з'ясувати їхні особливості у сфері авторського права; розкрити раніше недосліджувані явища у сфері цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права.

Вклад основного матеріалу. Об'єктивними умовами виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права є протиправна поведінка, завдання шкоди та причинно-наслідковий зв'язок.

Обов'язковою ознакою будь-якого правопорушення є протиправна поведінка, формами якої є дія та бездіяльність [1, с. 47–48]. Так, Є.О. Харитонов указує, що протиправною поведінкою є неправомірні дії або бездіяльність, які прямо заборонені законом або суперечать прямим приписам закону [2, с. 1059].

Розглядаючи дію як одну з форм протиправної поведінки, слід звернути увагу на те, що протиправною дією є активна

поведінка особи-порушника, яка спрямована на порушення об'єктивного та (або) суб'єктивного права.

Серед цивілістів переважає думка щодо розуміння протиправної діяльності як дії, що порушує права в об'єктивному розумінні. Тобто об'єктивне право слід розглядати як сукупність загальнообов'язкових норм, правил поведінки, за порушення яких настає відповідальність. Як влучно свого часу зазначав О.С. Іоффе, протиправність поведінки виражає його об'єктивну невідповідність вимогам правової норми [3, с. 316].

Так, формами об'єктивного права може бути законодавство, договір. У разі порушення авторського права таким об'єктивним правом є ЦК України та Закон України «Про авторське право і суміжні права» (та інші спеціальні закони), а також різноманітні договори: авторський, ліцензійний, видавничий тощо. Так, В.П. Грібанов протиправною називав поведінку, що порушує юридичні обов'язки, передбачені законом [4, с. 325].

На відміну від об'єктивного права суб'єктивне право виникає на основі об'єктивного права. Суб'єктивне цивільне право належить конкретній особі, а тому під суб'єктивним цивільним правом розуміють установлену законом міру дозволеної поведінки правомочної особи [5, с. 27]. С.М. Братусь пояснював суб'єктивне право як можливість вимагати від інших певної поведінки та міру поведінки й самого управомоченого [6, с. 11]. В.В. Вітрянський вважає, що умова протиправності належить не до дії або бездіяльності боржника, а до самого порушення суб'єктивних цивільних прав [7, с. 709]. Є.О. Харитонов та О.І. Харитонова володіння суб'єктивним правом розкривають через можливість поводитися певним чином; можливість вимагати певної поведінки від інших суб'єктів цивільного права; можливість звернутися у необхідних випадках до суду та інших органів за захистом порушеного права [8, с. 93].

Що стосується суб'єктивних авторських прав, то таке порушення є зазіханням на майнові та особисті немайнові права автора (або інших осіб, які володіють майновими правами). Такі права передбачені цивільним законодавством та спеціальним законом про авторське право.

Підсумовуючи усе вказане, на нашу думку, протиправні дії слід розглядати через порушення норм об'єктивного права, що посягає на чуже суб'єктивне право. Повертаючись до авторського права, слід зауважити, що дії, які порушують об'єктивне авторське право, передбачені ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [9]. Як правильно вказує Т.М. Вахонєва, різні види порушення авторських прав призводять не лише до майнових утрат конкретних суб'єктів права інтелектуальної власності, а й впливають на економічний, духовний та інтелектуальний розвиток країни у цілому [10, с. 464].

Види протиправних дій у сфері авторського права мають вичерпний перелік, установлений у ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [9]. Унаслідок проведеного нами аналізу цього закону протиправними діями під час порушення авторського права можуть бути: 1) дії, які порушують особисті немайнові та майнові права суб'єктів авторського права; 2) опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, незаконне оприлюднення програм організацій мовлення, камкординг, кардшейрінг, а також Інтернет-піратство, тобто вчинення будь-яких дій, які відповідно до цієї статті визнаються

порушенням авторського права з використанням мережі Інтернет; 3) оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору; 4) увезення на митну територію України без дозволу осіб, які мають авторське право, примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, програм мовлення; 5) учинення дій, що створюють загрозу порушення авторського права (та інші відповідно до закону).

Указані протиправні дії як умова цивільно-правової відповідальності є характерними виключно у разі порушення авторського права, а тому потребують ґрунтовного дослідження. Наприклад, діями, які порушують особисті немайнові та майнові права суб'єктів авторського права, можуть бути перекручення, спотворення чи інша зміна твору або будь-яке інше посягання на твір, що може зашкодити честі і репутації автора (п. 4 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права») [9]. А.С. Штефан дії, що створюють загрозу порушення авторського права, не називає самостійним порушенням, однак пояснює, що вони формують підґрунтя для таких дій, породжують реальну можливість їх учинення. Як приклад науковець наводить підготовку до випуску у світ твору з порушенням його недоторканості або твору, на якому зазначено справжнє ім'я автора замість псевдоніму, на використанні якого наполягав автор: сам факт підготовки таких творів ще не становить порушення, однак воно відбудеться, якщо твори будуть опубліковані [11, с. 125–126]. Протилежної позиції притримується В.В. Луць, який вказує, що дії, які підпадають під ознаки посягання на права інтелектуальної власності, є винними, реальними, цілеспрямованими, тобто такими, що призведуть до порушення тих прав інтелектуальної власності, які закріплено у законі. Ці дії можуть мати і таку ознаку, як публічність, особливо якщо це стосується посягання на особисті немайнові права інтелектуальної власності [12, с. 163]. Уважаємо таку думку більш доцільною, оскільки загроза порушення авторського права є самостійним видом протиправної поведінки як винне, реальне, цілеспрямоване, публічне діяння, характерне лише для цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права.

Прикладом протиправної поведінки може слугувати не лише порушення норм закону, а й порушення умов договірних зобов'язань. Визначення протиправності порушення договірних зобов'язань відображається через порушення сторонами умов договору. На думку С.В. Заверухи, визначення протиправності через порушення зобов'язання є правильним, оскільки джерелом цивільного права визнаються як акти цивільного законодавства, так і договір [13, с. 43]. Варто зазначити, що порушення умов авторських договорів є розповсюдженим явищем. Серед основних причин порушення доцільно виділити: неправильне тлумачення чинного законодавства, неправильне застосування правових норм, недобросовісні дії сторін, низький рівень правової культури, особливо це спостерігається у відносинах авторів та осіб, які використовують авторські твори з метою отримання прибутку [14, с. 287].

Таким чином, протиправною дією як об'єктивною умовою виникнення цивільно-правової відповідальності є вчинення будь-яких дій, які порушують особисті немайнові та майнові права суб'єктів авторського права. При цьому обов'язковою ознакою протиправності є закріплення таких порушень у Законі України «Про авторське право і суміжні права».

Розглянувши протиправну дію як одну з форм протиправної поведінки, слід повернутися до бездіяльності. Бездіяльністю є пасивна поведінка особи, що виражається у невиконанні тих дій, які вона повинна була і могла здійснити в конкретній ситуації [15, с. 468]. Прикладом протиправної бездіяльності в авторському праві можна навести невидання видавництвом твору за видавничим договором або нездійснення публічного виконання твору відповідно до постановочного договору. Також прикладом порушення майнових прав суб'єктів авторського права у формі бездіяльності є невіплата винагороди за використання відповідного об'єкта, яка передбачена договором про передачу майнових прав або договором з організацією колективного управління [16, с. 104].

Отже, протиправна поведінка як об'єктивна умова виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права може мати вияв через протиправні дії або бездіяльність. Така протиправна поведінка посягає на об'єктивне право (законодавство, договір) шляхом порушення чужих суб'єктивних прав.

Серед об'єктивних умов цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права важливе місце займає шкода, яка може бути майновою та немайновою.

Майнова шкода за порушення авторського права полягає у негативних наслідках від правопорушення. Варто погодитися з думкою С.Д. Гринько, яка вказує, що шкода є збиральною правовою категорією, оскільки включає до свого складу майнову і моральну шкоду, тоді як збитки є майновими втратами потерпілої особи, що відшкодовуються правопорушником у разі завдання майнової шкоди [17, с. 492–493]. В.В. Вітрянський збитками називає спричинені неправомірною поведінкою негативні наслідки в майновій сфері потерпілого [7, с. 514].

Законодавець збитки поділяє на реальні та упущену вигоду, де реальні збитки – це втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права, а упущена вигода – доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (ст. 22 ЦК України) [18].

Що стосується авторського права, то, відповідно до ч. 1 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права», суб'єкти авторського права мають право подавати позови до суду про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником унаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, або виплату компенсацій [9]. Недосконалість даної статті наводить на хибну думку, що збитками в авторському праві законодавець убачає лише упущену вигоду, дохід, отриманий від порушення, та компенсацію. Більш зрозумілою є наступна частина вказаної статті, у якій передбачено види судових рішень у разі подання позову про відшкодування збитків (матеріальної шкоди). Так, суд має право постановити рішення чи ухвалу про: б) відшкодування збитків; в) стягнення із порушника авторського права доходу, отриманого внаслідок порушення; г) виплату компенсації. Очевидно, що під «відшкодуванням збитків» розуміються як реальні збитки, так і упущена вигода, що передбачено ст. 22 ЦК України. Прикладом майнових збитків в авторському праві К.А. Флейшиц наводила не видану автором п'єсу, але повідомлену театру для переговорів про укладання постановочного договору, яку публічно

виконав театр без укладання такого договору та без сплати автору винагороди [19, с. 206].

Реальні збитки в авторському праві здебільшого розуміються в прямому значенні як знищення або пошкодження речі, у якій утілений об'єкт авторського права, до прикладу скульптуру, картину чи щось інше, що можна знищити чи пошкодити. Однак далеко не в кожному випадку «знищення» або «пошкодження» можна розуміти в прямому сенсі. Наприклад, літературним творам можна завдати пошкоджень шляхом їх перекручення, отже, як приклад реального збитку можна навести витрати потерпілого, що були зроблені у зв'язку з усуненням перекручень твору [20, с. 206]. Із указаного можна зробити висновок, що в авторському праві майнова шкода має більш широке розуміння: майнова шкода може бути завдана суб'єкту авторського права не лише через знищення або пошкодження речі, у якій утілений об'єкт авторського права, а й шляхом перекручення змісту твору, внесення змін до твору без відома автора.

У спеціальному законодавстві з авторського права щодо збитків особливий акцент ставиться на упущену вигоду. Так, ст. 34 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено, що сторона, яка не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання за авторським договором, зобов'язана відшкодувати іншій стороні всі збитки, у тому числі упущену вигоду [9]. Більше того, передбачено відшкодування збитків і самим автором, що передбачено ч. 2 ст. 34 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [9]. Так, якщо автор не передав твір замовникові відповідно до умов авторського договору замовлення, він повинен відшкодувати замовникові збитки, у тому числі упущену вигоду.

Доходи, отримані від порушення авторського права, відрізняються від упущеної вигоди тим, що перші отримує порушник, а упущену вигоду недоотримає суб'єкт авторського права. У цьому разі потерпілий (позивач) має право вибрати, з яким позовом йому звертатися до суду – про стягнення з порушника авторського права доходу, отриманого внаслідок порушення, або ж про відшкодування реальних збитків чи упущеної вигоди. Очевидно, що вибір способу захисту залежатиме від більш вигідного для потерпілого відшкодування. Однак якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку із цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право (абз. 2 ч. 3 ст. 22 ЦК України) [18].

Виплата компенсації є спеціальним заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права, про що йтиметься у наступних параграфах. Однак правову природу компенсації вважаємо за необхідне розкрити саме в контексті шкоди як об'єктивної умови виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права. Слід наголосити, що виплата компенсації передбачена лише за порушення авторських і суміжних прав.

Головною особливістю компенсації є те, що вона має місце, якщо лише доведений факт порушення авторського права, тоді як збитки та доходи, отримані від порушення, підлягають розрахунку. Так, А.С. Штефан указує, що відмінність компенсації від відшкодування збитків полягає у тому, що під час визначення розміру компенсації масштаб спричиненої шкоди не є головним та основним критерієм: окрім власне розміру шкоди, значення мають характер заподіяної шкоди, наслідки

та їх тривалість, ступінь вини заподіювача [21, с. 27]. Натомість для стягнення прибутку з відповідача, що був отриманий ним унаслідок порушення прав автора, необхідно спочатку довести наявність цих прибутків, що не завжди легко зробити [22, с. 173]. Таким прикладом може слугувати скопіювання твору образотворчого мистецтва без згоди автора; у разі якщо таку копію продано замість оригіналу, то природно, що автор утратив ту суму, яку він особисто отримав би за авторське повторення твору [23, с. 220].

Особливістю захисту авторського права є те, що потерпілий повинен вибрати лише один вид відшкодування майнової шкоди: або відшкодування збитків (реальні або упущена вигода), або стягнення доходу, отриманого внаслідок порушення, або ж виплату компенсації. Важливо додати, що І.С. Канзафарова таку можливість надання потерпілому права вибору способу захисту свого права вважає важливою юридичною гарантією реального захисту порушених прав та інтересів [24, с. 257].

За цивільним законодавством України шкода за порушення авторського права відшкодовується двома способами, передбаченими ст. 1192 ЦК України: грошове відшкодування або в натурі [18]. Із указаного можна зробити висновок, що в авторському праві спосіб відшкодування майнової шкоди залежить від двох обставин: 1) приналежність об'єкта авторського права до заміної або незамінної речі; 2) шкідливі наслідки. Якщо річ замінна, то потерпілий може вимагати відшкодування шкоди в натурі шляхом передання речі того ж роду та тієї ж якості або поладження пошкодженої речі. Наприклад, якщо було завдано фізичної шкоди твору автора (наприклад, пошкоджено глиняну скульптуру), то потерпілий зможе вимагати або ремонту такої речі, або відшкодування збитків. Якщо ж річ незамінна, то потерпілий вимагатиме лише відшкодування збитків, оскільки передання речі того ж роду та тієї ж якості або поладження пошкодженої речі буде неможливим. Це стосується здебільшого об'єктів авторського права в єдиному екземплярі. Наприклад, знищення єдиного рукопису твору, картини тощо.

Як влучно вказує А.С. Штефан, метою відшкодування збитків у будь-якому разі є грошове відновлення становища автора, створення такого становища, у якому власник авторського права знаходився б, якби порушення його права не відбулося [21, с. 26]. При цьому слід погодитися з думкою С.Д. Гринько, яка зазначає, що остаточний вибір способів відшкодування шкоди законодавець надає саме потерпілому, який сам має вибирати доцільність застосування натурального чи грошового способу відшкодування для найбільш повного захисту своїх порушених майнових прав [17, с. 489]. У будь-якому разі, як правильно свого часу вказував О.С. Іоффе, потерпілому, як правило, зручніше одержати грошову компенсацію, ніж предмет, відновлений самим завдавачем або наданий взамін знищеному [25, с. 786].

Підсумовуючи усе зазначене вище, необхідно дійти висновку, що до складу майнової шкоди за порушення авторського права входять: 1) реальні збитки; 2) упущена вигода; 3) дохід, отриманий унаслідок порушення; 4) компенсація. Шкода відшкодовується двома способами залежно від об'єкту посягання: грошове відшкодування або в натурі.

Поняття шкоди також застосовується для визначення наслідків правопорушення, які виражаються у пошкоджені

або знищені майна потерпілого, у разі заподіяння каліцтва чи смерті, для визначення душевних, моральних страждань та переживань особи, яка ще називається «моральна шкода». Зазначені негативні наслідки настають за порушення належних потерпілому майнових або особистих немайнових прав [24, с. 243]. Р.О. Стефанчук характеризує моральну шкоду як негативні наслідки немайнового характеру, заподіяні фізичній особі внаслідок завданих їй страждань у зв'язку з порушенням її прав чи інтересів або загрозою вчинення такої поведінки [26, с. 223].

Відповідно до ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права», у разі порушення будь-якою особою авторського права суб'єкта, права яких порушено, мають право звертатися до суду з позовом про відшкодування моральної (немайнової) шкоди [9]. Так, С.І. Шимон моральну шкоду розглядає через негативні емоції, які можуть сягнути такого кількісного та якісного стану, що, наприклад, для людини творчої професії це може бути втрата творчого натхнення [27, с. 7].

Найчастіше у разі порушення авторського права моральна шкода має свій вияв через приниження честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (п. 4 ч. 2 ст. 23 ЦК України) [18]. Дане положення переважно стосується честі і репутації автора. Так, шкодою для честі і репутації автора є перекручення, спотворення чи інша суттєва зміна твору або посягання на нього (п. 4 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права») [9]. Таким чином, моральна (немайнова) шкода в авторському праві полягає у душевних стражданнях, спричинених утратами немайнового характеру, яких завдано автору твору або іншому суб'єкту авторського права на твір неправомірними діями чи бездіяльністю фізичних, юридичних осіб, які порушують його особисті немайнові права або посягають на виключні майнові права, а також принижують честь, гідність, ділову репутацію автора твору або іншого суб'єкта авторського права [20, с. 210].

Що стосується юридичної особи, то це може бути приниження її ділової репутації. Ділова репутація юридичної особи базується на оцінці її як учасника суспільного життя, контрагента, суб'єкта на ринку товарів та послуг, а тому зниження ділової репутації потенційно несе в собі виникнення шкоди майнової, виступає її передвісником, а відповідно майнова шкода стає неминучим наслідком порушення ділової репутації [28, с. 282–283].

Підсумовуючи дві зазначені вище об'єктивні умови виникнення цивільно-правової відповідальності, слід указати на причинно-наслідковий зв'язок між дією або бездіяльністю (причина) та шкодою (наслідок). На підтвердження цього В.П. Грібанов писав, що причинний зв'язок є необхідним зв'язком між явищами, за якого одне явище (причина) передусім іншому (наслідку) і породжує його [29, с. 336]. В.В. Луць вказує, що протиправна дія або бездіяльність заподіювача є причиною, а збитки, що виникли у потерпілої особи, – наслідком протиправної поведінки заподіювача [30, с. 702]. Є.О. Харитонов розглядає причинний зв'язок як взаємозв'язок, що об'єктивно існує між явищами, за якого одне з них із необхідністю породжує інше [31, с. 510].

В авторському праві причинно-наслідковий зв'язок прослідковується між дією або бездіяльністю порушника авторського права та шкодою, яка була завдана автору (або іншим особам, які володіють майновими авторськими правами).

У разі якщо цивільно-правова відповідальність за порушення авторського права настає внаслідок порушення умов договору, то причинно-наслідковий зв'язок є обов'язковою умовою лише у разі наявності збитків.

Висновки. Об'єктивними умовами виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права є протиправна поведінка, завдання шкоди та причинно-наслідковий зв'язок.

Протиправна поведінка у разі порушення авторського права може знаходити свій вияв через дію або бездіяльність, які порушують норми об'єктивного права, що посягає на чуже суб'єктивне авторське право. Особливістю протиправної поведінки у сфері авторського права є вичерпний перелік протиправних дій у законі. Протиправна бездіяльність у разі порушення авторського права може мати місце, якщо особа повинна була і могла б діяти встановленим чином.

Шкода за порушення авторського права може бути майновою та немайновою (моральною). Майновою шкодою за порушення авторського права є: 1) реальні збитки; 2) упущена вигода; 3) дохід, отриманий унаслідок порушення; 4) компенсація. Майнова шкода за порушення авторського права відшкодовується двома способами: як грошове відшкодування та в натурі. Спосіб відшкодування майнової шкоди за порушення авторського права залежить від приналежності об'єкта авторського права до заміної або незамінної речі та шкідливих наслідків.

Моральна шкода у разі порушення авторського права означає наявність шкідливих наслідків нематеріального характеру, наприклад через приниження честі та гідності фізичної особи (автора), а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (автора, осіб, які володіють майновими авторськими правами), душевні страждання автора (втрата натхнення, негативні емоції, які впливають на написання твору, апатія тощо).

Підсумовуючи дві вказані вище об'єктивні умови виникнення цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права, слід додати ще одну умову – причинно-наслідковий зв'язок. В авторському праві причинно-наслідковий зв'язок прослідковується між дією або бездіяльністю порушника авторського права та шкодою, яка була завдана автору (або іншим особам, які володіють майновими авторськими правами).

Література:

1. Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 5. 736 с.
2. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. С.О. Харитонов. Харків : Одісей, 2006. 1200 с.
3. Иоффе О.С. Избранные труды : в 4-х т. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. Т. 1. 574 с.
4. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских права. Москва : Статут, 2000. 411 с.
5. Заїка Ю.О. Українське цивільне право : навчальний посібник. Київ : Істина, 2005. 312 с.
6. Братусь С. . Субъекты гражданского права. Москва : Госюриздат, 1950. 367 с.
7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества ; изд. доп., стереотип. Москва : Статут, 2002. 780 с.
8. Харитонов С.О., Харитонов О.І. Цивільні правовідносини : навчальний посібник. Київ : Істина, 2008. 304 с.
9. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.

10. Вахонєва Т.М. Авторське право і суміжні права в Україні : навчальний посібник ; 2-е вид. Київ : Дакор, 2019. 576 с.
11. Штефан А.С. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту : монографія. Київ : Інтерсервіс, 2017. 150 с.
12. Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : монографія / за заг. ред. В.В. Луця. Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. 256 с.
13. Заверуха С.В. Цивільно-правова відповідальність за договором купівлі-продажу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 217 с.
14. Вахонєва Т.М. Відповідальність за невиконання авторського договору. *Держава і право*. 2011. Вип. 52. С. 285–291.
15. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник ; 3-є вид. Київ : Алерта, 2012. 524 с.
16. Кочина О.С. Порядок відшкодування моральної немайнової шкоди при порушенні авторських та суміжних прав в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 264 с.
17. Гринько С.Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. 724 с.
18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
19. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. Москва : Юридическая литература, 1957. 280 с.
20. Кетрарь А.А. Особливості відшкодування майнової та немайнової (моральної) шкоди в авторському праві. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. С. 205–212.
21. Штефан А.С. Відшкодування майнової шкоди як спосіб захисту авторського права. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 1. С. 24–34.
22. Афанасьєва К.О. Авторське право. Практичний посібник. Київ : Атіка, 2006. 224 с.
23. Гордон М.В. Советское авторское право. Москва : Госюриздат, 1955. 232 с.
24. Канзафарова І.С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. 453 с.
25. Иоффе О.С. Избранные труды : в 4-х т. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. Т. III. 837 с.
26. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2007. 626 с.
27. Шимон С.І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 1998. 17 с.
28. Цивільне право України : підручник : у 2-х т / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, І.В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасиво-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2007. Т. 1. 480 с.
29. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва : Статут, 2000. 411 с.
30. Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін. ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. Київ : Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1. 720 с.
31. Харитонов С.О., Саниахметова Н.О. Цивільне право України : підручник. Київ : Істина, 2003. 776 с.

Romas D. Objective conditions for the occurrence of civil liability for copyright infringement

Summary. The article is devoted to determining the objective conditions for the occurrence of civil liability for copyright infringement, which are illegal behavior, harm and causation.

It is noted that the forms of illegal behavior are action and inaction. An illegal act is the active behavior of the infringing person, which is aimed at infringing objective and (or) subjective copyright. Unlawful inaction in copyright is a passive behavior of a person, which is expressed in failure to perform those actions that he should and could have performed in a particular situation.

Damage, as one of the objective conditions for the occurrence of civil liability for copyright infringement, can be property or non-property. Property damage for copyright infringement is the negative consequences of the offense. It is concluded that copyright property damage has a broader meaning - property damage can be caused to the subject of copyright not only by destroying or damaging the thing in which the object of copyright is embodied, but also by distorting the content of the work, making changes to the work without the knowledge of the author. It is analyzed that the peculiarity of copyright protection is that the victim must choose only one type of compensation for property damage - or compensation for damages (real or lost profits), or recovery of income from the violation, or payment of compensation. Payment of compensation is a special measure of civil liability for infringement of copyright and is provided only for infringement of copyright and related rights.

Copyright damage is compensated in two ways, depending on the object of encroachment - monetary compensation or in kind. It is proved that in copyright the method of compensation for property damage depends on two circumstances: 1) the belonging of the object of copyright to a replacement or irreplaceable thing; 2) harmful effects. If the thing is replaceable, the victim may claim compensation in kind by transferring the thing of the same kind and quality or repairing the damaged thing. If the thing is irreplaceable - the victim will only demand compensation for damages, as the transfer of the thing of the same kind and the same quality or repair of the damaged thing will be impossible.

Moral damage in the case of copyright infringement is manifested through the humiliation of the honor and dignity of the individual, as well as the business reputation of the individual or legal entity.

The causal link between an act or omission (cause) and harm (consequence) is also an objective condition for the occurrence of civil liability for copyright infringement. In copyright, a causal link is traced between the act or omission of a copyright infringer and the damage caused to the author (or other copyright holders).

Key words: civil liability, copyright, misconduct, property damage, compensation, non-pecuniary damage, causation.



КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО



*Кулакова Н. В.,**кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ*

ОСОБЛИВОСТІ ОХОРОНИ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОГО НАДБАННЯ В УКРАЇНІ

Анотація. Статтю присвячено дослідженню кримінально-правової охорони об'єктів культурної спадщини в Україні. Збереження і примноження культурного надбання забезпечується системою правових та організаційно-управлінських заходів, що регулюються Конституцією України, ратифікованих парламентом України міжнародними конвенціями, законодавчими актами щодо забезпечення збереження культурних надбань, серед яких – закони України «Про охорону культурної спадщини», «Про охорону археологічної спадщини», «Про музеї та музейну справу», «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» та іншими нормативними актами. У статті досліджується правова охорона об'єктів культурної спадщини в Україні; аналізується законодавство, яким передбачається та гарантується охорона культурної спадщини; визначається співвідношення понять «культурна спадщина», «культурні цінності», «культурне надбання».

Законом України «Про культуру» визначено правові засади діяльності та регулювання суспільних відносин, що пов'язані зі збереженням культурної спадщини та культурних цінностей. Також цим законодавством передбачено використання терміна «національне культурне надбання», під яким розуміється сукупність унікальних культурних цінностей, об'єктів культурної спадщини, що мають виняткове історичне значення для формування культурного простору України. Критерії визначення культурної спадщини і культурних цінностей відрізняються фізичними відмінностями об'єктів. Але, незважаючи на застосування різних понять у нормативно-правових документах у сфері охорони культурного надбання нашої держави, основним завданням цих законів є система заходів їх охорони. Метою нормативно-правового забезпечення охорони культурної спадщини є захист і збереження культурного надбання як основи національної культури.

Особливістю правового регулювання охорони культурної спадщини є те, що у вітчизняному законодавстві використовуються поняття «культурне надбання», «культурна спадщина», «культурні цінності», «археологічна спадщина».

Ключові слова: культура, культурне надбання, культурна спадщина, культурні цінності, охорона, культурної спадщини, об'єкти охорони культурної спадщини.

Правова охорона об'єктів культурної спадщини досліджувалася у різних галузях права, а саме: вивчалися особливості цивільно-правової охорони культурної спадщини (О.П. Сергєєв, С.Г. Долгов, А.П. Фоков, М.В. Васильєв, І.В. Савельєв), міжнародно-правовий захист культурних цінностей (М.М. Богуславський, Л.М. Галенська, С.Н. Молчанова, Л. Прессуїр (Франція), І. Сейдел-Хохенвелдерн (Австрія)) особливості розслідування кримінальних правопорушень,

що посягають на об'єкти культурної спадщини (Р.В. Асейкін, В.В. Базелюк, Є.П. Гайворонський, Т.Г. Каткова, Т.В. Каткова, О.С. Кофанова), адміністративно-управлінські аспекти охорони пам'яток культури (А.М. Артюнян, Н.Д. Бобоєдова, В.Я. Настюк та ін.).

Незважаючи на значний внесок вітчизняних та зарубіжних учених, особливості охорони культурного надбання потребують подальшого наукового дослідження, оскільки ситуація, що склалася в державі, потребує постійного реагування на різноманітні загрози, пов'язані з посяганням на об'єкти культурного надбання. Важливість заходів такої охорони зумовлена тим, що вона являє собою систему правових, організаційних, фінансових, матеріально-технічних, містобудівних, інформаційних та інших заходів з обліку, запобігання руйнуванню або заподіяно шкоди, забезпечення захисту, збереження, утримання, відповідного використання, консервації, реставрації, ремонту, реабілітації, пристосування та музеєфікації об'єктів культурної спадщини [2].

Така діяльність передбачає не лише застосування різноманітних організаційно-управлінських заходів запобігання, а й насамперед удосконалення правового регулювання такої охорони. Тільки спільна діяльність всіх інститутів держави, а саме правоохоронних органів, Міністерства культури України, територіальних громад в особі органів місцевого самоврядування, громадськості, сприятиме ефективності запобіжних заходів. Необхідно звернути увагу на те, що саме на органи виконавчої влади покладається збереження культурного надбання на території України, охорону культурної спадщини, захист історичного середовища, збереження Музейного фонду України, Державного бібліотечного фонду України, Національного архівного фонду України, фільмофонду та їх постійне поповнення сучасними творами мистецтва [1].

Законом України «Про культуру» визначено правові засади діяльності держави у сфері культури, що передбачають регулювання суспільних відносин, які пов'язані зі створенням, використанням, розповсюдженням, збереженням культурної спадщини та культурних цінностей і спрямовані на забезпечення доступу до них [1]. Культура є сукупністю матеріального і духовного надбання певної людської спільноти (етносу, нації), нагромадженого, закріпленого і збагаченого протягом тривалого періоду, що передається від покоління до покоління, включає всі види мистецтва, культурну спадщину, культурні цінності, науку, освіту та відображає рівень розвитку цієї спільноти [1].

Метою нормативно-правового забезпечення охорони культурної спадщини є захист і збереження культурного надбання як основи національної культури [2]. Велике значення полягає

у тому, що законодавець застосовує узагальнююче поняття «національне культурне надбання», під яким розуміється сукупність унікальних культурних цінностей, об'єктів культурної спадщини, що мають виняткове історичне значення для формування культурного простору України [1]. Але вітчизняне законодавство передбачає також охорону й інших об'єктів культурного надбання, а саме археологічної спадщини, пам'яток культурної спадщини, документів та унікальних документів Національного архівного фонду. Усі зазначені об'єкти передбачають систему заходів із боку держави, що спрямовані на їх охорону. Необхідно звернути увагу на те, що законодавцем було введено в обіг поняття «вітчизняний (національний) культурний продукт», під яким розуміються культурні блага і культурні цінності, створені (надані) вітчизняним виробником [1], але потрібно зазначити, що такий об'єкт, як культурне благо, не передбачає кримінально-правової охорони.

Під культурною спадщиною розуміється сукупність успадкованих людством від попередніх поколінь об'єктів культурної спадщини [2]. До таких об'єктів¹, відповідно до вітчизняного законодавства, належать нерухомі об'єкти (об'єкти, які не можуть бути перенесені на інше місце без утрати його цінності з археологічного, естетичного, етнологічного, історичного, архітектурного, мистецького, наукового чи художнього погляду та збереження своєї автентичності) та рухомі предмети (які пов'язані з нерухомими об'єктами культурної спадщини: елементи, групи елементів об'єкта культурної спадщини, що можуть бути відокремлені від нього, але становлять із ним єдину цілісність і відокремлення яких призведе до втрати археологічної, естетичної, етнологічної, історичної, архітектурної, мистецької, наукової або культурної цінності об'єкта).

Окремим видом об'єктів культурної спадщини виділяється «пам'ятка культурної спадщини», до яких належать об'єкти, які занесено до Державного реєстру нерухомих пам'яток України [3; 4], або об'єкти, які взято на державний облік до Державного реєстру нерухомих пам'яток України.

В основу виділення об'єктів культурної спадщини покладено принцип виділення властивостей предмета, що характеризують його історико-культурну цінність як критерій охорони. Предметом охорони об'єкта культурної спадщини є характерна властивість об'єкта культурної спадщини, що становить його історичну та культурну цінність, на підставі якої цей об'єкт визнається пам'яткою.

Не лише Законом України «Про охорону культурної спадщини» передбачено регулювання відносин у сфері збереження культурного надбання, а й Законом України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» [10] передбачено систему заходів у сфері обігу та охорони культурних цінностей. Відповідно до Закону, під культурними цінностями розуміються 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

¹ Відповідно до закону, об'єкт культурної спадщини – визначне місце, споруда (вигір), комплекс (ансамбль), їхні частини, пов'язані з ними рухомі предмети, а також території чи водні об'єкти (об'єкти підводної культурної та археологічної спадщини), інші природні, природно-антропогенні або створені людиною об'єкти незалежно від стану збереженості, що донесли до нашого часу цінність з археологічного, естетичного, етнологічного, історичного, архітектурного, мистецького, наукового чи художнього погляду і зберегли свою автентичність [2].

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 має 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 [2].

Таким чином, в українському законодавстві сформувався норми-дефініції, що регулюють відносини у сфері охорони культурної спадщини та культурних цінностей. Для яких характерні певні ознаки: 1) фізична природа (хоча в Законі України «Про культуру» передбачено також охорону, збереження «нематеріальної культурної спадщини»², що є складовим елементом культурної спадщини); 2) зв'язок із певними історичними подіями або з тривалим періодом часу від моменту їх створення; 3) наявність естетичних властивостей; 4) зацікавленість у їх збереженні (про це свідчить належність до Державного реєстру нерухомих пам'яток України або об'єкт культурної спадщини береться на державний облік відповідно до законодавства, а також відповідно до Конвенції про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини 1972 р. Всесвітній комітет культурної спадщини формує «Список всесвітньої спадщини» [5]). Об'єкти, що входять до зазначеного Списку, належать до найбільш цінних, а тому повинні охоронятися більш ретельно); 5) ці предмети визначаються як унікальні; 6) вони інколи не мають чітко вираженого грошового еквіваленту (безцінні).

Чинне кримінальне законодавство передбачає відповідальність за посягання на окремі об'єкти культурного надбання, а саме: на культурні цінності, культурну спадщину, пам'ятки культурної спадщини, археологічну спадщину та документи чи унікальні документи Національного архівного фонду.

Стаття 201 КК України «Контрабанда». Основним безпосереднім об'єктом контрабанди є встановлений порядок переміщення через митний кордон України товарів та інших предметів, указаних в диспозиції ч. 1 ст. 201 КК України. Під товарами розуміється будь-яке рухоме майно, у тому числі й культурні цінності, під якими розуміються об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України. Предметом контрабанди можуть бути як культурні цінності України, так

² Нематеріальна культурна спадщина – звичаї, форми показу та вираження, знання, навички, що передаються від покоління до покоління, постійно відтворюються спільнотами та групами під впливом їхнього досвіду, оточення, взаємодії з природою, історії та формують у них почуття самобутності та наступності, сприяючи, таким чином, повазі до культурного розмаїття і творчості людини [1].

і культурні цінності інших держав. Суб'єкт злочину загальний, навіть і той, що користується правом дипломатичного імунітету. Дії службової особи, що сприяла незаконному переміщенню культурних цінностей через митний кордон, наприклад співробітники митниці, прикордонної служби, судноплавці, кваліфікуються за ч. 2 ст. 201 КК України.

Кваліфікуючими ознаками є вчинення злочину за попередньою змовою осіб, особою, яка була раніше засуджена за ст. 201 КК України, або службовою особою з використанням службового становища.

Стаття 298 КК України «Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини». Безпосереднім об'єктом злочину є суспільна моральність у сфері духовного та культурного життя, а додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом є відносини власності. Правовий режим права власності на об'єкти культурної спадщини, які є предметом злочину, встановлюється законами та підзаконними нормативно-правовими актами. Пам'ятка культурної спадщини – об'єкт культурної спадщини, який занесено до Державного реєстру нерухомих пам'яток України [2]. Усі пам'ятки археології, як рухомі, так і нерухомі, є державною власністю. Відповідно до Закону України «Про охорону культурної спадщини», усі об'єкти культурної спадщини незалежно від форм власності відповідно до їхньої археологічної, естетичної, етнологічної, історичної, мистецької, наукової чи художньої цінності підлягають реєстрації шляхом занесення до Державного реєстру нерухомих пам'яток України за категоріями національного та місцевого значення пам'ятки. Порядок визначення категорій пам'яток устанавлюється Кабінетом Міністрів України [2].

Об'єктивний бік злочину, що передбачений ч. 2 ст. 398 КК, характеризується обов'язковими ознаками дії та наслідками. Під діями розуміється знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини, а під наслідками – часткова або повна втрата цінності об'єкта культурної спадщини. Частина 3 ст. 298 КК передбачає відповідальність за посягання саме на пам'ятки національного значення³, яким притаманні особливі історичні, культурні характеристики, що відповідають критерію автентичності. А ч. 4 ст. 298 КК [6] передбачає відповідальність за посягання на пам'ятки археології⁴. Законодавець зазначив, що злочин «учиняється з метою пошуку рухомих предметів, що походять з об'єктів археологічної спадщини».

Злочин вважається закінченим із моменту вчинення дій, а саме осіб, які проводять незаконні археологічні розкопки⁵, інші земляні чи підводні роботи, здійснюють археологічну розвідку⁶.

³ Об'єкти культурної спадщини незалежно від форм власності відповідно до їхньої археологічної, естетичної, етнологічної, історичної, мистецької, наукової чи художньої цінності підлягають реєстрації шляхом занесення до Державного реєстру нерухомих пам'яток України за категоріями національного та місцевого значення пам'яток [2].

⁴ Археологічна спадщина України – сукупність об'єктів археологічної спадщини, що перебувають під охороною держави та пов'язані з ними території, а також рухомі культурні цінності (археологічні предмети), що походять з об'єктів археологічної спадщини [7].

⁵ Археологічні розкопки – вид наукового дослідження археологічної спадщини, спрямований на пошук і вивчення археологічних залишків на території об'єкта археологічної спадщини, що здійснюється шляхом систематичного обстеження земної чи підводної поверхні та включає земляні і підводні роботи, наслідком яких може бути часткове або повне руйнування досліджуваного об'єкта [7].

⁶ Археологічна розвідка – вид наукового дослідження археологічної спадщини, не пов'язаний із руйнуванням культурного шару (окрім обмеженого шурфування для

Суб'єктивний бік злочину характеризується умисною формою вини. Винний усвідомлює суспільний небезпечний характер свого діяння. Суб'єкт злочину, передбаченого ч. ч. 1–4 ст. 298 КК, – загальний, ч. 5 ст. 298 – спеціальний – службова особа [6].

Стаття 298-1 КК України «Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду». Об'єктом злочину є суспільна моральність у сфері духовного та культурного життя, а предметом, відповідно до ч. 1 ст. 298-1, – документи Національного архівного фонду [8]. Правовий режим регулює відносини, пов'язані зі зберіганням документів чи унікальних документів Національного архівного фонду. Національний архівний фонд – це сукупність архівних документів, що відображають історію духовного і матеріального життя Українського народу та інших народів, мають культурну цінність і є надбанням Української нації. [8].

Архівний документ – це документ незалежно від його виду, виду матеріального носія інформації, місця, часу створення і місця зберігання та форми власності на нього, що припинив виконувати функції, для яких був створений, але зберігається або підлягає зберігання з огляду на значущість для особи, суспільства чи держави або цінність для власника також як об'єкт рухомого майна. Документи Національного архівного фонду – це архівні документи, культурна цінність яких визнана відповідною експертизою та які підлягають державному обліку і зберігання [8].

Об'єктивний бік злочину передбачає такі ознаки: дії (знищення чи пошкодження), причинний зв'язок та наслідки (повна чи часткова втрата цінності документа Національного архівного фонду) або тільки діяння (приховування) [9].

Національний архівний фонд – сукупність архівних документів, що відображають історію духовного і матеріального життя Українського народу та інших народів, мають культурну цінність і є надбанням Української нації [8]. Суб'єктивний бік злочину характеризується умисною формою вини. Винний усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння. Суб'єкт злочину, передбаченого ч. ч. 1, 2 ст. 298-1 КК України, – загальний, а ч. ч. 3, 4 ст. 298-1 – спеціальний – службова особа [9].

Таким чином, вітчизняне кримінальне законодавство передбачає охорону об'єктів культурної спадщини, але сьогодні в ньому відсутній захист такого соціального блага, як культурне надбання, яке є сукупністю унікальних культурних цінностей, об'єктів культурної спадщини, що мають виняткове історичне значення для формування культурного простору України. На нашу думку, необхідним є не лише включення в систему кримінально-правової охорони категорії «культурне надбання», а й охорони «оточуючого природного середовища», яке є складовим елементом культурного надбання і являє собою природні або спільні творіння людини та природи, а також території, що включають археологічні пам'ятки, місця, які являють собою видатну універсальну історичну, естетичну, етнологічну, антропологічну цінність із погляду науки або мистецтва.

Література:

1. Про культуру : Закон України від 14 грудня 2010 р. № 2778-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2778-17#Text>.

визначення товщини культурного шару) об'єкта археологічної спадщини і спрямований на виявлення, локалізацію (картографування), інтерпретацію об'єктів археологічної спадщини, уточнення даних про вже відомі об'єкти археологічної спадщини [7].

2. Про охорону культурної спадщини : Закон України від 08 червня 2000 р. № 1805-14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1805-14/card2#Card>.
3. Про впорядкування справи обліку та охорони пам'яток архітектури на території Української РСР : Постанова КМ УССР від 24 серпня 1963 р. № 970. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/970-63-%D0%BF#Text>.
4. Порядок визначення категорій пам'яток : Постанова КМ УССР від 22 травня 2019 р. № 452. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/452-2019-%D0%BF#n9>.
5. Про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини : Конвенція від 16 листопада 1972 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_089.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
7. Про охорону археологічної спадщини : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1626-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1626-15#Text>.
8. Національний архівний фонд та архівні установи : Закон України від 24 грудня 1993 р. № 3814-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3814-12/card2#Card>.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.Г. Гришук, А.В. Савченко та ін. ; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернєя ; 2-е вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2018. С. 685.
10. Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей : Закон України від 21 вересня 1999 р. № 1068-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1068-14#Text>.

Kulakova N. Specifics of law protection of cultural heritage objects in Ukraine

Summary. The article is about the legal protection of cultural heritage objects in Ukraine. Preservation and multiplication of cultural heritage is provided by the system

of legal, organizational and administrative measures regulated by the Constitution of Ukraine, international conventions ratified by the Parliament of Ukraine, legislative acts on preservation of cultural heritage, among which are the Laws of Ukraine «On protection of cultural heritage», «On protection of archaeological heritage», «On museums and museum business», «On export, import and return of cultural property» and other normative acts. The article examines the criminal law protection of objects of cultural heritage; analyzes legislation which provides and guarantees the protection of cultural heritage; defines the ratio of the concepts of «cultural heritage», «cultural property», «cultural patrimony».

The Law of Ukraine «On Culture» establishes the legal basis for the activities and regulation of social relations related to the preservation of cultural heritage and cultural property. This legislation also provides for the use of the term national cultural heritage, which is understood as the totality of unique cultural values, objects of cultural heritage, which have exceptional historical significance for the formation of the cultural space of Ukraine. The criteria for defining cultural heritage and cultural property differ in physical differences between the objects. But despite the application of different concepts in normative legal documents in the sphere of protection of cultural patrimony of our state, the main task of these laws is the system of measures of their protection. The purpose of the legal protection of cultural heritage is the protection and preservation of cultural patrimony as the basis of national culture.

A specific feature of the legal regulation of cultural heritage protection is that domestic legislation uses the concepts of 'cultural patrimony', 'cultural heritage', 'cultural property' and 'archaeological heritage'.

Key words: culture, cultural patrimony, cultural heritage, cultural property, protection, cultural heritage, objects of cultural heritage protection.

*Задоля К. П.,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ВИЗНАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ НЕКОНСТИТУЦІЙНОЮ СТАТТІ 368-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ОБҐРУНТОВАНОСТІ РІШЕННЯ

Анотація. Упродовж 2019–2021 рр. Конституційний Суд України ухвалив низку резонансних рішень щодо визнання неконституційними положень Кримінального кодексу України. Першим із них стало Рішення № 1-р/2019 щодо визнання неконституційною ст. 368-2 Кримінального кодексу України. Це положення криміналізувало незаконне збагачення. Заборона незаконного збагачення з'явилася у кримінальному законодавстві України в 2011 р. Це стало наслідком імплементації ст. 20 Конвенції ООН проти корупції від 2003 р. Упродовж нетривалого періоду свого існування ст. 368-2 КК неодноразово змінювалася. Остання редакція цього положення забороняла набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передачу нею таких активів будь-якій іншій особі. Саме це положення й було предметом оцінки з боку Конституційного Суду України.

Конституційний Суд України визнав ст. 368-2 Кримінального кодексу України неконституційною. У Рішенні № 1-р/2019 наведено три аргументи на користь такого висновку: 1) заборона незаконного збагачення не відповідає принципу правової визначеності; 2) заборона незаконного збагачення не відповідає принципу презумпції невинуватості; 3) заборона незаконного збагачення не відповідає привілею від самовикриття.

На жаль, жоден із цих аргументів не виглядає переконливим. Конституційний Суд задекларував, що заборона незаконного збагачення суперечить принципу правової визначеності, однак навіть не спробував переконатися, що не існує жодного варіанту тлумачення цього положення, який би можна було вважати визначеним. Конституційний Суд зазначив, що положення про незаконне збагачення не відповідає принципу презумпції невинуватості, оскільки покладає на особу обов'язок доказування законності походження її активів. Однак ніщо в тексті ст. 368-2 Кримінального кодексу України не вказувало на такий обов'язок. Зрештою, Конституційний Суд жодним чином не обґрунтував невідповідність ст. 368-2 Кримінального кодексу України привілею від самовикриття. Усе це робить Рішення № 1-р/2019 украй поганим прикладом перевірки конституційності норм кримінального права.

Ключові слова: незаконне збагачення, Конституційний Суд України, юридична визначеність, презумпція невинуватості, неконституційність.

Постановка проблеми. Упродовж 2019–2021 рр. Конституційний Суд України (далі – КСУ) ухвалив низку резонансних рішень щодо визнання неконституційними положень Кримі-

нального кодексу України (далі – КК). Першим із них стало Рішення у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368-2 Кримінального кодексу України від 26.02.2019 № 1-р/2019 (далі – Рішення № 1-р/2019). Цим Рішенням КСУ визнав неконституційною ст. 368-2 КК, яка передбачала кримінально-правову заборону незаконного збагачення. Рішення № 1-р/2019 може розглядатися в декількох аспектах. Наприклад, із погляду правових наслідків Рішення чи з погляду відповідності висловленим у ньому позицій ст. 368-5 КК, яка відновила кримінально-правову заборону незаконного збагачення, щоправда, у дещо іншому вигляді, ніж це передбачала ст. 368-2 Кодексу.

Мета статті. Предметом цієї публікації буде аргументація, наведена КСУ в Рішенні № 1-р/2019 на користь висновку про неконституційність ст. 368-2 КК. Висловлені КСУ аргументи будуть розглянуті як конкретно, тобто у світлі обставин справи № 1-135/2018(5846/17), так і в більш загальній перспективі впливу Конституції України на кримінальне право України та засад нормоконтрольної діяльності КСУ щодо перевірки кримінального законодавства на конституційність. Актуальність розгляду Рішення № 1-р/2019 саме під таким кутом зору зумовлена тим, що, з одного боку, шестеро суддів КСУ висловили стосовно цього Рішення окремі думки, давши критичну оцінку аргументації, яку було покладено в його основу. Однак, з іншого боку, у доктрині кримінального права Рішення № 1-р/2019 одержало однозначно чи переважно схвальні оцінки з боку представників кримінально-правової доктрини [1–3].

Виклад основного матеріалу. Появу в Особливій частині КК ст. 368-2 небезпідставно розглядають як один із кроків на шляху до імплементації положень Конвенції ООН проти корупції від 2003 р., ст. 20 якої передбачає, що «за умов дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість ужиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи й які вона не може раціонально обґрунтувати». За період своєї чинності ст. 368-2 КК неодноразово зазнавала змін. З-поміж редакцій ст. 368-2 КК ключовими для розуміння природи незаконного збагачення як забороненого типу поведінки є три: 1) редакція Закону України (далі – ЗУ) № 3207-VI від 07.04.2011 (первинна редакція); 2) редакція ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014; 3) редакція ЗУ № 198-VIII від 12.02.2015.

Порівняння цих трьох редакцій ст. 368-2 КК дає підстави для висновку про те, що під назвою «незаконне збагачення» парламент у різний період мав на увазі три різні типи поведінки:

1) на першому етапі визнавалося забороненим незаконне у звичайному сенсі цього слова набуття майна, тобто його *набуття на порушення певної правової норми*, за відсутності ознак хабарництва;

2) на другому етапі заборонялося набуття у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел. Тобто у даному разі незаконність збагачення особи пов'язувалася не з фактом порушення яких-небудь правових норм під час набуття майна, а *лише з фактом перевищення у відповідну кількість разів (див. п. 2 примітки ст. 368-2 КК у редакції ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014) доходів особи, отриманих із законних джерел*;

3) на третьому етапі (який розпочався з 04.05.2015) ч. 1 ст. 368-2 КК визнавала кримінально забороненим набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передачу нею таких активів будь-якій іншій особі. Тобто заборонялися дві окремі форми незаконного збагачення: 1) набуття активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами; 2) передача активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, набуття у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача таких активів будь-якій іншій особі. Таким чином, незаконність збагачення особи пов'язувалася не з тим, що вона об'єктивно протиправно набула майна та навіть не з об'єктивною неспівмірністю її доходів або витрат, а з відсутністю на момент постановлення у справі остаточного судового рішення доказів, які б підтверджували законність набуття відповідних активів. Неспівмірність доходів та витрат особи, таким чином, перетворилася (порівняно з редакцією ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014) із самостійного критерію забороненості поведінки на один із можливих (хоча, напевне, і найважливіший) фактичних показників відсутності доказів законності набуття відповідних активів.

В абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ підсумував результати конституційної перевірки ст. 368-2 КК, чітко виділивши три аспекти неконституційності цього положення кримінального закону:

1) невідповідність вимозі юридичної визначеності як складовій частині конституційного принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України);

2) невідповідність принципу презумпції невинуватості (ч. 1–3 ст. 62 Конституції України);

3) невідповідність праву особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції України).

Розглянемо предметно кожен із задекларованих КСУ аспектів неконституційності ст. 368-2 КК.

Невідповідність вимозі юридичної визначеності. У п. 3 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ підтвердив висловлену ним раніше позицію про те, що юридична визначеність є однією зі складових частин принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), а також послався на низку позицій Європейського суду з прав людини (далі –

ЄСПЛ), згідно з якими вимога визначеності закону є вимогою до його якості. Згідно із цією вимогою, закон повинен бути «достатньо доступним», «чітко сформульованим» і «передбачуваним у застосуванні», щоб виключати свавілля з боку держави.

Висновки КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності викладено в п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019. Однак з огляду на вибраний КСУ стиль викладу тексту Рішення в загальному масиві п. 5 мотивувальної частини не просто визначити фрагменти, у яких ідеться про несумісність ст. 368-2 КК із гарантією юридичної визначеності. Проблема полягає у тому, що у цьому ж самому пункті мотивувальної частини КСУ прямо констатував невідповідність указанного законодавчого положення ч. ч. 2 та 3 ст. 62 Конституції України, які закріплюють складники презумпції невинуватості (абз. 5 та 10 п. 5), а в останньому його абзаці (абз. 11 п. 5), вживши узагальнюючі формулювання «з огляду на наведене» (очевидно, у п. 5 мотивувальної частини), констатував неконституційність ст. 368-2 КК з огляду на вимогу юридичної визначеності. З буквального прочитання абз. 11 п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що, на думку КСУ, ст. 368-2 КК суперечить вимозі юридичної визначеності, оскільки вона суперечить гарантіям, що утворюють презумпцію невинуватості. Однак ч. ч. 2 та 3 ст. 62 Основного Закону явно адресують державі такі вимоги, які перебувають у геть іншій площині, ніж вимога юридичної визначеності закону. Та й у згаданому вище абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ веде мову про невідповідність ст. 368-2 КК презумпції невинуватості та вимозі юридичної визначеності як про дві окремі вади. Таким чином, не все сказане КСУ в п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 слід сприймати як аргументацію висновку про неконституційність ст. 368-2 КК в аспекті гарантії юридичної визначеності.

У підсумку видається, що КСУ визнав ст. 368-2 КК несумісною зі згаданою вище гарантією, оскільки:

а) положення ст. 368-2 КК не передбачали «такої обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею, як набуття активів у власність у злочинний спосіб», а «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі ще не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням» (абз. 6 п. 5);

б) формулювання «не підтверджено доказами» в ч. 1 ст. 368-2 КК є «процесуальним приписом». Як наслідок, у ст. 368-2 КК поєднуються матеріальні та процесуальні «приписи», що є неприйнятним та неприпустимим з огляду на те, що регламентація процесу доказування в кримінальному провадженні належить виключно до сфери кримінального процесуального законодавства» (абз. 7 п. 5)

На жаль, така аргументація не видається переконливою. Перший із закидів КСУ фактично побудований не на оцінці того, що передбачали положення ст. 368-2 КК, а на оцінці того, що вони не передбачали. Критикуючи ст. 368-2 КК за те, що в ній криміналізовано «набуття особою у власність активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», а не «набуття активів у власність у злочинний спосіб», КСУ вдається до підміни понять, оскільки не наводить конкретних доводів на користь невизначеності ст. 368-2 КК, а лише протиставляє її формулюванню, яке в уявленні КСУ було б визначеним і тому конституційним. Так само перебуває поза площиною

вимоги юридичної визначеності й теза КСУ про те, що «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів ... не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням». Хоча вимога юридичної визначеності є вимогою до якості закону, у т. ч. кримінального, ця якість, однак, має формальний (комунікативний) характер: юридична визначеність закону має місце тоді, коли законодавче веління зрозуміле його адресатам. При цьому вимога юридичної визначеності не стосується, так би мовити, субстантивної (внутрішньої) якості закону, його обґрунтованості з огляду на той чи інший критерій. Поставивши під сумнів те, що положення ст. 368-2 КК криміналізували суспільно небезпечне діяння, КСУ приховано змістив акцент із формальної (комунікативної) якості цих положень на їхню субстантивну (внутрішню) якість.

Так само малопереконливим виглядає й другий аргумент КСУ на користь невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності. Категорично стверджуючи про «неприпустимість» та «неприйнятність» поєднання «матеріальних та процесуальних приписів», КСУ, на жаль, не пояснює, чому таке поєднання не узгоджується з вимогою юридичної визначеності. Як уже зазначалося вище, вимога юридичної визначеності закону є вимогою формального (комунікативного) характеру. Невже від того, чи переплетені норми матеріального та процесуального характеру в одному законодавчому положенні, чи вони передбачені в окремих положеннях, впливає, що в другому випадку вони є визначеними та зрозумілими для адресата, а в першому випадку – ні?! Та й узагалі не можна погодитися з тезою КСУ про те, що за формулюванням ч. 1 ст. 368-2 КК «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» криється «процесуальний припис». Складається враження, що, роблячи висновок про поєднання «матеріальних та процесуальних приписів» у положеннях ст. 368-2 КК, КСУ відштовхується від ідеалістичних уявлень української та й загалом пострадянської доктрини кримінального права про те, що диспозиція статті (частини статті) Особливої частини КК може містити лише склад кримінального правопорушення (точніше «ядро» його найбільш специфічних ознак), а оскільки формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не надто узгоджується з усталеними в українській доктрині про будову складу кримінального правопорушення, напрошується висновок, що це формулювання є «процесуальною аномалією» на «тілі» КК. Можна погодитися з тим, що згадане формулювання не характеризує заборонену поведінку, однак це аж ніяк не свідчить про його «процесуальний» характер.

Корінь проблеми криється в хибності тези про те, що диспозиція статті (частини статті) Особливої частини КК не може передбачати нічого, крім ознак складу кримінального правопорушення, хоча ще сімдесят років тому радянська доктрина не була у цьому питанні такою категоричною. Наприклад, А.Н. Трайнін зазначав, що положення Особливої частини КК може містити, крім ознак складу кримінального правопорушення, ще й так звані умови караності: «До елементів складу, нарешті, не можуть бути також віднесені містяться іноді в диспозиції умови караності. Так, ст. 131 КК РРФСР карає невиконання зобов'язань за договором, укладеним із державним і громадським закладом або підприємством, якщо під час розгляду справи в порядку цивільного судочинства виявлений зловмисний характер невиконання. Таке ж значення умови кримінальної відповідальності за сприяння або намовляння до

самогубства неповнолітнього або особи, що завідомо не здатна розуміти властивості або значення нею скоєного чи керувати своїми вчинками, «якщо самогубство або замах на нього сталися» (ч. 2 ст. 141 КК РРФСР)» [4, с. 35]. Уявлення про умови караності як об'єктивні обставини, що зумовлюють відповідальність особи за певне діяння як за кримінальне правопорушення, однак при цьому не охоплюються суб'єктивним ставленням особи до своєї поведінки, були успадковані радянською юриспруденцією від дореволюційної російської доктрини кримінального права, а та, своєю чергою, запозичила їх із німецької доктрини. Наприклад, німецький криміналіст Ф. Ліст у своєму класичному підручнику називав умовами караності «зовнішні обставини, які не мають нічого спільного із самою дією та її складовими частинами і повинні, навпаки, розглядатися як абсолютно незалежні від цієї останньої» та підкреслював, що «вина як умисел і необережність не охоплює умов караності, що лежать поза дією» [5, с. 208]. Починаючи з кінця 1960-х – початку 1970-х років, як видається, не в останню чергу під впливом авторитетних в радянську добу праць В.М. Кудрявцева [6], Я.М. Браїніна [7], М.Д. Дурманова [8], умови караності опинилися в забутті. Однак це не означає, що позитивне кримінальне право реально стало вільним від них. Нічим інакшим, ніж умовою караності, є формулювання ч. 1 ст. 368-2 КК «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», яке привернуло до себе увагу КСУ. Причому ст. 368-2 КК є далеко не єдиним положенням новітнього кримінального законодавства, що містить (містили) умови караності. Наприклад, (а) у примітці ст. 368-5 КК, що, як зазначалося вище, покликає стати заміною ст. 368-2 КК, формулювання «...якщо доведено, що...» та «...не враховуються активи, які є предметом провадження ... а також активи, стягнуті в дохід держави...» позначають обставини, які не характеризують поведінку обвинуваченого та про які обвинувачений у принципі не міг знати, набуваючи ті або інші активи; (б) характеристика «законність походження якого не підтверджується відповідними документами» в ч. 1 ст. 240-1 КК навіть текстуально майже не відрізняється від характеристики «законність підстав набуття яких не підтверджена доказами» в ч. 1 ст. 368-2 КК; (в) у чинній редакції ч. 1 ст. 209 КК передбачена характеристика «щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом», подібна до характеристики «...якщо доведено, що...» передбаченої в п. 2 примітки ст. 368-5 КК. Таким чином, хоча ч. 1 ст. 368-2 КК й було викладено парламентом у нетиповий спосіб із використанням формулювання, яке вказувало на умову караності, проте жодного поєднання «матеріальних та процесуальних приписів», про яке стверджував КСУ, у ній не було. Та навіть якби таке поєднання й мало місце, то, як було зазначено вище, КСУ жодним чином не пояснив, чому воно суперечило б вимозі юридичної визначеності.

Оцінюючи судження КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності в їхній сукупності, у підсумку залишається погодитися з позиціями, висловленими суддями КСУ В.В. Лемаком та І.Д. Сліденком в окремих думках стосовно Рішення № 1-р/2019: а) «КСУ не зазначив, у чому саме полягає неоднозначність формулювання статті про незаконне збагачення» (І.Д. Сліденко); б) «[КСУ] відмовився від тлумачення положень ст. 368-2 КК виходячи з уявлень про те, що нібито «тлумачення закону» не належить до його повноважень», хоча насправді «у кожній справі [КСУ] повинен

тлумачити закон, якщо останній є об'єктом конституційного контролю і вирішується питання про його конституційність» (В.В. Лемак).

Невідповідність принципу презумпції невинуватості. З абз. 1 п. 4 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що КСУ визнає складниками принципу презумпції невинуватості низку гарантій, передбачених ст. 62 Конституції України, а саме: 1) презумпцію невинуватості *sensu stricto*, згідно з якою особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1); 2) гарантію неприпустимості покладення на особу обов'язку доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину (ч. 2); 3) гарантію неприпустимості обвинувачення, що ґрунтується на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях (ч. 3); 4) гарантію *indubio pro reo*, яка передбачає тлумачення сумнівів щодо доведеності вини особи на її користь (ч. 3).

З абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що, на думку КСУ, ст. 368-2 КК суперечить усім трьом частинам ст. 62 Конституції України, положення яких у сукупності утворюють принцип презумпції невинуватості. Розглянемо, як КСУ аргументував невідповідність ст. 368-2 КК окремо кожній із частин ст. 62 Основного Закону. Найперше, Рішення № 1-р/2019 не містить навіть натяку на те, як ст. 368-2 КК суперечить ч. 1 ст. 62 Основного Закону, що й не дивно, оскільки порушення презумпції невинуватості *sensu stricto*, вочевидь, можливе у разі неналежного поводження з конкретною особою в конкретній ситуації, а КСУ оцінював конституційність ст. 368-2 КК як такої. Порушення ч. 2 ст. 62 Конституції України, на думку КСУ, полягає у тому, що ст. 368-2 КК поклала на обвинуваченого тягар доказування обов'язку законності підстав набуття у власність активів (абз. 5 п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019). Однак, як слушно зауважив у своїй окремій думці суддя КСУ С.П. Головатий, «формулювання ст. 368-2 Кримінального кодексу України жодним чином не дає підстав для припущення, що підозрюваний/винувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів звинувачення». Складається враження, що судження КСУ щодо покладення на обвинуваченого обов'язку доказування законності підстав набуття у власність активів зумовлене тим, що у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції від 2003 р. відповідальність особи за незаконне збагачення пов'язується з її нездатністю раціонально обґрунтувати збільшення активів, що перевищує її доходи. У цьому дійсно можна углядіти покладення на особу обов'язку доказування певних обставин у кримінальному провадженні, однак редакція ст. 368-2 КК, конституційність якої перевіряв КСУ, у цьому аспекті істотно різниться від спорідненого конвенційного положення у більш сприятливий для обвинуваченого бік. Таким чином, перш ніж визнати ст. 368-2 КК такою, що не відповідає ч. 2 ст. 62 Конституції України, КСУ специфічним чином витлумачив її, суттєво відхилившись від тексту кримінального закону та жодним чином не мотивувавши таке відхилення. Та й навіть якщо зі ст. 368-2 КК дійсно випливав би обов'язок обвинуваченого доводити законність набутих ним активів, складно погодитися з тим, що це становило б порушення ч. 2 ст. 62 Конституції України, оскільки остання говорить про неприпустимість покладення на особу обов'язку доводити невинуватість

у вчиненні злочину, але не про неприпустимість покладення на особу доводити наявність певних обставин (фактів). Іншими словами, порушенням ч. 2 ст. 62 Конституції України була б ситуація, якби сторона обвинувачення у кримінальному провадженні довільно вказувала б на яку-небудь особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як на таку, що незаконно збагатилася, а обвинувачений, своєю чергою, мав би спростовувати це твердження. Однак навіть специфічне тлумачення ст. 368-2 КК, висловлене КСУ, не передбачало такого розвитку подій, оскільки навіть згідно з таким тлумаченням сторона обвинувачення у будь-якому разі залишалася зобов'язаною доводити факт набуття особою певних активів чи факт їх передачі іншій особі.

Невідповідність ст. 368-2 КК ч. 3 ст. 62 Конституції України полягала, на думку КСУ, у тому, що згадане вище формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» начебто давало змогу ґрунтувати обвинувачення на припущеннях та тлумачити сумніви щодо доведеності вини особи не на її користь. Видається, що ці судження побудовані на підміні понять, оскільки КСУ замість того, щоб відштовхуватися від реального змісту ст. 368-2 КК, відштовхувався від того, яким цей зміст повинен бути, на думку КСУ. Як уже відзначалося вище, КСУ прямо зазначив, що ст. 368-2 КК мала б забороняти набуття активів у злочинний спосіб. Якби це положення справді мало б такий вигляд, то, звісно, кожен випадок засудження особи за незаконне збагачення у ситуації, коли лишень не було підтверджена доказами законності набуття активів, становив би порушення гарантій, передбачених ч. 3 ст. 62 Конституції України. Однак реально оспорюване положення КК мало зовсім інший вигляд, оскільки не вказувало на те, що незаконне збагачення полягає у незаконному набутті активів чи набутті активів у злочинний спосіб. У цьому й полягає специфіка кримінально-правової заборони незаконного збагачення як «останнього рубежу» протидії корупції: положення про незаконне збагачення застосовується тоді, коли немає підстав визнавати особу винною у набутті особою певного майна внаслідок вчинення конкретного кримінального правопорушення (одержання неправомірної вигоди, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем тощо). Звісно, що таке законодавче положення становить виклик конституційним положенням про основоположні права людини, однак його однозначно не можна вважати несумісним із ч. 3 ст. 62 Конституції України з огляду на аргументацію, наведену в Рішенні № 1-р/2019. Висловлені КСУ закиди на адресу ст. 368-2 КК ґрунтуються не на її реальному змісті, а на ідеалістичних уявленнях КСУ про те, як би мала ця стаття виглядати. Як наслідок, узагалі немає підстав уважати, що КСУ здійснив перевірку ст. 368-2 КК на відповідність ч. 3 ст. 62 Основного Закону в сутнісному, а не в формальному розумінні.

Невідповідність праву особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Як би дивно це не виглядало, однак у Рішенні № 1-р/2019 узагалі не наведено конкретних причин визнання КСУ ст. 368-2 КК такою, що не відповідає ч. 1 ст. 63 Основного Закону. КСУ або висловлює загальні судження щодо змісту цієї конституційної гарантії (п. 4 мотивувальної частини), або просто констатує невідповідність їй положення КК, що оспорюється (абз. 3 та 6 п. 7 мотивувальної частини).

Висновки. Завершуючи, дозволю собі зробити два висновки, один з яких стосується конкретно Рішення № 1-р/2019, а другий має більш широку перспективу.

По-перше, наведена у Рішенні № 1-р/2019 аргументація не підтверджує висновки КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК ч. 1 ст. 8, ч.ч. 1-3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 Конституції України.

По-друге, викликає занепокоєння вибраний КСУ у цій справі стиль конституційної перевірки положень кримінального законодавства. В одному аспекті (вимога юридичної визначеності) КСУ уникнув розгляду всіх можливих варіантів тлумачення ст. 368-2 КК та не пересвідчився, що один із них гарантував би відповідність Основному Закону положення, яке оспорювалося. В іншому аспекті (ч. 2 ст. 62 Конституції України) КСУ, навпаки, побудував свої висновки на такому тлумаченні ст. 368-2 КК, яке явно відхилялося від тексту статті у гірший для обвинуваченого бік, не пояснивши, чому саме цей варіант тлумачення видається КСУ «справжнім». Окремо відзначимо те, що, перевіряючи положення кримінального закону на предмет відповідності вимозі юридичної визначеності, КСУ у підсумку перевів розгляд цього питання у площину субстантивної (внутрішньої) якості кримінального закону, жодним чином не мотивувавши таке зміщення акцентів. Застосування КСУ у його подальшій практиці перевірки положень кримінального закону на предмет конституційності подібних підходів, які складно не назвати маніпулятивними, може негативно відбитися як на обґрунтованості подальших рішень КСУ, так і створити у суб'єктів владних повноважень та індивідів викривлене уявлення про вплив, який Основний Закон справляє на кримінальне право України.

Література:

1. Тимошенко В.А., Дрьомов С.В. До питання щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1(12). С. 84–107. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/189709> (дата звернення: 21.01.2022).
2. Рубашенко М.А. Незаконне збагачення: міфічна природа та приховані загрози криміналізації. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1(12). С. 1–31. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/188305/187667> (дата звернення: 21.01.2022).
3. Драган О. Щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 222–226.
4. Трайнин А.Н. Избранные труды / сост., вступ. статья Н.Ф. Кузнецовой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2004. 898 с.
5. Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть / пер. с нем. Ф. Ельяшкевича ; предисл. М.В. Духовского ; 12-е изд. Москва : Типография А.И. Мамотова, 1903. 358 с.
6. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юридическая литература, 1972. 352 с.

7. Брайтнин Я.М. Уголовный закон и его применение. Москва : Юридическая литература, 1967. 240 с.
8. Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. Москва : Московский университет. 1967. 320 с.

Zadoia K. Recognition of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine by the Constitutional Court of Ukraine as unconstitutional: problems of validity of the decision

During 2019-2021, the Constitutional Court of Ukraine passed a number of resonant decisions on declaring the provisions of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. The first of them was Decision № 1-r / 2019 on declaring Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. This provision criminalized illicit enrichment. The prohibition of illicit enrichment appeared in Ukraine's criminal law in 2011 due to the implementation of Article 20 of the 2003 UN Convention against Corruption. During the short period of its existence, Article 368-2 of the Criminal Code has been amended several times. The latest version of this provision prohibited the acquisition by a person authorized to perform the functions of state or local self-government of significant assets, the legality of the grounds for which is not confirmed by evidence, as well as the transfer of such assets to any other person. This provision was the subject of assessment by the Constitutional Court of Ukraine.

The Constitutional Court of Ukraine declared Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. Decision № 1-r / 2019 provides three arguments in favor of this conclusion: 1) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the principle of legal certainty; 2) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the principle of the presumption of innocence; 3) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the privilege against self-incrimination.

Unfortunately, none of these arguments seems convincing. The Constitutional Court declared that the prohibition of illicit enrichment contradicts the principle of legal certainty, but did not even try to convince itself that there was no interpretation of this provision that could be considered certain. The Constitutional Court noted that the provision on illicit enrichment does not comply with the principle of the presumption of innocence, as it imposes on a person the burden to prove the legality of the origin of his/her assets. However, nothing in the text of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine indicated such a burden. Finally, the Constitutional Court did not in any way justify the inconsistency of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine with the privilege of self-disclosure.

All this makes the Decision № 1-r / 2019 an awful example of checking the constitutionality of criminal law rules.

Keywords: illicit enrichment; Constitutional Court of Ukraine; legal certainty; presumption of innocence; unconstitutionality

*Новик В. А.,**аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ЗАПОБІГАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЛІСОВОГО ФОНДУ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена правовому регулюванню діяльності суб'єктів запобігання кримінальним правопорушенням у сфері охорони лісового фонду України. Оскільки одним із найважливіших напрямків державної політики є захист навколишнього природного середовища, а саме лісів, які є її національним багатством та джерелом задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах.

Запобіганням кримінальним правопорушенням, що вчиняються у галузі охорони лісового фонду України, є система заходів, що здійснюється державними органами, органами місцевого самоврядування та окремими громадянами, що спрямовані на усунення причин та умов зазначених кримінальних правопорушень та їх недопущення. Основне завдання під час здійснення запобіжних заходів покладається на спеціальних суб'єктів, діяльність яких чітко регламентована вітчизняним законодавством.

Головними суб'єктами запобігання кримінальним правопорушенням, що вчиняються у сфері охорони лісового фонду, є Державне агентство лісових ресурсів України, як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. Саме воно реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства. А також Державна лісова охорона, що має статус правоохоронного органу. Метою її діяльності є здійснення правових, лісоохоронних та інших заходів, спрямованих на збереження, розширене відтворення, невиснажливе використання лісових ресурсів та об'єктів тваринного світу.

Під час організації запобіжних заходів із недопущення вчинення кримінальних правопорушень у сфері охорони лісів велику роль відіграють підрозділи правоохоронних та контролюючих органів, а саме Національної поліції України, Державної екологічної інспекції України, Державного лісового агентства України.

Важливим є те, що перешкодами у здійсненні запобіжних заходів є недоліки законодавчого характеру, а саме: підпорядкованість лісокористувачів різним органам виконавчої влади, органам місцевого самоврядування, що обмежує контроль профільними органами за дотриманням лісокористувачами законодавства у сфері лісокористування; різна кваліфікація органами досудового розслідування протиправних дій підозрюваних осіб відповідно до кримінального законодавства; неврегульованість у законодавстві порядку перевезення та переробки незаконно зрубаного лісу; мінімізація митних платежів під час експорту лісу; монополізація діяльності з організації продажу деревини через товарні біржі.

Це переконує, що розробка ефективного правового регулювання охорони лісового фонду України та заходів виявлення та запобігання зловживання владою або службовим становищем у галузі охорони лісового фонду України має стати пріоритетним напрямом державної

політики боротьби зі злочинністю та дієвим засобом забезпечення охорони лісів України.

Ключові слова: ліс, лісовий фонд, запобігання кримінальним правопорушенням, правова охорона лісового фонду України.

Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України є обов'язком держави [1], а особливо охорони лісового фонду України¹, який є її національним багатством та джерелом для задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. В основі державної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища покладено раціональне використання та відтворення природних ресурсів, а саме лісового фонду. Така діяльність забезпечується за допомогою встановлення нормативних заборон та обмежень, що спрямовані на запобігання різноманітних посягань на ці об'єкти.

Забезпечення збереження лісового фонду зумовлено зростанням кількості кримінальних правопорушень та збільшенням завданої шкоди діяннями у сфері використання лісових ресурсів. Запобігання кримінальним правопорушенням – це діяльність, що спрямована на усунення їх причин та умов, обставин, що сприяють їх вчиненню, здійсненню профілактичного впливу на осіб, поведінка яких є протиправною. Недопущення вчинення кримінальних правопорушень у сфері охорони лісового фонду містить в собі заходи як загальносоціального, так і спеціально-кримінологічного характеру.

Таким чином, запобігання кримінальним правопорушенням є одним із найважливіших напрямків державної політики, що спрямована на забезпечення правоохоронюваних цінностей, а протидія злочинності – це особливий інтегрований, багаторівневий об'єкт соціального управління, який являє собою різноманітну за формами діяльність відповідних суб'єктів (державних і недержавних органів та установ, громадських формувань та окремих громадян), які взаємодіють у вигляді системи різнопланових заходів, спрямованих на пошук шляхів, засобів та інших можливостей ефективного впливу на злочинність із метою зниження інтенсивності процесів її детермінації на всіх рівнях і нейтралізації дії її причин та умов для обмеження кількості злочинних проявів до гранично допустимого рівня. Це поняття охоплює певну систему державних і громадських заходів, спрямованих вплинути як на злочинність, так і на її елементи [3].

Запобігання кримінальним правопорушенням у сфері охорони лісового фонду реалізується через правове регулювання

¹ Усі ліси на території України, незалежно від того, на землях яких категорій за основним цільовим призначенням вони зростають, та незалежно від права власності на них, становлять лісовий фонд України і перебувають під охороною держави [2].

різноманітних сфер суспільного життя, за допомогою чого відбувається вплив на детермінанти кримінальних правопорушень, які можуть бути усунені, або відбувається обмеження їх впливу. Саме тому правове регулювання запобігання кримінальним правопорушенням полягає в нормотворчій діяльності держави та її органів, що визначається законами й іншими нормативно-правовими актами, у яких закріплені мета й завдання запобігання злочинам, коло суб'єктів, що здійснюють цю діяльність, їхня компетенція, основні форми й методи роботи [4].

Саме на правоохоронні органи покладається здійснення заходів запобігання кримінальним правопорушенням. Відповідно до чинного законодавства до них належать органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, Бюро економічної безпеки України, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції [5].

На органи прокуратури покладається здійснення представництва в суді законних інтересів держави в разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснюється органами державної влади, органами місцевого самоврядування чи іншими суб'єктами владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження [6].

Національна поліція України здійснює превентивну та профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненню правопорушень; виявляє причини та умови, що сприяють вчиненню кримінальних та адміністративних правопорушень, вживає в межах своєї компетенції заходів для їх усунення; вживає заходів з метою виявлення кримінальних, адміністративних правопорушень; припиняє виявлені кримінальні та адміністративні правопорушення. Реалізація завдань Національної поліції України здійснюється за допомогою поліцейських заходів, що являють собою дію або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень. Поліцейський захід припиняється, якщо досягнуто мети його застосування, якщо неможливість досягнення мети заходу є очевидною або якщо немає необхідності у подальшому застосуванні такого заходу [7].

Саме на Державне агентство лісових ресурсів України, як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України, покладається виконання наступних завдань: 1) реалізація державної політики у сфері лісового та мисливського господарства; 2) внесення на розгляд Міністра захисту довкілля та природних ресурсів пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері лісового та мисливського господарства [8].

Головним суб'єктом запобігання вчинення кримінальних правопорушень у галузі охорони лісового фонду є Державна лісова охорона, що має статус правоохоронного органу. Метою її діяльності є здійснення правових, лісоохоронних та інших заходів, спрямованих на збереження, розширене відтворення, невиснажливе використання лісових ресурсів та об'єктів тваринного світу.

В основі діяльності Держлісоохорони покладено застосування правових, лісоохоронних та інших заходів, спрямованих на збереження, розширене відтворення, невиснажливе використання лісових ресурсів та об'єктів тваринного світу.

На Держлісоохорона забезпечує охорону лісів від пожеж, незаконних рубок, шкідників і хвороб, пошкодження внаслідок антропогенного та іншого шкідливого впливу; запобігання злочинам і адміністративним правопорушенням у сфері лісового та мисливського господарства, а також використання лісових ресурсів і мисливських тварин; організація та координація заходів з охорони державного мисливського фонду [9].

Посадові особи² Держлісоохорони відповідно до покладених на неї завдань мають право: безперешкодно обстежувати в установленому законодавством порядку ліси, що перебувають у власності чи користуванні громадян і юридичних осіб; перевіряти в установленому порядку в громадян і юридичних осіб наявність дозволів та інших документів на використання лісових ресурсів і користування лісами та на право полювання і використання ресурсів державного мисливського фонду; складати протоколи та розглядати відповідно до законодавства справи про адміністративні правопорушення, правопорушення у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів, а також у галузі мисливського господарства та полювання; безперешкодно відвідувати територію і приміщення юридичних осіб, які провадять діяльність, пов'язану з добуванням, зберіганням або переробленням деревини та інших продуктів лісу, з метою здійснення нагляду за законністю їх використання [9].

Незважаючи на розгалужену систему нормативно-правових актів та систему заходів, які передбачають захист лісового фонду України, сьогодні спостерігаються негативні тенденції кримінальних правопорушень у сфері охорони навколишнього природного середовища, у тому числі і лісів. Системність та масштабність протиправних проявів пов'язані з незаконними порубками лісів, значним рівнем корупції у лісовій галузі, що призводить до порушення екологічної рівноваги, масового знищення об'єктів рослинного світу, забруднення значних територій, виникнення надзвичайних ситуацій природного характеру і створює загрозу національній та екологічній безпеці України.

Особливо небезпечним є те, що до вчинення кримінальних правопорушень у сфері використання лісових ресурсів причетні працівники державної лісової охорони, на яких покладається здійснення державного контролю за додержанням лісового законодавства та забезпеченням охорони лісів від пожеж, незаконних рубок, захист від шкідників і хвороб, пошкодження внаслідок антропогенного та іншого шкідливого впливу.

У 2020 році було повідомлено про підозру 155 працівникам Державної лісової охорони та направлено до суду обвинувальних актів щодо 70 працівників Державної лісової охорони, а начальнику Запорізького обласного управління лісового та мисливського господарства було вчинено 70 тис. гр. вимагання неправомірної вигоди [11].

Протиправна діяльність у лісгосподарській галузі організовується та супроводжується посадовими особами спеціалізованих державних підприємств із метою створення необлікованої деревини. Під час організації протиправних схем

² До посадових осіб держлісоохорони належать посадові особи Держлісагентства, Республіканського комітету Автономної Республіки Крим з питань лісового і мисливського господарства, обласних управлінь лісового та мисливського господарства і підприємств, установ та організацій, що належать до сфери управління Держлісагентства [9].

організатори вступають у змову з працівниками, як правило, керівної ланки підрозділів правоохоронних та контролюючих органів (Національної поліції України, Державної екологічної інспекції України, Державним лісовим агентством України), яким систематично сплачується неправомірна вигода за невиконання відповідних заходів реагування щодо припинення протиправної діяльності, пов'язаної з незаконними рубками, транспортуванням, обробкою і продажем необлікованої деревини, а також сприяння правопорушникам в уникненні передбаченої законом відповідальності.

Саме на Державне бюро розслідувань як новий правоохоронний орган покладаються функції досудового розслідування у кримінальних провадженнях, вчинених вищими посадовими особами держави, суддями та правоохоронцями. Державне бюро розслідувань є державним правоохоронним органом, на який покладаються завдання щодо запобігання, виявлення, припинення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до його компетенції [10].

ДБР відповідно до покладених на нього завдань та в межах своєї компетенції: бере участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері протидії злочинності, вносить відповідні пропозиції на розгляд Кабінету Міністрів України; здійснює інформаційно-аналітичні заходи щодо встановлення системних причин та умов проявів організованої злочинності та інших видів злочинності, протидію яким віднесено до компетенції Державного бюро розслідувань, вживає заходів із їх усунення; припиняє і розкриває кримінальні правопорушення, розслідування яких віднесено до компетенції Державного бюро розслідувань; здійснює оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності Державного бюро розслідувань, на підставах та в порядку, встановлених законом; вживає заходів щодо відшкодування завданих державі збитків і шкоди, забезпечує можливості для конфіскації коштів та іншого майна, одержаного внаслідок вчинення кримінальних правопорушень, у порядку, визначеному законодавством [10].

Важливим є те, що перешкодами у здійсненні досудового розслідування кримінальних правопорушень у сфері охорони лісового фонду є недоліки законодавчого характеру, а саме: підпорядкованість лісокористувачів різним органам виконавчої влади, органам місцевого самоврядування, що обмежує контроль профільними органами за дотриманням лісокористувачами законодавства у сфері лісокористування; різна кваліфікація органами досудового розслідування протиправних дій підозрюваних осіб відповідно до кримінального законодавства; неврегульованість у законодавстві порядку перевезення та переробки незаконно зрубаної деревини; мінімізація митних платежів під час експорту лісу; монополізація діяльності з організації продажу деревини через товарні біржі.

Наведені дані переконують, що розробка ефективного правового регулювання охорони лісового фонду України та заходів виявлення та запобігання зловживання владою або службовим становищем у галузі охорони лісового фонду України має стати пріоритетним напрямом державної політики боротьби зі злочинністю та дієвим засобом забезпечення охорони лісів України.

Відповідно, збереження, відновлення та недопущення вчинення кримінальних правопорушень в цій галузі є одним із невідкладних завдань державної політики.

Література:

1. Конституція України : Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/stru#Stru>.
2. Лісовий кодекс : Кодекс України від 21 січня 1994 року № № 3852-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3852-12/card2#Card>.
3. Кримінологія. Академічний курс / кол. авт.; за заг. ред. О.М. Литвинова. Київ : Кондор, 2018. 588 с.
4. Кримінологія : підручник [Текст] / О.М. Джужа, В.В. Василевич, В.В. Черней ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. В.В. Чернея ; за наук. ред. д-ра юрид. наук, проф. О.М. Джужі. Київ : ФОП Маслаков, 2020. С. 236.
5. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23 грудня 1993 року № 3781-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text>.
6. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>.
7. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 року № 580-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19/card2#Card>.
8. Положення про Державне агентство Державних лісових ресурсів : Постанова КМ України від 8 жовтня 2014 р. № 521. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/521-2014-%D0%BF#n8>.
9. Положення про Державну лісову охорону : Постанова КМ України від 16 вересня 2009 р. № 976. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/976-2009-%D0%BF#Text>. Назва з екрану.
10. Про Державне бюро розслідувань : Закон України від 12 листопада 2015 року № 794-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-19#Text>.
11. Статистика кримінальної протиправності. Офіс Генерального прокурора. URL: <https://dbr.gov.ua/assets/files/zvit/zvit-sajt.pdf>.

Novik V. Legal regulation of subjects of prevention of criminal violations in the field of forest protection

Summary. The article is devoted to the legal regulation of the subjects of prevention of criminal violations in the sphere of protection of forest fund of Ukraine. Since one of the most important areas of state policy is the protection of the natural environment, namely forests, which are its national wealth and the source of society's needs for forest resources.

Prevention of criminal violations committed in the field of protection of the forest fund of Ukraine is a system of measures implemented by the state organs, local authorities and individual citizens that are aimed at removing the causes and conditions of these criminal violations and preventing their occurrence. The main task in the implementation of measures is entrusted to special subjects, the activity of which is clearly regulated by the national legislation.

The State Agency of Forest Resources of Ukraine, as the central government body, whose activity is directed and coordinated by the Cabinet of Ministers of Ukraine, is the main subject of prevention of criminal violations committed in the sphere of protection of the forest fund. It is that realizes the state policy in the field of forestry and hunting. The State Forest Guard, which has the status of a law enforcement agency. The purpose of its activity is the implementation of legal, forest protection and other measures aimed at the protection, increased reproduction, non-intrusive use of forest resources and wildlife objects.

In the organization of measures to prevent the committing of criminal violations in the field of forest protection a great role is played by the departments of law and controlling structures, namely the National Police of Ukraine, the State Ecological Inspection of Ukraine, the State Forestry Agency of Ukraine.

Importantly, the barriers to the implementation of preventive measures are legislative shortcomings, namely: the subordination of forest users to different executive government bodies and local authorities, which limits the control of relevant authorities over forest users' compliance with forestry legislation; different qualifications by pre-trial investigation authorities of the illegal actions of suspected persons under criminal law; lack of regulation in the law of the procedure for transferring forests from one state to another;

and the lack of a clear and transparent legal framework for the implementation of preventive measures.

The above data argues that the development of effective legal regulation of the protection of Ukraine's forest fund and measures to detect and prevent the abuse of power or official position in the protection of Ukraine's forest fund should become a priority of state policy to combat crime and an effective means of ensuring the protection of Ukraine's forests.

Key words: forest, forest fund, prevention of criminal offences, legal protection of forest fund of Ukraine.

*Петриченко О. П.,
аспірант кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ*

КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ПРОПАГАНДИ ТЕРОРИЗМУ: ШЛЯХИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ВІДПОВІДНО ДО МІЖНАРОДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ УКРАЇНИ

Анотація. На території нашої держави значно розширилась соціальна база тероризму за рахунок залучення до терористичної діяльності представників різних прошарків населення, що вимагає активізації боротьби з пропагандою та поширенням ідеології тероризму. Визначено, що пропаганда тероризму є не тільки засобом заяви про себе, але також за її допомогою відбувається вербування нових членів для терористичних організацій. Вирішувати вказану проблему Україна має відповідно до взятих на себе міжнародних зобов'язань.

Відповідно до статті 5 Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму (далі – Конвенція) рекомендовано встановити кримінальну відповідальність за «публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину». Вказана стаття зазначеної Конвенції була імплементована у національне кримінальне законодавство за допомогою статті 258-2 Кримінального кодексу України, де встановлена кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення терористичного акту.

У роботі досліджено зміст статті 258-2 Кримінального кодексу України (далі – КК України), виявлені недоліки диспозиції цієї статті, причини та умови їх виникнення. Наголошено на некоректній імплементації статті 5 Конвенції у КК України. Проаналізовані наукові дослідження українських та закордонних вчених. Узагальнені їх пропозиції щодо удосконалення норм кримінального законодавства у сфері протидії пропаганді тероризму. Вивчений досвід інших країн щодо криміналізації пропаганди та ідеології тероризму. Визначені напрями можливого впровадження кримінально-правових норм інших країн в українське законодавство. Визначено нову термінологію статті 258-2 КК України. Обґрунтована необхідність доповнення диспозиції статті 258-2 КК України додатковими кваліфікуючими ознаками та приміткою.

З урахуванням проведеного дослідження запропонована нова редакція статті 258-2 КК України, інші зміни та доповнення до чинного законодавства, з метою коректної імплементації взятих на себе Україною міжнародних зобов'язань і подальшого розвитку кримінального законодавства у сфері запобігання пропаганді тероризму.

На підставі аналізу терористичних злочинів, з урахуванням пропозицій провідних вчених в цій галузі, досвіду зарубіжних країн, запропоновано об'єднання складів терористичних злочинів в межах окремого розділу КК України. Визначені подальші напрями реформування кримінального законодавства України та перспективи його узгодження з рекомендаціями міжнародно-правових актів і взятими на себе зобов'язаннями України щодо запобігання та протидії тероризму.

Ключові слова: тероризм, терористичний акт, терористичні злочини, терористична діяльність, пропаганда

тероризму, ідеологія тероризму, склад злочину, кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми та її актуальність. Тероризм у всіх його формах і проявах являє собою найбільш серйозну загрозу світовому порядку, миру і безпеці, відтак будь-які акти тероризму є злочинами та діяннями, яким немає виправдання, незалежно від їх мотивації. За таких умов виникає нагальна потреба у підвищенні ефективності спільних зусиль щодо протидії цьому негативному явищу у планетарних масштабах, а також розробці комплексних механізмів кримінальної відповідальності за різноманітні форми його прояву.

У Глобальному індексі тероризму (Global Terrorism Index – GTI), який розробляється для визначення рівня уразливості держав до терористичних загроз, Україна перемістилася з 51-го (2013 рік) на 11-е місце (2016 рік) серед 163 країн із показником 7,048, що класифікується як «висока» терористична небезпека. Хоча у 2020 році цей показник значно покращився і досяг 36 місця [1], проте загроза тероризму, зокрема у зв'язку зі складними політичними, соціально-економічними та духовно-культурними процесами, що склалася в Донецькій та Луганській областях, продовжує залишатись надзвичайно високою. Така ситуація зумовлена тим, що на території нашої держави значно розширилась соціальна база тероризму за рахунок залучення до терористичної діяльності представників різних прошарків населення, що вимагає активізації боротьби з пропагандою та поширенням ідеології тероризму.

Вирішувати вказану проблему Україна має з огляду на міжнародні зобов'язання (у тому числі шляхом створення належної законодавчої бази у сфері протидії тероризму відповідно до міжнародних зобов'язань), підтверджуючи проголошену у Преамбулі Основного Закону України європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України [2].

Мета статті. Проаналізувати проблемні аспекти криміналізації «пропаганди тероризму» відповідно до міжнародних зобов'язань України, виявити недоліки імплементації, причини та умови їх виникнення, запропонувати шляхи закріплення відповідних положень міжнародно-правових актів у Кримінальному кодексі України.

Аналіз досліджень і публікацій. З метою виконання взятих на себе зобов'язань Україною 16 травня 2005 року була підписана Європейська конвенція Ради Європи про запобігання тероризму, а 31 липня 2006 року ратифікована з заявами і застереженнями Законом України № 54-V (далі – Конвенція) [3]. Для імплементації положень цієї Конвенції, Законом України від

21 вересня 2006 р. № 170-V були внесені зміни і доповнення до Кримінального кодексу України (далі – КК України) [4].

Проте некоректна імплементація міжнародних угод (у тому числі і згаданої Конвенції) щодо криміналізації та запобігання пропаганди тероризму у чинне кримінальне законодавство України значно ускладнює можливості подолання цього негативного явища, на що справедливо звертали свою увагу такі науковці, як В. Антипенко, В. Ємельянов, В. Ліпкан, Л. Мошкова, І. Шкурат, Я. Дашкевич, В. Кудрявцев, В. Тимошенко, С. Дрьомов, В. Мальцев, В. Тихий, А. Ізетов, В. Зеленецький, О. Спель та інші.

Однак з часом з'явилося чимало наукових досліджень і законодавчих ініціатив щодо криміналізації пропаганди та ідеології тероризму [5], які потребують додаткового аналізу з метою коректної імплементації взятих на себе Україною міжнародних зобов'язань і подальшого розвитку кримінального законодавства [6].

Виклад основного матеріалу дослідження.

Відповідно до ст. 5 Конвенції рекомендується встановити кримінальну відповідальність за «публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину», що означає розповсюдження повідомлення для населення або доведення такого повідомлення до відома населення в інший спосіб з метою підбурювання його до вчинення терористичного злочину, якщо така поведінка, незалежно від того, є чи не є вона безпосередньою підтримкою терористичних злочинів, становить загрозу того, що може бути вчинено один чи більш ніж один такий злочин.

У Кримінальне законодавство вказана ст. 5 Конвенції була імplementована за допомогою ст. 258-2 «Публічні заклики до вчинення терористичного акту» КК України [6].

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 258-2 КК України, є громадська безпека від проявів тероризму [7, с. 867].

Об'єктивна сторона злочину виражається в активній поведінці, яка може полягати у: 1) публічних закликах до вчинення терористичного акту; 2) розповсюдженні матеріалів з такими закликами; 3) виготовлення таких матеріалів; 4) зберігання матеріалів з такими закликами.

Публічні заклики передбачають хоча б одне публічне звернення до невизначеного, але значного кола осіб, в якому висловлюються ідеї погляди чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорій (представників влади, військовослужбовців тощо) схилити певну кількість осіб до певних дій. Якщо такі заклики зверненні до конкретної особи, вони кваліфікуються як підбурювання до вчинення дій.

Злочин у цій формі є закінченим з моменту висловлювання винним відповідного заклику, спрямованого на його сприйняття більш-менш широкою аудиторією [7, с. 324]

Розповсюдження матеріалів – це дії, метою яких є доведення змісту відповідних матеріалів до відома багатьох людей (невизначеної їх кількості або певного кола).

Для кваліфікації має значення спосіб публічних закликів та розповсюдження матеріалів. Публічні заклики можуть мати місце на мітингу, зібранні, у виступі на телебаченні, у пості соціальній мережі (зокрема Facebook чи Twitter) тощо, а розповсюдження матеріалів – здійснюватися шляхом підкидання листівок до поштових скриньок, розклеювання їх на дошках для оголошень, розсилання листів певним групам

адресатів, зокрема через месенджери чи електронну пошту тощо.

Матеріали – письмові чи зафіксовані на іншому носіїві інформації (зокрема, флеш-картці, планшеті, мобільному телефоні, комп'ютері) звернення, листівки, плакати, газети, журнали тощо – тут виступають *засобами* вчинення злочину.

Суб'єкт злочину – загальний [7; с. 869], тобто фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність (16 років відповідно до ч. 1 ст. 22 КК України).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується умислом. Злочин у формі виготовлення чи зберігання відповідних матеріалів характеризується прямим умислом і спеціальною метою – подальшого розповсюдження зазначених матеріалів.

Кваліфікований вид злочину наявний тоді, коли заклики до вчинення терористичного акту доводяться до людей з використанням засобів масової інформації – телебачення, радіо, газет чи журналів, через мережу інтернет чи інших засобів комунікації, завдяки яким відповідна інформація може бути масово поширена [7, с. 870].

Проте, за нашим переконанням, вказану імплементацію вищенаведеної ст. 5 Конвенції неможливо визнати вдалою.

Наведемо на підтвердження нашої позиції такі обґрунтування:

1) у Конвенції пропонується назва «публічне підбурювання», а в КК України використовується назва «публічні заклики»;

2) у Конвенції йдеться про мету підбурювання населення «до вчинення терористичного злочину», а в КК України – «до вчинення терористичного акту»;

3) у Конвенції суспільна небезпечність розкривається через ознаку наслідків – «становить загрозу того, що може бути вчинено один чи більш ніж один такий злочин», а в КК України цього немає;

4) у Конвенції діяння пропонується визнавати злочинними незалежно від того, чи є вони «безпосередньою підтримкою терористичних злочинів», тоді як КК України вимагає, щоб змістом закликів (відповідних матеріалів) було вчинення терористичного акту тощо.

Далі розглянемо ці відмінності більш ретельно та з'ясуємо питання про доцільність і формат узгодження положень Конвенції із кримінальним законодавством України.

Хоча у ст. 5 Конвенції розглядувані дії називаються «публічним підбурюванням до вчинення терористичного злочину», проте для національного законодавства України традиційним є те, що підбурювання визначається як різновид співучасті у злочині, а не як самостійний злочин. Як самостійний злочин публічні заклики до певних злочинних дій у КК України передбачені в низці статей, наприклад, публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади (ст. 109 КК), публічні заклики до вчинення дій, що посягають на територіальну цілісність і недоторканість України (ст. 110 КК України), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258-2 КК), публічні заклики до вчинення дій, що загрожують громадському порядку (ст. 295 КК України). Ці дії хоча і не є підбурюванням у його буквальному розумінні національним законодавством, але вважаються досить близькими до положень Конвенції.

Натомість принципу міжнародно-правової необхідності і допустимості криміналізації діянь не відповідає використання у диспозиції ст. 258-2 КК України надто вузького для українського законодавства поняття «терористичний акт», тоді як у статті 5 Конвенції йдеться про необхідність встановити кримінальну відповідальність за публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину.

Також слід врахувати, що Конвенція у ст. 1 «Термінологія» визначає що для цілей цієї Конвенції термін «терористичний злочин» означає будь-який із злочинів, викладених і визначених в одному з договорів, перелік яких наведено в Додатку до Конвенції [3].

Отже, коло діянь, передбачених Конвенцією, шляхом посилення на інші міжнародно-правові угоди, та віднесених до терористичних злочинів, є набагато ширшим за «терористичний акт» як складову «публічних закликів до вчинення терористичного акту».

Таким чином, будучи за своєю суттю терористичним злочином, публічні заклики до вчинення таких дій повинні бути криміналізованими не лише в частині закликів до вчинення терористичного акту, але й у вигляді закликів до будь-якого терористичного злочину, за вчинення якого настає кримінальна відповідальність за Кримінальним кодексом України [8, с. 265].

Таким чином, з огляду на вищевикладене, вважаємо за доцільне погодитись з О. Єпель, що для додержання принципу міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації діянь, передбачених ст. 258-2 КК України, необхідно здійснити у тексті заміну «терористичний акт» на «терористичний злочин» [8, с. 266].

Водночас привертає увагу й та обставина, що в науковій літературі публічні заклики до вчинення терористичного акту та інших терористичних злочинів розглядаються як особливий випадок пропаганди і поширення ідеології тероризму [9, с. 85; 10, с. 73].

Звертаємо увагу, що *пропаганду і поширення ідеології тероризму* передбачено в ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» [11] як самостійний вид терористичної діяльності, тому постає питання щодо доцільності криміналізації цього явища.

Проте, у законодавстві не має чіткого визначення дефініції «пропаганда тероризму» та «ідеологія тероризму».

Під поняттям «ідеологія» (гр. *ιδεολογία* – вчення про ідеї від *ιδέα* – прообраз і *λογος* – розум, вчення) розуміється система філософських, політичних, моральних, релігійних і мистецьких поглядів, що характеризують те чи інше суспільство, клас, політичну партію; світогляд, світорозуміння, погляди, переконання, доктрина, догмати, канони, принципи, постулати [12].

З огляду на трактування поняття «ідеологія» В. Білянська пропонує ідеологію тероризму визначити як сукупність радикальних ідейних установок, які є теоретичним обґрунтуванням (ідейною легітимацією) застосування насильства різними способами на нелегітимній основі для досягнення політичних цілей терористичних організацій [13, с. 149].

Під «пропагандою» (новолат. *propaganda*, від лат. *propagare* – поширювати, розповсюджувати) розуміється діяльність, що передбачає системне поширення, поглиблене роз'яснення соціально-політичних, економічних, правових, поглядів, ідей, теорій та забезпечує формування у суспільстві певних настроїв, закріплення у свідомості громадян тих чи інших

цінностей, орієнтацій, уявлень з метою максимального розширення кола прибічників відповідної ціннісної системи [14].

Звідси пропаганда тероризму означає активний вплив на свідомість і волю людей з метою викликання в них спонукання до вчинення неправомірних дій, зокрема, терористичного акта. На думку Н. Рибчановської, пропаганда тероризму – це, насамперед, психологічний вплив на суспільство (залакування, привертання уваги громадськості, провокування до певних дій і т.п.) [15, с. 407].

Таким чином, «пропаганду ідеології тероризму» можна визначити як діяльність, що передбачає системне поширення, роз'яснення поглядів певної спільноти, ідеалом якої є явища, пов'язані з ескалацією насильства у формі терористичних актів.

Проте часто терористи використовують ідеологію лише для виправдання здійснених терористичних актів. Підтвердженням цьому служить те, що багатьох терористів не хвилює ідеологія, вони не мають чітких і побудованих планів і цілей, одним словом діють імпульсивно, а не розумно. «Нове покоління терористів нерідко складається з молоді, яка не замислюється про ідейні мотиви своєї поведінки і прилучилася до терористичної діяльності з цікавості, за випадковим захопленням» [13, с. 82].

Отже, встановлення кримінальної відповідальності лише за «пропаганду ідеології тероризму», на наш погляд, не виправдано звужує межі кримінальної відповідальності, оскільки «ідеологія тероризму» є лише складовою кримінально караною терористичної діяльності.

Водночас національному законодавцю варто було б урахувати досвід тих зарубіжних країн, які встановили кримінальну відповідальність за публічне виправдання тероризму. Так, Кримінальний кодекс Республіки Молдова містить ст. 279-2 «Підбурювання в терористичних цілях або публічне виправдання тероризму» [16], а Кримінальний кодекс Російської Федерації – ст. 205-2 «Публічні заклики до здійснення терористичної діяльності, публічне виправдання тероризму або пропаганда тероризму» [17]. У цьому зв'язку слід погодитись з думкою вітчизняних науковців щодо доцільності врахування міжнародного досвіду та встановлення кримінальної відповідальності за «публічне виправдання тероризму» і при цьому: по-перше, традиційно передбачити в якості кваліфікуючих ознак цього складу злочину такі, як вчинення злочину «повторно» або «за попередньою змовою групою осіб»; по-друге, криміналізувати також ввезення на територію України чи транзит через її територію та вивіз за її межі матеріалів, в яких пропагується ідеологія тероризму [18, с. 164].

Продовжуючи далі наукову дискусію, зазначимо, що з аналізу визначення поняття «пропаганда», можна дійти до висновку, що воно охоплює й «публічні заклики» до вчинення терористичних актів. За приклад можна взяти ст. 436 КК України «Пропаганда війни», де під *пропагандою* війни розуміються *заклики* до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів.

Таким чином, логічним та доцільним буде поєднання в межах однієї статті КК України положень про відповідальність за *пропаганду ідеології тероризму, публічне заперечення тероризму та публічні заклики* до вчинення терористичних злочинів. При цьому, необхідно вдосконалити кваліфікуючі ознаки розглядуваного складу злочину. Зважаючи на зміст ква-

ліфікуючих ознак, які передбачені у суміжних складах злочинів (зокрема, у статтях 258-1, 109, 110 КК України), пропонуємо доповнити ст. 258-2 КК України такими кваліфікуючими ознаками, як вчинення злочину «повторно» або «за попередньою змовою групою осіб», або «службовою особою з використанням службового становища».

Крім того, у науковій літературі не всі вчені-криміналісти вважають правильним підхід законодавця визнати громадську безпеку родовим об'єктом терористичних злочинів. Зокрема, висловлюється думка, що в тероризмі умисне знищення матеріальних об'єктів – не самоціль, а засіб примусити органи влади або певні прошарки чи категорії громадян вчинити вигідні терористам дії [19, с. 90]. «Суспільна безпека не може бути основним об'єктом тероризму... Залякування у тероризмі ... виступає не самоцілью, а засобом досягнення мети впливу на основний об'єкт, цим реалізується спонукання відповідних осіб до вигідних для терористів рішень. Основним же об'єктом у тероризмі є національні та наднаціональні інститути (у їх різноманітних варіантах), посягаючи на які через дію на безпосередній об'єкт, винні особи досягають чи прагнуть досягти головної цілі – порушення їх недоторканості» [20, с. 93].

Також варто погодитись з пропозицією В. Ємельянова, який, урахувавши поліоб'єктність терористичних злочинів, пропонує склади окремих з них (зокрема, передбачених статтями 258 – 258-5 КК України) виключити з розділу IX «Злочини проти громадської безпеки» Особливої частини КК України та згрупувати їх у новому окремому розділі XXI «Терористичні злочини» Особливої частини цього Кодексу [21, с. 69]. Схожої позиції дотримується і М. Семікін, який пропонує сконцентрувати всі склади терористичних злочинів в окремому розділі Особливої частини КК України, що забезпечить однаковий підхід і при визначенні суб'єкта терористичних злочинів [22, с. 201].

Водночас висловлені пропозиції можна буде реалізувати тільки за умови їх комплексності та системності.

На підставі викладеного пропонуємо внести такі зміни та доповнення до Кримінального кодексу України, виклавши ст. 258-2 у такій редакції:

«Стаття 258-2. Пропаганда тероризму або публічні заклики до вчинення терористичного злочину

1. Пропаганда і поширення ідеології тероризму, публічне виправдання тероризму або публічні заклики до вчинення терористичного злочину, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів вказаного змісту, – ...

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, або з використанням засобів масової інформації, – ...

3. Ввезення на територію України чи транзит через її територію та вивіз за її межі матеріалів, в яких пропагується тероризм, – ...

4. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, – ...

Доцільно окремо визначити поняття «ідеологія тероризму» як сукупність радикальних ідейних установок, які є теоретичним обґрунтуванням застосування насильства різними спосо-

бами, на нелегітимній основі для досягнення політичних цілей терористичних організацій.

Вказаною дефініцією логічно доповнити Закон України «Про боротьбу з тероризмом» або, як варіант, включити до розглядуваної статті як примітку.

Крім цього, перелік статей Особливої частини КК України, де передбачена відповідальність за діяння терористичного характеру, необхідно виключити з розділу IX «Злочини проти громадської безпеки» Особливої частини КК України та помістити їх до окремого розділу. За прикладом розділу XIX Особливої частини КК України, де визначені «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)», такий розділ можна було б назвати «Кримінальні правопорушення, пов'язані з тероризмом (терористичні кримінальні правопорушення)» Особливої частини цього Кодексу. В останньому випадку запровадження розділу з такою назвою, на нашу думку, буде можливим лише після суттєвого удосконалення національного антитерористичного кримінального законодавства, а також виокремлення складів злочинів, що містяться як у чинних статтях 258 – 258-5 КК України, так і у запропонованих редакціях нових статей КК України (прикладом може слугувати Кримінальний кодекс Грузії, де створена окрема глава XXXVIII «Тероризм», що включає статті 323–331-2, які містять відповідні склади терористичних злочинів) [23].

Запропоновані зміни і доповнення до кримінального законодавства України безсумнівно потребують подальшого опрацювання та удосконалення з метою побудови дієвої системи кримінально-правової протидії проявам терористичної діяльності в Україні.

Література:

1. Global Terrorism Index 2019// Institute for Economics & Peace. URL: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/GTI-2019web.pdf> (дата звернення: 23.11.2021).
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/> (дата звернення: 21.10.2021).
3. Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму. *Офіційний вісник України*. 2007. № 65. Ст. 2536. С. 124.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо запобігання тероризму) : проект Закону України № 2219а від 04.06.2013 / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47255 (дата звернення: 24.10.2021).
5. Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за виготовлення, зберігання, розповсюдження матеріалів, які пропагують тоталітаризм та тероризм) : проект Закону України № 2453 від 23.03.2015. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54514 (дата звернення: 24.10.2021).
6. Кримінальний кодекс України / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n1298> (дата звернення: 16.10.2021).
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1360 с.
8. Епель О.В. Публічні заклики до вчинення терористичного акту як терористичний злочин. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 1. С. 263–270.
9. Шамара О. Щодо запровадження кримінальної відповідальності за пропаганду і поширення ідеології тероризму, вчинення терористичних актів. *Юридичний радник*. 2005. № 5(7). С. 84–85.
10. Епель О.В. Деякі питання кримінально-правової відповідальності за пропаганду і поширення ідеології тероризму. *Актуальні*

- проблеми протидії злочинності в Україні : Матеріали наук.-пр.-акт. семінару. 21.03.2008. Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2008. С. 71–73.
11. Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20 березня 2003 року № 638-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 180.
 12. Словник іншомовних слів. URL: <https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%B2%E4%E5%EE%EB%EE%E3%B3%FF> (дата звернення: 21.10.2021).
 13. Белянська В.В. Ідеологія тероризму: теоретичні засади, різновиди та технології поширення. *Освіта регіону. Політологія, психологія, комунікації*. 2013. № 1. С. 80–83. URL: <https://social-science.uu.edu.ua/article/1001> (дата звернення: 21.10.2021).
 14. Юридична енциклопедія : у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) [таін.]. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2003. Т.5: П–С. 736 с.
 15. Рибчановська Н.А. Протидія пропаганді і поширенню ідеології тероризму в Україні (психолого-правовий аспект). *Зб. наук. пр. «Сучасний вимір держави та права»* / за ред. В.І. Терентьєва, О.В. Козаченка. Миколаїв : Іліон, 2008. С. 406–407.
 16. Уголовный кодекс Республики Молдова : Закон Республики Молдова от 21 июня 2002 года № 1160-XV. (дата обновления: 11.11.2021 г.). *Информационная система Континенит*. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30394923#pos=5;-142 (дата звернення: 24.10.2021).
 17. Уголовный кодекс Российской Федерации : Федеральный Закон Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (дата обновления: 22.08.2021). *Информационная система Консультант*. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/c2877fe51a75f612e1df0f008c620980638457ba/ (дата звернення: 24.10.2021).
 18. Єпель О.В. Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення терористичного акту : дис. ... канд. юр. наук. : 12.00.08. Харків, 2011. 209 с.
 19. Петрищев В.Е. Правовые и социально-политические проблемы борьбы с терроризмом. *Государство и право*. 1998. № 3. С. 88–93.
 20. Антипенко В.Ф. Поняття тероризму (кримінально-правове визначення). *Право України*. 1999. № 2. С. 92–95.
 21. Ємельянов В.П. Антитерористичне законодавство: поняття, система, шляхи вдосконалення : монографія. Харків : Право, 2016. 88 с.
 22. Семерикін М.В. Суб'єкт терористичних злочинів. *Правничий часопис Донецького університету*. 2013. № 1. С. 195–202. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pchdu_2013_1_32 (дата звернення: 20.10.2021).
 23. Уголовный кодекс Грузии : Закон Грузии № 2287вс от 22.06.1999: (дата обращения: 01.10.2019). *Законодательный Вестник Грузии*. ЗВГ, 41(48), 13/08/1999 URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=212> (дата звернення: 12.10.2021).

Petrychenko O. “Criminalization of the propaganda of terrorism: ways and prospects of implementation in accordance with the international obligations of Ukraine”

Summary. On the territory of our state, the social base of terrorism has significantly expanded due to the involvement

of representatives of different strata of the population in terrorist activities, which requires an intensification of the fight against the propaganda and spread of the ideology of terrorism.

Certainly, the propaganda of terrorism is not only a way to declare itself, but with its help, occurs recruiting new members for terrorist organizations.

Ukraine should resolve this problem in accordance with its international obligations.

In accordance with Art.5 of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, it is recommended to establish criminal liability for “public incitement to commit a terrorist offense”.

This article of the Council of Europe Convention was implemented into the criminal legislation of Ukraine with the help of Art. 258-2 of the Criminal Code of Ukraine, which establishes criminal liability for “Public appeals to commit a terrorist act”.

The article investigates the corpus delicti defined by Art. 258-2 of the Criminal Code of Ukraine, revealed the disadvantages of the disposition of this article, the reasons and conditions for their occurrence.

It has been determined incorrect implementation of Art. 5 Council of Europe Conventions in the Criminal Code of Ukraine.

Scientific research of Ukrainian and foreign scientists has been analyzed. Their proposals on improving the criminal legislation of Ukraine in the field of countering the propaganda of terrorism have been summarized.

The experience of other countries regarding the criminalization of the propaganda and ideology of terrorism has been studied. The directions of the possible introduction of the criminal law norms of other countries into the Ukrainian legislation have been determined.

This work provides a justification for the need to improve the new terminology of Article 258-2 of the Criminal Code of Ukraine.

It provides a rationale for the necessity to supplement the disposition of Art. 258-2 of the Criminal Code of Ukraine with qualification characteristics and note.

Based on the analysis of terrorist crimes, taking into account the proposals of leading scientists in this field, the experience of other countries, it is proposed to combine the elements of terrorist crimes in a new separate section of the Criminal Code of Ukraine. The further directions of reforming the criminal legislation of Ukraine and the prospects for its harmonization with the recommendations of international legal acts and the assumed obligations of Ukraine regarding the prevention and counteraction of terrorism have been determined.

Key words: terrorism, act of terrorism, terrorist crimes, terrorist activity, propaganda of terrorism, ideology of terrorism, corpus delicti, criminal responsibility.

*Лех Р. В.,
здобувач*

*Приватного вищого навчального закладу
«Львівський університет бізнесу та права»*

ВІКТИМОЛОГІЧНЕ ВЧЕННЯ ПРО ЖЕРТВУ НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ

Анотація. Особистісний чинник, його значення та роль у суспільному розвитку визнані соціальними науками. Немає необхідності доводити, що позитивних результатів у стримуванні злочинності можна досягти не лише за допомогою раціональної соціальної політики, а й через вплив на особистість правопорушника.

Найважливішим суб'єктивним чинником, який впливає на формування злочинної поведінки, є віктимологічна поведінка потерпілого. Питання запобігання віктимній поведінці потерпілого має велике значення не лише для зміцнення правопорядку та законності. Віктимна поведінка потерпілого та злочинна поведінка пов'язані одна з одною і надають взаємний потенційний вплив. Зрозуміло, що оптимальні умови формування та розвитку особистості, виховно-профілактичний вплив важливі у профілактичному сенсі, оскільки вони сприятимуть зниженню рівня насильницьких злочинів на віктимологічній основі.

Особистість жертви кримінального насильства характеризується комплексом достатньо стабільних типових соціально-демографічних та морально-психологічних ознак, які за взаємодією із зовнішніми чинниками зумовлюють підвищену можливість індивіда стати жертвою кримінально-насильницької поведінки, оскільки більшість із них має віктимний характер та схожі з характерними ознаками злочинця. Більше того, аналіз взаємостосунків злочинця і потерпілого дасть змогу встановити основні сфери профілактики насильницьких злочинів, а доповнюючи дослідження інформацією про поведінку потерпілого, ми визначимо основні віктимні форми поведінки особи, яка є жертвою насильницьких дій. Віктимологічні ознаки жертви насильницького злочину виконують важливу роль у вирішенні низки правових питань, пов'язаних із притягненням винного до кримінальної відповідальності, у виборі засобів відновлення порушених прав та законних інтересів потерпілих, а також у профілактиці їх повторної віктимізації.

Ключові слова: жертва, віктимологія, спрямованість, орієнтація, соціальна установка, мотивація.

Постановка проблеми. Проблема жертв злочину і у філософському, і в етичному, і в політико-правовому плані виникла дуже давно, причому разом і у взаємозв'язку з більш широкою проблематикою злочину та злочинності. З давніх часів вона завжди привертала до себе увагу філософів та юристів, письменників та художників, політичних діячів та вчених. Давньогрецька міфологія, джерела римського права, багата літературна спадщина істориків і класиків світової літератури – свідчення невпинного інтересу до проблеми жертв. Це не випадкове явище, бо мораль і звичаї, право і правосуддя завжди були важливими складниками культури суспільних відносин.

Стан дослідження. Вивчення зв'язку між жертвою насильства злочинцем завжди привертало увагу багатьох учених-кримінологів. Серед них можна виділити праці Є. Бафія, Б.С. Братуся, Д.В. Ольшанського, І.Г. Малкіної-Пих, Л. Хейя, А. Фройда, С.В. Землюкова, Д.В. Ривмана та ін.

Виклад основних положень. Зародження віктимології, у буквальному перекладі – «вчення про жертву», як одного з напрямів сучасної кримінологічної науки пов'язане з небувалим вибухом суспільного та наукового інтересу до проблеми жертв, що припадає на другу половину 40-х років. XX ст. При цьому стрімкий розвиток віктимологічної думки зумовив різке піднесення на всіх континентах міжнародного громадського руху на захист прав жертв і надання їм необхідної допомоги, у цивілізованому світі широкої системи соціального захисту жертв великої наукової бази – національної та міжнародної, – зробивши віктимологію одним із найважливіших складників комплексу наукових дисциплін кримінального циклу [1, с. 7–11].

Дослідження на віктимологічному рівні причин, окремих видів та умов, що їм сприяють, розроблення на цій основі більш дієвих заходів із розкриття злочинів та профілактики віктимної поведінки потенційних жертв безпосередньо пов'язані з пізнанням структури особистості потерпілого, а через неї – з проникненням у механізм спонукальних мотивів поведінки потерпілого від злочину та виявленням найбільш типових форм взаємодії жертви з правопорушником. Особистість проявляється лише через діяльність, і лише у процесі конкретної діяльності вона формується, розвиваються її соціальний зміст та форма.

Учені та фахівці у різних сферах людської діяльності беззаперечно довели визначальний вплив середовища на розвиток особистості. Властивості будь-якого явища визначаються як його особливостями, так і взаємодією даного явища з його оточенням. Властивості особистості, наприклад, залежать і від організму, але насамперед – від соціального середовища особистості, з яким вона взаємодіє.

До основних соціальних властивостей особи належать спрямованість, орієнтація, соціальна установка, мотивація.

Спрямованість має першорядне значення і включає у себе як свідомість, так і особливості соціального вигляду людини за майновими лініями: його ставлення до інших людей, до себе, до свого сьогодення та майбутнього, сюди відносяться інтерес, схильність, світогляд, переконання особистості.

Наступною важливою соціальною властивістю особистості, що чинить вплив на свідоме, регулює поведінку людини, є орієнтація. Зокрема, у навчальному посібнику з філософії С. Щерби [2] вказується, що ціннісна орієнтація завжди проявляється у сфері розгалужених взаємовідносин між людиною

і суспільством (стосовно праці, колективу, культури, побуту, дозволя тощо). Ціннісна орієнтація – це вибіркоче ставлення до носія цінності, який може бути реальним предметом задоволення потреб окремої людини чи соціальної спільноти. Ціннісна орієнтація, сформована на рівні переконань, адекватно проявляється в реальній поведінці й діяльності людини. Ціннісна орієнтація завжди має індивідуальний характер.

На зміст поведінки людини впливає і така властивість особистості, як соціальна установка. Коли цей вплив носить негативний характер, вона часто призводить до формування антигромадської установки особистості і в низці випадків саме особи, які чинили на злочинця негативний вплив, стають, зрештою, його жертвами. Дії злочинця, здавалося б, зовсім не викликаються поведінкою жертви у злочинній обстановці, насправді, є більшою або меншою (а іноді й вирішальною) мірою результатом внеску особи, якій завдано шкоди, у формування особи злочинця.

На думку Х.Ф. Хентінга, «у певному сенсі жертва створює злочинця» [3]. Отже, у злочинах, де потерпілими є такі особи, ми якраз і маємо кримінологічний взаємозв'язок поведінки злочинця та потерпілого, який виходить далеко за межі безпосередньо кримінологічної ситуації.

Таким чином, поведінка потерпілого може бути пов'язана з поведінкою злочинця не лише зіткненням, що безпосередньо передує злочину. Нечасті випадки, коли злочин є результатом тривалого за часом розвитку події, що включає не тільки виникнення у злочинця конкретного злочинного наміру, а й формування його як злочинця, створення у нього антигромадської установки особистості. Поведінка осіб, які вплинули на формування і прояв асоціальної установки правопорушника, не повинна бути сама по собі протиправною, подана негативним прикладом, який провокує вчинення злочину. Вона може не протидіяти іншим негативним впливам або, що практично подібно за результатом, породжувати переконання в безкарності за скоєння правопорушення, неповага до оточуючих, егоїзм, тобто пасивно сприяти формуванню якостей особистості, які найчастіше призводять до злочину.

Таким чином, поведінка особи, у тому числі і злочинна, є результатом взаємодії ситуації з установленням особистості, яка, як зазначалося раніше, може бути позитивною і негативною.

Розглядаючи в поведінці особистості якості примати, можна більш правильно, на науковій основі розглянути проблему причин підвищеної віктимної схильності, розкрити механізм складної взаємодії об'єктивного та суб'єктивного в поведінці окремих осіб як у злочинній ситуації, так і в процесі злочинного акту. Проте наукою з безперечною доведено, що поведінка людини визначається як соціальними умовами, так і залежить від конкретної ситуації.

У зв'язку із цим правильною є позиція Н.С. Лейкіної, яка вважає, що якщо під соціальною установкою індивіда слід розуміти систему соціальної орієнтації, яку людина для себе прийняла, то, очевидно, що антигромадської установки немає в осіб, які вчинили злочин під впливом випадкового збігу обставин, у стані афекту, спричиненого протиправною дією, під час перевищення меж необхідної оборони, вперше з необережності тощо. У цих злочинах не виражається орієнтація скоєння антигромадських дій. Вони лише свідчать про відсутність у винного достатніх сил протистояти ситуації [4, с. 19].

Із цього приводу В.М. Кудрявцев пише: «Здебільшого безпосередня причина злочину – взаємодія антигромадської спрямованості особистості та ситуації, причому у цій взаємодії зазначені фактори можуть бути далеко не рівноцінні: іноді головну роль відіграє антигромадська спрямованість особистості, а іноді – ситуація» [5, с. 258].

Слід підкреслити, що йдеться про конкретну життєву ситуацію, яка безпосередньо передує злочину.

Якщо ж мати на увазі кримінологічну ситуацію, що охоплює певні етапи формування особистості у цьому негативному плані, що реалізується у взаємодії із ситуацією, що передує злочину, то переважання «зовнішнього» по відношенню до «внутрішнього» буде цілком реальним.

Потерпілий – носій антигромадської установки (наприклад, під час перевищення меж необхідної оборони та злочинів, учинених у стані афекту, викликаного діями потерпілого), впливаючи на особу, яка не має такої установки, але не здатна протистояти цьому впливу, виступає як безпосередній та основний «співатор» злочину.

Отже, в оцінці поведінки людини не можна забувати про обставини суб'єктивного характеру, бо як позитивні, так і несприятливі соціальні умови фатально впливають на поведінку людини. Велике значення мають і суто особистісні риси (наприклад, рівень розвитку інтелекту, волі, особливості емоційної сфери).

Термін «особистість жертви злочину» повинен використовуватися умовно, як відносне, збірне визначення особистісних якостей і якостей сукупності всіх постраждалих від злочинних посягань. Відносність цього терміна пояснюється тим, що фактично неможливо сконструювати універсальне поняття «особистість жертви злочину», яке характеризувалося б однією або декількома спільними якостями для всіх осіб, які постраждали від злочину, оскільки соціальні, психологічні та біофізичні характеристики, наприклад, жертв убивств та крадіжок, зґвалтування та шахрайств далеко не ідентичні. Хоча стосовно жертв і певних видів злочинів можна назвати більш-менш характерні якості особистості потерпілих.

Слід мати на увазі, що зв'язок між певним формуванням особистості (негативним або позитивним), її поведінкою (належною або неналежною) та скоєнням проти неї злочину не жорсткий, а ймовірнісний, саме цим і пояснюється відсутність фатальної схильності людини навіть із підвищеною віктимністю ставати жертвою злочинного зазіхання.

Жертва злочину з погляду віктимології – це постраждала фізична особа незалежно від того, чи визнана вона потерпілою в установленому порядку і чи вважає себе такою (віктимологія знає і «добровільних» жертв) [6, с. 140].

Окрім поняття «жертва» (воно аналогічне поняттю «потерпілий»), віктимологія оперує поняттям «віктимність» (індивідуальна та масова) та «віктимізація» (на тих самих рівнях).

Віктимність окремої особи (індивідуальна віктимність) – це об'єктивно властива людині (реалізована злочинним актом або що залишилася в потенції), але аж ніяк не фатальна здатність, схильність стати за певних обставин жертвою злочину. Можна визначити віктимність як нездатність протистояти злочинцю. Сукупність чинників робить цю нездатність об'єктивною (не залежить від жертви) чи залишає її лише на рівні суб'єктивного «небажання чи невміння» [6, с. 140].

У реалізації віктимних потенційних жертв, як правило, певну роль відіграє взаємодія її суб'єктивних якостей і зов-

нішніх обставин. Ступінь віктимності визначається підсумовуванням ситуативного та особистісного компонентів, тому найчастіше ми маємо справу зі шкодою як наслідком реалізації особистісної та ситуативної віктимності. Зокрема, ступінь селективної (спеціальної) віктимізації рішуче визначається професійною зайнятістю, але водночас це ситуативне, характерне для того, щоб знайти потенційну жертву в небезпечних ситуаціях. Водночас потенційна жертва може стати реальною лише тому, що опинилася в несприятливій ситуації, а зовсім не через те, що її особистісні якості або поведінка сприяли тому, що сталося.

Віктимність окремої особи – поняття відносне, оскільки вона завжди реалізується в ситуації, що виявилася для цього достатньою. Ідентичні особистісні якості, подібна поведінка можуть призвести до різних ефектів залежності від ситуації (характеристика злочинця), таким чином, слід розрізняти особистісну і ситуаційну віктимізацію [6, с. 140].

Л.В. Франк уважав, що віктимізація – це не лише процес перетворення особи на жертву, а й результат цього процесу, причому як на одиничному, так і на масовому рівні, тому він уважав за необхідне доповнювати таке розуміння (особливо для статистичного дослідження масового явища) вказівкою на сукупний результат учинених злочинів [7].

Справді, і віктимологічні дослідження, що проводяться за кордоном, і дослідження радянських кримінологів та віктимологів охоплювали обидва рівні віктимізації індивідів та груп населення для того, щоб представити загальну віктимологічну картину злочинності, що характеризується даними про особи потерпілих, час, місце та спосіб їх віктимізації.

На рівні масовому такий підхід, як зазначав Л.В. Франк, дає змогу розраховувати коефіцієнти віктимізації та їхні індекси, що вказують на те, скільки саме осіб, яких категорій, коли і чому були піддані віктимізації. Подібні розрахунки вже чверть століття широко застосовуються в регулярних віктимологічних обстеженнях населення.

Віктимізація, на нашу думку, є складовою (хоча і специфічною) частиною процесу криміналізації суспільства. При цьому в силу об'єктивних і суб'єктивних причин статистика злочинності далеко не повністю відтворює будь-який реальний рівень віктимізації в країні, тому цю істотну прогалину навіть у країнах із більш досконалою системою обліку злочинності заповнюють усе більш представницькі віктимологічні дослідження (переважно у формі регулярних та багатаспектних) опитувань населення, що виявляють величезні розбіжності між статистикою та реальною ситуацією, пов'язаною із заподіянням шкоди.

Література:

1. Квашис В.Е., Ванилоа Л.В. Зарубежное законодательство и практика защиты жертв преступлений. Москва, 1996. 124 с.
2. Щерба С.П., Заглада О.А. Філософія : підручник. Київ : Кондор, 2011. 548 с.
3. Ривман Д.В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений. Ленинград, 1975. 154 с.
4. Лейкина Н.С. Личность преступника и уголовная ответственность. Ленинград : ЛГУ, 1968. 130 с.
5. Кудрявцев В.Н. Стратегии борьбы с преступностью. Москва, 2003. 352 с.
6. Криминология : учебник / под. ред. В.Н. Буракова, М.Н. Корпачева. Санкт-Петербург, 2003. 207 с.
7. Франк Л.В. Потерпевший от преступления и проблемы советской виктимологии. Душанбе, 1977. 237 с.

Leh R. Victimological doctrine on victims of violent crimes

Abstract. The personal factor, its importance and role in social development is recognized by the social sciences. There is no need to prove that positive results in curbing crime can be achieved not only through rational social policy, but also through the impact on the identity of the offender.

The most important subjective factor that affects the formation of criminal behavior is the victimological behavior of the victimized. The issue of preventing victim behavior of the victim is of great importance not only to strengthen law and order. Victim behavior and criminal behavior are related to each other and have mutual potential impact. It is clear that optimal conditions for the formation and development of personality, educational and preventive influence are important in a preventive sense, since they will help reduce the level of violent crimes on a victimological basis.

The personality of a victim of criminal violence is characterized by a set of fairly stable typical socio-demographic and moral-psychological characteristics, which interact with external factors to increase the individual's ability to become a victim of criminal violence, as most of them are victim and similar to criminal characteristics. Moreover, the analysis of the relationship between the offender and the victim will identify the main areas of prevention of violent crimes, and complementing the study with information about the behavior of the victim, we will identify the main victim behavior of a victim of violence. Victimological characteristics of victims of violent crime play an important role in resolving a number of legal issues related to bringing the perpetrator to justice, in choosing the means to restore the violated rights and legitimate interests of victims, and in preventing their re-victimization.

Key words: victim, victimology, direction, orientation, social attitude, motivation.

*Недзельська Г. В.,**здобувач**Приватного вищого навчального закладу
«Львівський університет бізнесу та права»*

ТРАДИЦІЙНИЙ КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ШАХРАЙСЬКІ ДІЇ У СКЛАДІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ

Анотація. Шахрайство, будучи структурною частиною злочинів проти власності та злочинності у цілому, відчуває на собі природний вплив руху злочинності взагалі та економічної злочинності зокрема. Не є одкровенням, що зростання злочинності в усіх країнах та в усіх сферах життєдіяльності людини становить одну із суттєвих характеристик сучасної соціальної ситуації. Проте одним із найпомітніших проявів кримінальної деформації економіки стала якісна та кількісна трансформація шахрайства, вчиненого організованими групами. Під впливом негативних економічних, соціальних і політичних змін воно набуло нових, не вивчених сучасною наукою рис і властивостей: кримінального професіоналізму, економічної спрямованості, тісних корупційних зв'язків та ін. Проникнення організованого шахрайства в економіку супроводжується збільшенням прибутковості кримінального бізнесу, розширенням чисельності, якісною зміною складу організованих груп, у тому числі за рахунок включення до них висококваліфікованих фахівців.

У статті проведено аналіз кримінологічних ознак особистості злочинця, що вчиняє шахрайство у складі організованої групи. Хоча поняття «особистість злочинця» умовне, ця умовність не виключає особливого вивчення такої особистості. Дане поняття може використовуватися у двох значеннях: як родове поняття, що характеризує певний тип людей, і як поняття, що містить указівку на те, що йдеться про людину, яка вчинила злочин. Найважливіше тут – це особливості даної особи та специфіка її злочинної поведінки. Завжди потрібно пам'ятати, що особистість злочинця як особливий соціальний тип людини безпосередньо пов'язана з такою специфічною формою поведінки, як злочинна поведінка. Вона якісно відрізняється своєю суспільною небезпекою від будь-яких інших форм соціальної поведінки. Особистість як «соціальна особа людини» може розглядатися як своєрідне «вікно», що дає змогу поглянути на обставини, які сформували цю особу, проявляється можливість вийти на соціальні умови, що детермінують злочинну поведінку, визначити механізм такої детермінації і той «внесок», який робить до злочину сама особистість.

Ключові слова: особа, організована група, шахрайство, ознаки.

Постановка проблеми. У кримінологічному аналізі організованого шахрайства особистість злочинця посідає особливе місце. Вивчення соціально-демографічних та морально-психологічних характеристик осіб, які здійснюють розкрадання у складі організованої групи (злочинної організації), дає змогу не лише розкрити мотивацію злочинної поведінки кожного зі

співучасників, а й виявити внутрішні механізми згуртованості та стійкості шахрайських груп.

Стан дослідження. Питання запобігання різним видам шахрайства досліджували у своїх працях С.І. Афанасенко, О.Г. Беліх, О.П. Бушан, В.О. Гацелюк, В.П. Головіна, О.М. Джужа, А.М. Єрмошенко, І.М. Зубач, О.М. Засць, О.Г. Колб, І.М. Копотун, П.М. Коваленко, В.В. Корнієнко, О.В. Кришевич, О.В. Курман, Л.М. Стрельбицька, О.В. Таран, І.М. Ткаченко, В.В. Черней, С.С. Чернявський, В.І. Шакур, В.Ю. Шепітько та ін.

Виклад основних положень. Як слушно зазначають Ю.Р. Орлова та О.М. Гусева, «будь-який злочин визначається в кінцевому підсумку історією попереднього життя злочинця, тими його особистісними рисами й якостями, які сформовані в процесі виховання і які в конкретній, часом дуже складній або конфліктній ситуації і визначають вибір суспільно небезпечного варіанта поведінки» [1, с. 19–23]. Саме ця поведінка є «не що інше, як реалізація зовні (об'єктивізація) певних боків, властивостей внутрішнього світу цієї особистості».

Кримінологічний портрет осіб, які вчинили шахрайські дії у складі організованої групи, може бути складений на основі чотирьох груп ознак: соціально-демографічних, до яких належать стать, вік, рівень освіти, зайнятість та ін.; соціально-рольових (громадянство, професія, сімейний стан); кримінально-правових (особливий службовий статус, що зумовлює шахрайство, наявність судимості); морально-психологічних якостей, що характеризують мотиваційне тло злочинної поведінки.

Розглянемо ці ознаки.

В основі соціально-демографічної характеристики особистості шахрая лежать його стать, вік, соціальне становище та ін. Взяті в сукупності, вони вказують на наявність певних відхилень у системі соціалізації шахраїв і є інформаційною основою для загальносоціальної та спеціально-кримінологічної профілактики розкрадань.

Стать. За даними статистики, більшість злочинів проти власності, зокрема й організоване шахрайство, скоюють чоловіки.

У період із 2000 по 2009 р. питома вага чоловіків, які здійснюють шахрайства у складі організованої групи, становила в середньому 61%, жінок – 39%. У 2010–2020 рр. було відзначено тенденцію до зниження частки жінок у загальному обсязі виявлених осіб, які вчинили шахрайство, до 35%. Це пов'язано не лише з негативною динамікою реєстрації організованого шахрайства, а й з активною державною політикою щодо підвищення рівня соціального благополуччя жінок.

У 2001 р. було ратифіковано Факультативний протокол до Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 6 жовтня 1999 р.) [2]. За даними експертів, поліпшення соціального становища жінок багато в чому зумовило зниження рівня їхньої кримінальної активності.

Аналізуючи судову практику, можна виявити зворотну функціональну залежність між корисливою злочинністю жінок та їх економічною активністю. Порівняння цих показників з аналогічними даними по чоловіках свідчить, що шахрайство, скоєне жінками, значно більшою мірою, ніж чоловіча злочинна поведінка, детермінована економічними чинниками: відсутністю постійного джерела доходу, безробіттям та ін.

Відносно невисокий показник кореляції між зайнятістю жінок і загальним рівнем їхньої злочинності підтверджує тренд збільшення частки насильницьких і корисливо-насильницьких злочинів, що відзначається кримінологами. А останні, як відомо, не перебувають у тісному причинному зв'язку з економічною активністю населення.

Значно рідше вони здійснюють шахрайство у сфері економічної діяльності. Так, їхня частка серед осіб, які вчинили шахрайство у сфері кредитування, становила в середньому 10%, із використанням платіжних карток – 8%, у сфері підприємницької діяльності – 11%, у сфері страхування – 5%, у сфері комп'ютерної інформації – 6%.

Опитування працівників слідчих органів дало змогу виявити залежність між гендерними характеристиками шахрайства та рівнем організованості злочинних груп. На думку експертів, 90% жінок, які здійснюють організоване шахрайство, є учасниками невеликих (69%) та середніх (21%) злочинних груп, і лише 10% перебували у злочинних спільнотах. Насамперед це пояснюється спрямованістю злочинної діяльності жінок на вчинення шахрайства у побутовій сфері, яка за своїм обсягом та способами вчинення виключає необхідність створення великих злочинних формувань.

Незважаючи на невисоку питому вагу жінок у структурі організованого шахрайства, відзначається збільшення їхньої частки серед організаторів злочинних груп. За даними А.А. Христюк, «питома вага жінок – керівників організованих злочинних формувань становить останніми роками приблизно 20% від загальної кількості жінок-учасників» [3, с.100].

Наприклад, на Полтавщині діяла група шахраїв-жінок, що продавали квартири з підробленими документами. Нині затримано та взято під варту одну з них, яка й обвинувачується в організації незаконного бізнесу з фіктивного продажу квартир. Прокуратурою було встановлено, що організована група, до складу якої входили троє жінок, шукали квартири, у яких тривалий час ніхто не проживав, та, використовуючи підроблені документи, незаконно їх продавали [4]. Зловмисницям удалося продати три квартири в м. Полтаві на загальну суму 40 тис. доларів США. Прокуратурою Полтавської області скеровано до суду для розгляду по суті обвинувальні акти стосовно останніх. Зважаючи на те, що організатор незаконного бізнесу переховувалася від правоохоронних органів, її було оголошено в розшук. Згодом обвинувачену було затримано у м. Полтаві та взято під варту. Дії обвинуваченої кваліфіковано за ч. 4 ст. 190 (шахрайство, що завдало шкоди потерпілому у великих розмірах, учинене в складі організованої групи), ч. 4 ст. 358 (використання завідомо підробленого документа), ч. 3

ст. 15, ч. 4 ст. 190, ч. 4 ст. 358 (незакінчений замах на заволодіння чужим майном шляхом обману (шахрайство), вчинене повторно, у складі організованої групи, а також використання завідомо підробленого документа) КК України. Тож зловмисниця загрожує позбавлення волі на строк до 12 років із конфіскацією майна. Правоохоронці ж закликають громадян бути пильними та перевіряти документацію, перш ніж перераховувати кошти невідомим особам [4].

Загалом проведений аналіз дав змогу встановити очевидне переважання чоловіків у структурі організованого шахрайства. Відзначається тенденція збільшення частки жінок, які здійснюють шахрайство у побутовій сфері, за скорочення їхньої частки у структурі економічного шахрайства, а також низький ступінь залучення жінок до діяльності злочинних угруповань.

Вік. Як зазначає Г.І. Забрянський, «крива віку» – одна з найстійкіших у кримінологічній характеристиці. Це визначається існуванням вікових етапів морального формування особистості, та головне, що для кожного вікового періоду характерний «свій» набір потреб, інтересів, мотивів та ціннісних орієнтацій» [5, с. 68].

Під час вивчення вікових груп осіб, які вчинили шахрайство у складі організованого злочинного формування, було встановлено, що переважна більшість шахраїв – це вікова група 18–40 років (близько 80%). Кожен третій злочинець був у віці від 30 до 39 років (30%), вікова група від 25 до 29 років становила 29%, особи віком від 18 до 24 років – 18%.

Кількість виявлених неповнолітніх шахраїв – членів організованих груп за досліджуваний період становила в середньому 3%. Це пояснюється тим, що для вчинення шахрайства потрібні певний рівень інтелектуального розвитку, наявність спеціальних знань, психологічна підготовка (здатність переконати, увійти в довіру) та інші якості, які, зі зрозумілих причин, неповнолітні мати не можуть [6, с. 162].

Окрім того, невисока частка неповнолітніх пояснюється складністю шахрайського способу розкрадання, а також тим, що шахрай може досягти успіху лише за наявності певної довіри до нього з боку потерпілого. Підлітку важче завоювати таку довіру, коли йдеться про майнові інтереси.

Освіта. Значною мірою соціальна цінність особистості визначається рівнем її освіти. Освіта впливає на формування життєвих установок, ціннісних орієнтацій, мотив та цілей діяльності, звичок, правил поведінки, способів реагування на конкретні життєві ситуації. Чим вищий освітній рівень індивіда, тим у нього рідше формуються антигромадські погляди, звички та спостерігається їх прояв зовні.

За даними аналізу кримінальних проваджень, 48% винних мають середню повну освіту, 29% – середню спеціальну, 12% – вищу, 7% – незакінчену вищу. Лише незначна кількість осіб мала неповну середню освіту (4%). Загалом проведене дослідження підтвердило відому кримінологічну тезу про те, що освіта та соціальний статус злочинця визначають складність та витонченість злочинної поведінки.

Аналіз матеріалів справ виявив тенденцію до поступової відмови організованих злочинних груп від скоєння шахрайства у побутовій сфері на користь високоінтелектуального розкрадання у сфері економіки. Цей тренд до певної міри зумовив високий інтелектуальний рівень злочинців.

За даними статистики, особи, які здійснюють шахрайство у складі організованої групи, за рівнем освіченості перебу-

вають на третьому місці після осіб, які вчиняють корупційні (49%) та економічні (22%) злочини.

До складу однієї з організованих груп, що здійснює шахрайські операції на ринку нерухомості, входили ріелтор, психолог та начальник відділу кредитування банку. Спеціальні пізнання цих осіб, наділені у форму спільної злочинної діяльності, дали змогу учасникам кримінального об'єднання вчинити низку розкрадань грошових коштів громадян шляхом обману та зловживання довірою [10].

Як показало вивчення матеріалів судових справ, для керівників та організаторів шахрайства характерний вищий порівняно з рядовими учасниками рівень освіти. За даними проведеного дослідження, 36% учасників та 49% керівників організованих груп мали вищу освіту. При цьому більшість із них спеціалізувалася на скоєнні шахрайства у сфері економіки.

Викладені вище дані дають змогу виявити таку закономірність: між кримінальною спеціалізацією шахрайських груп та рівнем освіти їхніх учасників є тісний взаємозв'язок. З одного боку, високий інтелектуальний рівень та хороша професійна підготовка співучасників сприяють розробленню складніших та безпечніших шахрайських схем переважно у сфері економіки. З іншого боку, поглиблення кримінальної спеціалізації зумовлює потребу залучення у сферу кримінального бізнесу високоосвічених фахівців.

Трудова зайнятість. Однією зі сполучних ланок між окремою особистістю та суспільством є трудова діяльність, у процесі якої людина відчуває на собі вплив відповідного соціального середовища і сама, своєю чергою, впливає на неї.

У ході дослідження встановлено, що 47% організованих шахраїв мали постійну роботу в різних сферах (від простих робітників до керівників підприємств), 10% мали випадкові роботи, 12% були студентами навчальних закладів. Варто зазначити, що кожен третій учасник організованого злочинного угруповання не працював.

Низька трудова зайнятість осіб, які займаються шахрайством у складі організованих груп (злочинних угруповань), підтверджує раніше висловлену тезу про активну трансформацію організованого шахрайства в одну з форм професійної злочинності.

Сімейний стан. На аналізований контингент злочинців поширюється загальний статистичний закон: зі збільшенням віку злочинців збільшується кількість осіб, які перебувають у шлюбі і мають дітей. Це говорить про досить високий рівень соціалізації шахраїв та відсутність таких ізолюючих чинників, як жорсткі правила злодійської субкультури.

Організовані групи, що займаються шахрайством, складаються переважно з місцевих жителів (90%), які проживають у великих містах.

Урбанізація (від лат. *urbanus* – міський) має особливе значення у розвитку організованого шахрайства. З одного боку, у містах концентруються грошові потоки, великий ризик віктимізації населення, що залучається до масштабних фінансових пірамід, та ін. З іншого – міська інфраструктура розширює можливості організованих груп із підбору своїх членів, пошуку коштів і розширення способів шахрайства.

Судимість. Аналізуючи статистику минулої судимості, можна зробити висновок, що кількість судимих шахраїв становить близько 29%, із них в ОГ – 7%. Як правило, дані особи раніше були засуджені за корисливі чи корисливо-насильницькі злочини.

Порівняно з іншими категоріями корисливих злочинців для шахраїв не характерна висока частка рецидивістів. Останні займаються переважно шахрайством у побутовій сфері. Що ж до злочинців, котрі займаються економічним шахрайством, лише 7% їх раніше були судимі.

Для організованих шахраїв, як і для шахраїв загалом, не характерне скоєння злочину у стані сп'яніння. І це закономірно, оскільки обман та зловживання довірою неможливо здійснити без постійного внутрішнього контролю за своєю поведінкою. Цікаво й те, що більше половини засуджених помірковано випивали або зовсім не вживали наркотики та спиртні напої.

Морально-психологічна характеристика дає змогу глибше зрозуміти внутрішній зміст особи шахрая. Насамперед ідеться про світоглядні та моральні риси злочинця: погляди, переконання, ціннісні орієнтації, життєві прагнення та очікування.

Морально-психологічні характеристики особистості організованого шахрая багато в чому залежать від ролі і місця, яке він займає в ієрархії злочинної групи. У цьому обґрунтованому уявляється диференційований аналіз морально-психологічних властивостей особистості керівників та рядових членів груп. Лідер, безперечно, є найбільш значущою фігурою злочинної групи. Він зазвичай виступає розробником стратегії і тактики скоєння злочинів, займається розподілом доходів, «регулює» взаємини у групі та ін.

На думку опитаних, йому притаманні вольові якості, швидкість прийняття рішення у складних ситуаціях. Лідер організованої групи шахрайської спрямованості творчо підходить до пошуку нових можливостей збагачення.

До основних якостей, властивих такому лідеру, належать підприємливість, рішучість, здатність впливати на людей, високий професійний рівень. Він владолюбний, має психологічний вплив на підлеглих і жертв. Як справедливо зазначила А.А. Христюк, його лідерські навички і вміння управляти іншими супроводжуються холодністю, блокуванням або обмеженням можливості суб'єктивного співпереживання [8, с. 100].

Проведене дослідження свідчить про те, що лідери та активні учасники кримінальної структури – це особи з установками, що сформувалися, на систематичне скоєння злочинів із метою досягнення максимально можливих доходів.

На відміну інших організованих злочинних формувань сучасні шахрайські групи рідко формуються з урахуванням колишнього знайомства, загального кримінального досвіду чи території проживання. В основу кадрової політики організованих груп економічної спрямованості закладаються, перш за все, професійні навички учасників групи та певні особисті якості, серед яких можна виділити здатність викликати довіру потерпілих (51% респондентів), корисливу спрямованість (27%), дисциплінованість (12%) та ін.

Виконавців організованого шахрайства відрізняють егоїзм, підвищена самооцінка, розважливості, самоконтроль та самовладання.

У результаті анкетування засуджених було встановлено, що домінуючими **мотивами** шахрайства, що здійснюється у складі організованих груп, є: постійна матеріальна потреба (35%), бажання збагатитися (20%), відсутність легального робочого місця (15%), віра у всюдозволеність (3%); прагнення самовираження (7%) та ін.

За даними опитування, на вчинення розкрадання шляхом обману чи зловживання довірою спонукає не лише бажання

отримати матеріальну вигоду. У літературі виділяється ігровий мотив. Він характерний для осіб, які вчиняють злочини в багатьох випадках не так заради матеріальної вигоди, як заради гострих відчуттів. Ці особи отримують психологічне задоволення від процесу злочинного діяння, що має для них самостійне значення [9, с. 64]. Частка таких шахраїв невелика і за результатами проведеного дослідження не перевищує 4%.

Таким чином, шахрайство у складі організованих груп здійснюють переважно особи зі стійкою асоціальною установкою, що виражається в орієнтації дій на отримання максимального прибутку та розгляді кримінальної діяльності як основного джерела доходу.

Серед індивідуальних психологічних властивостей кримінологія виділяє: винахідливий склад розуму, артистичний дар, комунікабельність, здатність справити враження, хитрість, спритність, енергійність, рішучість, дар переконання, що дає змогу шахраям зав'язувати досить тісні ділові відносини з незнайомими людьми, розташовувати їх до себе, входити в довіру; вміння планувати, продумувати всі деталі, працювати з інформацією та швидко реагувати на її зміну; адаптивність і гнучкість; схильність до ризику (гра пояснює тип особистості); знижену тривожність; високий самоконтроль, самовладання, терплячість тощо [10].

Водночас серед учасників організованих шахрайських груп зустрічаються особи, які наділені типовими якостями шахраїв, у тому числі програмісти, бухгалтери, особи, які забезпечують технічну підтримку, та ін. У низці випадків у сферу злочинної діяльності залучені особи, що чітко виконують певні функції й усвідомлюють злочинний характер діяльності загалом.

Так, один з опитаних нами засуджених в анкеті вказав, що до кінця був упевнений у тому, що не вчиняє злочину. В іншій ситуації на цьому місці може виявитися боржник, якого, зважаючи на його нездатність повернути борг, змушують брати участь у злочині, або маргінали, не здатні реально оцінювати те, що відбувається.

Окремо слід сказати про пособників та дотичних осіб, які безпосередньо не беруть участь у шахрайстві, але так чи інакше сприяють злочинній діяльності. До них можна віднести корумпованих посадових осіб правоохоронних та контролюючих органів, виробників підроблених документів та ін.

Таким чином, особа, яка здійснює шахрайство у складі організованої групи, – це переважно особа чоловічої статі у віці 25–40 років, яка проживає у великому місті, має певні професійні навички та високий рівень освіти. За характером установки та провідним мотивом кримінальної поведінки він є професійним корисливим злочинцем, орієнтованим на отримання максимально високого прибутку внаслідок систематичного скоєння шахрайства.

Література:

1. Орлова Ю.Р., Гусева О.М. Кримінологічні особливості особистості неповнолітніх жіночої статі, які вчинили корисливо-насильницькі злочини. *Юридична психологія*. 2008. № 4. С. 19–23.
2. Федеральний закон від 19 червня 2004 р. № 52-ФЗ «Про ратифікацію факультативного протоколу до конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок». *Відомості Верховної Ради РФ*. 2004. № 25. Ст. 2483.
3. Христюк А.А. Организованная преступность: современные тенденции и региональные особенности (по материалам

Восточной Сибири) : дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2008. 219 с.

4. У Полтаві судитимуть шахрайку, яка завдала збитків громадянам на 40 тис. доларів. *Новини Полтавщини*. URL: <http://np.pl.ua/2018/11/upoltavi-sudytymut-shakhrayku-iaaka-zavdala-zbytkiv-hromadianam-na-40-tys-dolariv/>.
5. Забрянский Г.И. Возрастные особенности городской и сельской преступности несовершеннолетних: сходство и различие. *Несовершеннолетние: их возрастные особенности и проблемы правовой ответственности*. Москва, 1992. 247 с.
6. Ямашкин С.В. Организованное мошенничество: уголовно-правовой и криминологический анализ : дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2010. 253 с.
7. Ветров Н.И. Криминологическая характеристика правонарушителей молодежного возраста. Москва, 1981. С. 43–44.
8. Єрмакова Є. Схеми обману над ринком житла. URL: http://www.moiplan.ru/view/view_1331.html.
9. Антонян Ю.М., Голубев В.П., Кудряков Ю.Н. Личность корыстного преступника. Томск, 1989. 160 с.
10. Жилкіна М.С. Страхове шахрайство: правова оцінка, практика виявлення та методи припинення. Москва : Волтерс-Клувер, 2005. 192 с.

Nedzelska H. Traditional criminological analysis of persons who committed fraudulent acts as part of an organized group

Summary. Fraud, being a structural part of crimes against property and crime in general, has a natural impact on the movement of crime in general and economic crime in particular. It is not a revelation that the growth of crime in all countries and in all spheres of human life is one of the essential characteristics of the current social situation. However, one of the most notable manifestations of the criminal deformation of the economy was the qualitative and quantitative transformation of fraud committed by organized groups. Under the influence of negative economic, social and political changes, it acquired new features and properties not studied by modern science: criminal professionalism, economic orientation, close corruption ties, and others. The penetration of organized fraud into the economy is accompanied by an increase in the profitability of the criminal business, the expansion of the number, a qualitative change in the composition of organized groups, including through the inclusion of highly qualified professionals.

This article analyzes the criminological characteristics of the identity of a criminal who commits fraud as part of an organized group. Although the concept of "identity of the offender" is conditional, this conditionality does not preclude a special study of such a person. This concept can be used in two meanings: as a generic concept that characterizes a certain type of people, and as a concept that contains an indication that it is a person who has committed a crime. The most important thing here is the features of this person and the specifics of his criminal behavior. It should always be remembered that the identity of the offender as a special social type of person is directly related to such a specific form of behavior as criminal behavior. It is qualitatively different in its social danger from any other form of social behavior. Personality as a "social person" can be seen as a kind of "window" that allows you to look at the circumstances that shaped this person, there is an opportunity to enter into social conditions that determine criminal behavior, determine the mechanism of such determination and the "contribution" to the crime by the individual.

Key words: Person, organized group, fraud, signs.

*Завидняк І. О.,**кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри кримінальної юстиції
Державного податкового університету*

УЧИНЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ ЗЛОЧИНІВ ШЛЯХОМ НЕЗАКОННИХ ОПЕРАЦІЙ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕПРАВОМІРНИМ ДОСТУПОМ ДО КОМП'ЮТЕРНОЇ МЕРЕЖІ

Анотація. У статті досліджено одну з груп способів учинення економічних транснаціональних злочинів із використанням комп'ютерних технологій, а саме незаконні операції, пов'язані з неправомірним доступом до комп'ютерної мережі. Зазначено, що однією з особливостей способів скоєння економічних транснаціональних злочинів із використанням сучасних комп'ютерних технологій є комплексний характер таких злочинів, тобто основний злочин спрямований проти нормальної економічної діяльності, а підпорядкований злочин – проти засобів комп'ютерної техніки.

Запропоновано таку класифікацію способів учинення неправомірного доступу до комп'ютерної мережі у світлі економічних транснаціональних злочинів: 1) учинення за допомогою комп'ютерних технологій і відповідної техніки економічних злочинів, включаючи злочини, спрямовані на незаконне привласнення або пошкодження самої цієї техніки; 2) незаконне отримання товарів та послуг; 3) несанкціоноване перехоплення інформації; 4) неправомірний доступ до комп'ютерної інформації суб'єктів господарювання та її розкрадання: посягання на комп'ютерну інформацію, що перебуває на одному із серверів глобальної комп'ютерної мережі; посягання на інформацію, що міститься в апаратних засобах некомп'ютерного типу; 5) розкрадання, пов'язані з переказом електронної готівки; 6) шахрайство у сфері електронної торгівлі та інвестування; 7) електронні способи легалізації злочинних доходів; 8) ухилення від оподаткування.

Акцентовано увагу на тому, що наведена класифікація способів неправомірного доступу до комп'ютерної мережі не є вичерпною, що пояснюється доволі стрімким розвитком інформаційної сфери та комп'ютерних технологій зокрема.

Свою чергою, перераховані способи неправомірного доступу до комп'ютерної мережі поділено на три групи залежно від форми контакту з комп'ютерною технікою, а саме: 1) способи безпосереднього впливу на комп'ютерну інформацію (здійснюються шляхом видачі відповідних команд із того комп'ютера, на якому інформація перебуває); 2) способи опосередкованого доступу до комп'ютера та інформації (проникнення в чужі інформаційні мережі, проникнення в комп'ютерну систему з використанням паролів, підключення до лінії зв'язку законного користувача й отримання тим самим доступу до його системи, використання шкідливих програм для віддаленого доступу до інформації); 3) змішані способи (здійснюються за допомогою і безпосереднього контакту, і віддаленого доступу до комп'ютерної мережі).

Зазначено, що в процесі розслідування економічних транснаціональних злочинів, учинених шляхом прове-

дення незаконних операцій, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, однією з проблем є виявлення слідів несанкціонованого втручання до комп'ютерних мереж та комп'ютерної інформації.

Ключові слова: економічні злочини транснаціонального характеру, способи вчинення злочинів, сучасні комп'ютерні технології, незаконні операції, неправомірний доступ до комп'ютерної мережі, розслідування злочинів, професійна підготовка злочинців.

Постановка проблеми. Під час розслідування злочинів будь-яких категорій особливо важливим є визначення їх способів учинення. Спосіб учинення злочину є однією з основних категорій як у науці кримінального права, так і в криміналістиці. Разом із тим, як справедливо відзначається в науковій літературі, криміналістичне розуміння способу вчинення злочину набагато ширше, ніж кримінально-правове, оскільки криміналістика покликана надати найбільш ефективні рекомендації щодо розкриття та розслідування злочинів, виявлення в кожному конкретному випадку слідів злочину, встановлення злочинців, забезпечення повноти розслідування та попередження злочинних дій.

Способи вчинення економічних транснаціональних злочинів, скоєних із використанням сучасних комп'ютерних технологій, мають велике значення для розслідування цих протиправних діянь, оскільки вони безпосередньо пов'язані з іншими елементами їх криміналістичної характеристики та відіграють важливу роль як джерело фактичної інформації, що має організаційне й тактичне значення в процесі розслідування та міжнародного співробітництва зокрема. У зв'язку із цим способам учинення економічних транснаціональних злочинів із використанням сучасних комп'ютерних технологій постійно приділяється увага вчених-криміналістів. Але, незважаючи на загальний інтерес до цієї категорії, існує багато розбіжностей у цьому питанні. Так, основні розбіжності стосуються структури та змісту способів учинення злочинів досліджуваної категорії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Структуру, зміст та сутність способів учинення економічних злочинів, скоєних із використанням сучасних комп'ютерних технологій, досліджували: В.М. Біленчук, В.Б. Вехов, В.О. Голубев, М.А.Зубань, В.М. Кичак, С.І. Ніколаюк, Д.Й. Никифорчук, Ю.В. Оніщик, Д.В. Пашнев, М.В. Салтевський, О.О. Семенова, О.В. Тихонова, В.О. Фінагеев. Але попри значне зацікавлення науковців проблематикою способів учинення економічних транснаціональних злочинів, скоєних із використанням

сучасних комп'ютерних технологій, єдиного розподілу способів учинення даної категорії злочинів на групи не існує.

Мета статті. Визначення сутності, особливостей та специфіки виявлення способів учинення незаконних операцій, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі; визначення класифікації способів учинення даної категорії економічних транснаціональних злочинів.

Виклад основного матеріалу. Способи вчинення економічних транснаціональних злочинів, скоєних із використанням сучасних комп'ютерних технологій, як окремий об'єкт дослідження є малодослідженою сферою криміналістичної методики, оскільки більшість авторів відокремлює способи вчинення економічних злочинів від способів учинення комп'ютерних злочинів. Також уважаємо, що класифікація способів учинення досліджуваних транснаціональних злочинів постійно потребує вдосконалення, тому що пов'язана з видозміною існуючих способів учинення таких протиправних дій відповідно до сучасного стану розвитку комп'ютерних технологій.

Уважаємо, що однією з найважливіших особливостей способів скоєння економічних транснаціональних злочинів із використанням сучасних комп'ютерних технологій є комплексний характер таких злочинів, який убагацьється у тому, що основний злочин спрямований проти нормальної економічної діяльності (такої, що відповідає інтересам держави, громадян, фінансів, торгівлі), а підпорядкований злочин – проти засобів комп'ютерної техніки. Тож особливості основного предмета злочинного посягання й зумовлюють відповідний спосіб учинення економічних транснаціональних злочинів, зокрема наявність у розпорядженні злочинців певного засобу комп'ютерної техніки.

Так, однією з груп способів учинення економічних транснаціональних злочинів із використанням комп'ютерних технологій, є незаконні операції, пов'язані з неправомірним доступом до комп'ютерної мережі.

У криміналістичній літературі виділяється безліч класифікацій способів учинення злочинів, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, комп'ютерної інформації зокрема, та пропонуються різноманітні підстави для їх виокремлення.

Проаналізувавши юридичну літературу та матеріали кримінальних проваджень, уважаємо, що більш ґрунтовною та повною є класифікація способів скоєння злочинів, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, В.Б. Вехова, яку також в основних аспектах підтримали П.Д. Біленчук, М.А. Зубань, В.О. Голубєв та В.С. Цимбалюк [1, с. 24–25].

Сам автор зазначає, що способи вчинення економічних злочинів, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, слід класифікувати за роллю комп'ютерної техніки в механізмі такого злочинного діяння: по-перше, коли комп'ютерна техніка виступає в ролі предмета посягання; по-друге, коли зазначена техніка виступає в ролі знаряддя й засобу вчинення злочину. Таким чином, стосовно даної групи діянь предметом посягання буде інформація, що міститься в комп'ютерній мережі, а знаряддям злочину виступає комп'ютерна техніка. Також учений справедливо вважає, що використання зазначених апаратних засобів може здійснюватися не тільки для несанкціонованого доступу, перехоплення і прослуховування, а й для зберігання злочинної інформації.

З огляду на специфіку цієї групи злочинів способи їх учинення умовно можна поділити на три групи, а саме: а) способи,

які застосовуються для отримання несанкціонованого доступу до інформації, що перебуває на машинних носіях інформації; б) способи, у яких комп'ютерна техніка і засоби комунікації використовуються як знаряддя і засоби вчинення злочину; в) способи, у яких застосовуються високотехнологічні пристрої з метою незаконного доступу до комп'ютерної інформації, її модифікації або блокування.

Зазначимо, що всі перераховані способи вчинення злочинів, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, можуть поєднуватися між собою в різноманітних варіаціях. Тому, незважаючи на різноманіття економічних транснаціональних злочинів, учинених із використанням комп'ютерних технологій, практично всі способи їх учинення мають свої індивідуальні ознаки.

Відповідно до цього, пропонуємо таку класифікацію способів учинення неправомірного доступу до комп'ютерної мережі у світлі економічних транснаціональних злочинів, учинених із використанням сучасних комп'ютерних технологій:

1) учинення за допомогою комп'ютерних технологій і відповідної техніки економічних злочинів, включаючи злочини, спрямовані на незаконне привласнення або пошкодження самої цієї техніки;

2) незаконне отримання товарів та послуг;

3) несанкціоноване перехоплення інформації;

4) неправомірний доступ до комп'ютерної інформації суб'єктів господарювання та її розкрадання: посягання на комп'ютерну інформацію, що перебуває на одному із серверів глобальної комп'ютерної мережі; посягання на інформацію, що міститься в апаратних засобах некомп'ютерного типу;

5) розкрадання, пов'язані з переказом електронної готівки;

6) шахрайство у сфері електронної торгівлі та інвестування;

7) електронні способи легалізації злочинних доходів;

8) ухилення від оподаткування.

Хочемо звернути увагу на те, що знищення, блокування, модифікація та копіювання комп'ютерної інформації не виключають здійснення певних самостійних дій, тобто коли несанкціонований доступ до інформації є не лише способом учинення злочину, а й коли ці дії є підготовчими до інших протиправних дій.

Наведена класифікація способів неправомірного доступу до комп'ютерної мережі не є вичерпною, що пояснюється доволі стрімким розвитком інформаційної сфери та комп'ютерних технологій зокрема.

У цілому перераховані способи неправомірного доступу до комп'ютерної мережі можна також поділити на три групи залежно від форми контакту з комп'ютерною технікою, а саме: способи безпосереднього впливу на комп'ютерну інформацію; способи опосередкованого (віддаленого) доступу до комп'ютера та інформації; змішані способи.

Спосіб безпосереднього впливу на комп'ютерну техніку та інформацію здійснюється шляхом видачі відповідних команд із того комп'ютера, на якому інформація перебуває. При цьому можливо проникнення в закриті зони приміщення, у яких провадиться обробка інформації [2, с. 693]. Застосовуючи такий спосіб неправомірного доступу до комп'ютерної мережі, сліди вчинення економічного транснаціонального злочину перебуватимуть тільки в комп'ютерній системі, у пам'яті якої зберігається інформація, яка є предметом протиправного посягання.

Безпосередній доступ до комп'ютерної техніки та інформації може здійснюватися як особами, що мають право доступу до засобів обчислювальної техніки, так й особами, які спеціально проникають у зони з обмеженнями щодо допуску.

Способи опосередкованого (віддаленого) доступу до комп'ютера та інформації, що в ньому зберігається, реалізуються через комп'ютерні мережі з іншого комп'ютера, який перебуває на певній відстані [3, с. 41]. Така група способів включає у себе:

- проникнення в чужі інформаційні мережі шляхом автоматичного перебору абонентських номерів із подальшим з'єднанням із певним комп'ютером (перебирання здійснюється доти, доки на протилежному кінці лінії не «відізнеться чужий» комп'ютер) [4, с. 93];

- проникнення в комп'ютерну систему з використанням паролів;

- підключення до лінії зв'язку законного користувача й отримання тим самим доступу до його системи;

- використання шкідливих програм для віддаленого доступу до інформації.

Такий спосіб віддаленого несанкціонованого доступу до комп'ютерної техніки та інформації як протиправний доступ до програмного та технічного захисту можна легко виявити, тому подібний «електронний злам» здійснюється з декількох робочих місць: у зазначений час декілька (більше десяти) персональних комп'ютерів одночасно роблять спробу несанкціонованого доступу. Це може призвести до того, що декілька «атакуючих» комп'ютерів відсікаються системою захисту, а інші – отримують потрібний доступ [4, с. 93].

Доволі цікавим способом віддаленого впливу на комп'ютерну техніку є протиправне проникнення в комп'ютерну систему з використанням чужих паролів. Застосовуючи такий спосіб, зловмисники здійснюють доступ до комп'ютерної системи, використовуючи логін і пароль користувача.

Виокремлюють три прийоми формування паролів, які найчастіше застосовують злочинці. Так, зловмисники можуть використовувати спеціальні технічні або програмні засоби для зчитування пароля; можуть застосовувати «інтелектуальний» підбір необхідного пароля, використовуючи наявні «словники» найпоширеніших паролів; можуть вводити в оману власника з метою схилити його до повідомлення пароля.

Такий спосіб віддаленого доступу до комп'ютерної системи та комп'ютерної інформації, як перехоплення, поділяється на безпосереднє та електромагнітне перехоплення.

Безпосереднє перехоплення здійснюється шляхом фізичного підключення до телекомунікаційного обладнання, каналів зв'язку, комп'ютерної системи законного користувача й одержання тим самим доступу до його системи [4, с. 95]. Використовуючи такий спосіб протиправного посягання, злочинець має можливість впливати на засоби комп'ютерної техніки у цілому, носіїв комп'ютерної інформації, систему санкціонування доступу до них, телекомунікаційне обладнання, канали зв'язку і на саму комп'ютерну інформацію. Безпосереднє підключення до каналу зв'язку здійснюється злочинцем за допомогою технічних засобів та спеціального обладнання, після чого вся інформація фіксується на матеріальному носії та переводиться у загальну форму будь-якими доступними програмними засобами [5, с. 45].

Електромагнітне перехоплення відбувається за допомогою сучасних технічних засобів, які дають змогу отримати інфор-

мацію, перебуваючи на достатній відстані від об'єкта перехоплення. Воно полягає у відновленні інформації, що розповсюджується за рахунок фізичних явищ, котрі виникають у процесі функціонування технічних засобів обробки інформації (телекомунікаційних каналів, центрального процесора, принтера) [5, с. 46].

Третьою групою способів неправомірного доступу до комп'ютерної мережі залежно від форми контакту з комп'ютерною технікою є змішаний спосіб учинення злочину, який може здійснюватися за допомогою і безпосереднього контакту, і віддаленого доступу до комп'ютерної мережі.

До змішаних способів можна віднести:

- а) несанкціоноване введення до чужої програми команд, за допомогою яких здійснюються нові, незаплановані функції, зберігаючи при цьому її працездатність (програма виконує копіювання файлів, але одночасно знищує дані про фінансову діяльність суб'єкта господарювання) [4, с. 96];

- б) протиправну зміну програм у результаті таємного розміщення в програмі набору команд, які спрацьовують за певних умов через будь-який час (як тільки програма незаконно перерахує грошові кошти на так званий підставний рахунок, вона самознищиться і знищить усю інформацію про цю операцію) [4, с. 96];

- в) здійснення протиправного доступу до баз даних законного користувача через слабкі місця в системах захисту. У разі їх виявлення з'являється можливість читати й аналізувати інформацію, що міститься в системі, копіювати її, повертатися до неї за необхідності [30, с. 97];

- г) використання помилок логіки побудови програми та знаходження «прогалин». При цьому програма «розривається», і до неї вводиться необхідна кількість певних команд, які допомагають їй здійснювати нові, незаплановані функції, одночасно зберігаючи при цьому її попередню працездатність. Таким чином, злочинці переказують кошти на підставні рахунки та отримують інформацію про нерухомість та персональні дані особи тощо [6, с. 17].

Як бачимо, під час виявлення, розкриття та розслідування економічних транснаціональних злочинів, учинених шляхом проведення незаконних операцій, пов'язаних із неправомірним доступом до комп'ютерної мережі, актуальною є проблема виявлення слідів несанкціонованого втручання до комп'ютерних мереж та комп'ютерної інформації. У зв'язку із цим під час розслідування таких злочинів особливо важливим є виявлення не лише фізичних слідів, а й нетрадиційних слідів комп'ютерних злочинів, які несуть необхідну доказову інформацію.

Висновки. Ураховуючи вищевикладене, зауважимо, що вчинення економічних транснаціональних злочинів, скоєних із використанням сучасних комп'ютерних технологій, неможливе без ретельної попередньої підготовки до вчинення злочину, вивчення обстановки, створення передумов для його вчинення та приховування слідів злочину.

Особливістю початкового етапу цієї категорії злочинів є невразливість від переслідування правоохоронних органів, служб безпеки та фінансової розвідки, оскільки такий етап злочинної діяльності зазвичай маскується під правовідносини за участю суб'єктів господарювання, правомірні дії громадян або ж виконання своїх обов'язків працівниками банку [7, с. 74].

Також важливим елементом у процесі вчинення економічних транснаціональних злочинів даної категорії є рівень

професійної підготовки злочинців, а саме: навички у підробці документів, навички у застосуванні комп'ютерних та інформаційних технологій, знання в економічній, фінансово-кредитній або податковій сферах [8, с. 181].

Література:

1. Біленчук П.Д., Зубань М.А. Комп'ютерні злочини: соціально-правові і кримінологічно-криміналістичні аспекти : навчальний посібник. Київ : Українська академія внутрішніх справ, 1994. 72 с.
2. Справочник следователя / В.Н. Григорьев, А.В. Победкин, В.Н. Яшин, Ю.В. Гаврилин. Москва : ЭКСМО, 2008. 752 с.
3. Козак Н.С. Криміналістичні прийоми, способи і засоби виявлення, розкриття та розслідування комп'ютерних злочинів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Ірпінь, 2011. 229 с.
4. Голубев В.О. Розслідування комп'ютерних злочинів : монографія. Запоріжжя : ЗІДМУ, 2003. 296 с.
5. Пашнев Д.В. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених із застосуванням комп'ютерних технологій : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2007. 228 с.
6. Протиція злочинам, що вчиняються у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж : науково-практичний посібник / С.І. Ніколаюк, Д.Й. Никифорчук, О.В. Тихонова, С.В. Шутенко та ін. Київ : КНТ, 2007. 196 с.
7. Фінагеев В.О. Способи вчинення злочинів, пов'язаних із використанням засобів доступу до банківських рахунків. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2016. № 1(98). С. 63–82.
8. Завидняк І.О. Особливості криміналістичної характеристики економічних транснаціональних злочинів, вчинених із використанням сучасних комп'ютерних технологій. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2021. № 3. С. 178–183.

Zavydnyak I. Committing economic transnational crimes through illegal operations involving unauthorized access to a computer network

Summary. The article explores one of the groups of methods for committing economic transnational crimes using computer technologies, namely: illegal operations associated with illegal access to a computer network. It is noted that one of the features of the methods of committing economic transnational crimes using modern computer technologies is the complex nature of such crimes, that is, the main crime is

directed against normal economic activity, and the subordinate crime is directed against computer equipment.

The following classification of ways of committing illegal access to a computer network in the light of economic transnational crimes is proposed: 1) commission of economic crimes using computer technologies and related equipment, including crimes aimed at misappropriation or damage to this equipment itself; 2) illegal receipt of goods and services; 3) unauthorized interception of information; 4) illegal access to computer information of business entities and its theft: encroachment on computer information located on one of the servers of the global computer network; infringement of information contained in non-computer type hardware; 5) theft associated with the transfer of electronic cash; 6) fraud in the field of electronic commerce and investment; 7) electronic methods of money laundering; 8) tax evasion.

Emphasis is placed on the fact that the classification of methods of unauthorized access to the computer network is not exhaustive, due to the rather rapid development of the information sphere and computer technology in particular.

In turn, these methods of unauthorized access to the computer network are divided into three groups depending on the form of contact with computer technology, namely: 1) ways to directly influence computer information by issuing appropriate commands from that computer. the user on which the information is located); 2) methods of indirect (remote) access to computers and information (intrusion into other people's information networks, intrusion into a computer system using passwords, connecting to a legitimate user's communication line and thus gaining access to his system, use of malicious programs for remote access to information); 3) mixed methods (carried out by direct contact and remote access to a computer network).

It is noted that in the process of investigating economic transnational crimes committed through illegal operations related to illegal access to the computer network, one of the problems is the problem of identifying traces of unauthorized interference with computer networks and computer information.

Key words: economic crimes of a transnational nature, methods of committing crimes, modern computer technology, illegal operations, illegal access to a computer network, investigation of crimes, professional training of criminals.

Сердюк В. П.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри галузевого права та загальноправових дисциплін
Інституту права та суспільних відносин
Закладу вищої освіти «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»*

Сердюк Є. В.,

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри галузевого права та загальноправових дисциплін
Інституту права та суспільних відносин
Закладу вищої освіти «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»*

Терещенко А. Л.,

*кандидат юридичних наук,
професор кафедри галузевого права та загальноправових дисциплін,
директор
Інституту права та суспільних відносин
Закладу вищої освіти «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»*

Фаст О. О.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри галузевого права та загальноправових дисциплін
Інституту права та суспільних відносин
Закладу вищої освіти «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»*

ПРОБЛЕМИ ВЖИВАННЯ ПОНЯТТЯ «ТРАНСПОРТНОЇ ПОДІЇ»

Анотація. Статтю присвячено дослідженню понятійного апарату «транспортна подія» і «транспортна пригода», які використовуються у кримінальному провадженні окремо або одночасно, що викликає дискусії у теорії і практиці.

Здійснено дослідження законодавства, нормативних актів, судової практики, проведення судових транспортних експертиз за відповідними подіями, що врегульовує наявний в Україні авіаційний, залізничний, автомобільний, морський, річковий транспорт із метою використання ними поняття «транспортна подія» чи «пригода».

Встановлено, що законодавче вживання поняття «транспортна пригода» разом із поняттям «транспортна подія» свідчить про відсутність єдиного і системного законодавчого підходу до закріплення цих понятійних термінів. Отже, законодавець створює негативні правові протиріччя, наслідками яких є вживання різних понятійних термінів до одного кримінально-правового явища, що тягне за собою процесуальні проблеми під час їх використання досудовим розслідуванням (дизнанням і слідством) судового провадження з указаних категорій справ.

Доведено, що поняття «транспортна пригода» з'явилося від невдалого перекладу російського слова «происшествие» із подвійним значенням події і пригоди українською мовою. Така ситуація свідчить про відсутність єдиного наукового підходу і наявність протиріччя у самому законодавстві щодо врегулювання використання неоднакових за ознаками понятійних термінів.

Зокрема, згідно з перекладачем системи сервісу Google українською мовою слово «происшествие» перекладається як «пригода», англійською – як «incident», а слово

«пригода» перекладається як «adventure», що російською означає «приключення».

Доведено, що задля створення єдиного понятійного апарату у кримінальній юстиції щодо справ із захисту безпеки транспортного руху необхідно змінити поняття «пригода» на поняття «подія». Це дозволить уникнути плутанини під час використання термінів, які характеризують це явище у кримінальній юриспруденції щодо безпеки транспорту.

Запропоновано доведену вище необхідність уживання слова «подія» замість слова «пригода» у транспортних кримінальних правопорушеннях увести до вказаних законних і підзаконних актів та використовувати їх у теорії і практиці. Це відобразить більш точно ознаки та суть цього терміну під час його вживання, встановить єдність термінології, унормує цей термін, що є важливим для кримінального процесуального доказування правопорушень у сфері безпеки руху та експлуатації транспорту.

Ключові слова: поняття «транспортна подія», «транспортна пригода», ознаки понятійного апарату, необхідність єдиної термінології у кримінальній юстиції.

Постановка проблеми. Аналіз теорії, судової і слідчої практики України свідчать про те, що в законах України, які регулюють транспортні кримінально – правові та процесуальні відносини, у підзаконних актах цього ж напрямку (Постанови Кабміну, інструкції, правила, які є суміжними із законами про врегулювання транспортного руху), крім закріплення поняття «транспортна подія», вживається поняття «транспортна пригода». Така неоднозначність свідчить про відсутність єдиного

і системного законодавчого підходу до закріплення цих понятійних термінів. Отже, законодавець створює негативні правові протиріччя, наслідками яких є вживання різних понятійних термінів до одного кримінально-правового явища, що тягне за собою процесуальні проблеми під час їх використання та досудового розслідування органами дізнання і слідства, а також судового провадження з указаних категорій справ.

На думку авторів, таке становище є наслідком відсутності наукових теоретичних досліджень із цього приводу, в яких би науковці могли запропонувати вилучення не потрібних для науки і практики дискусій.

Аналіз останніх наукових досліджень. Дослідженню проблем понятійного апарату транспортних кримінально-правових подій приділяли увагу такі науковці, як М. І. Панов, В. Д. Мисливий, В. В. Топчій, В. М. Батюк, К. О. Чаплинський, В. В. Галунько та інші. Зазначені науковці вивчали цю проблему у загальних рисах та залишили поза увагою ознаки суміжних понять «подія» і «пригода», що вживались у законодавчих і підзаконних актах із часів Радянського Союзу. Не проводилось узагальнення використання цих понять у вітчизняному законодавстві, зокрема у кримінально-правових нормативних актах. Не ставилося питання про впровадження у кримінальній юриспруденції єдиної термінології щодо правопорушень на транспорті.

Мета роботи – дослідження причин появи і вживання у вітчизняній фундаментальній кримінальній юриспруденції терміну «транспортна пригода» поруч із терміном «транспортна подія»; здійснення порівняльного аналізу сучасного стану цього питання у вітчизняних фундаментальних і суміжних законах про відповідний транспортний рух, а також у підзаконних актах і судовій практиці; розроблення пропозиції єдиного терміну, ознаки якого відповідатимуть його юридичному навантаженню, потрібному для вживання у кримінальному процесуальному праві.

Це уможливить вирішення наявних колізій у тлумаченні вказаних суміжних понятійних категорій, підвищить їхню зрозумілість, ефективність під час кримінальних проваджень із транспортних кримінальних правопорушень.

Виклад матеріалу.

Досліджуючи чинний Кримінальний кодекс України, зокрема відповідну главу про кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту, автори не виявили використання терміну «транспортна подія» чи «подія». У загальних положеннях цього кодексу стаття 67 ч.1 п.11 цей термін уживається щодо вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій, що може мати відношення і до кримінальних правопорушень на транспорті [1, с. 27].

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс, урегульовуючи досудове слідство та судові провадження із кримінальних правопорушень, використовує лише термін «подія». Як визначено статтею 214 ч. 3 КПК України, у невідкладних випадках до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань може бути проведений огляд місця події (відомості вносяться невідкладно після завершення огляду) [2, с. 120].

Сучасна історія розвитку кримінального процесуального законодавства України підтверджує, що у ньому відбувалося законодавче закріплення поняття «місця події», а не «місця пригоди». Зокрема, ст. 190 ч. 2 КПК України 1960 року вживала

термін «подія» у такому вигляді: «...у невідкладних випадках огляд місця події може бути проведений до порушення кримінальної справи. У цих випадках за наявності для того підстав кримінальна справа порушується негайно після огляду місця події [3, с. 97].

Такий самий підхід до вживання цього поняття можна прослідкувати у підзаконному акті №33-5 від 01.08.75 р. Інструкція про проведення судових автотехнічних експертиз в експертних установах системи Міністерства юстиції Української РСР у п. 9. закріплювала, що об'єктами дослідження експерта-автотехніка є: автотранспорт, міський електротранспорт, трактори та інші самохідні механізми, які брали участь у дорожньо-транспортній події, а також місце дорожньо-транспортної події без уживання поняття «автотранспортна пригода» [4, с. 85].

У давньому кримінальному процесуальному законі «Устав кримінального судочинства» від 20.11.1864 р. терміна «подія» нами не виявлено [5, с. 1].

Одним із сучасних законодавчих актів галузевого напрямку, який регулює повітряний рух, є Повітряний кодекс України (далі Закон).

Згідно зі ст.1 ч.1 п.4 цього Закону авіаційна подія – це подія, пов'язана з експлуатацією повітряного судна, що відбувається: у разі пілотованого повітряного судна у проміжок часу між посадкою будь-якої особи на борт повітряного судна з метою здійснити політ та часом, коли всі особи, які перебували на борту, залишили повітряне судно; у разі безпілотного повітряного судна з часу, коли повітряне судно готує рушити з місця для виконання польоту, до часу його зупинки після завершення польоту та вимкнення головної силової установки, під час якої настали наслідки, що включають ознаки п. 48 цього Закону. Інцидент – це подія, крім авіаційної події, пов'язана з експлуатацією повітряного судна, що впливає або може вплинути на рівень безпеки його експлуатації. За п. 49 цього Закону катастрофа – це авіаційна подія із людськими жертвами, що призвела до загибелі або зникнення безвісти когось із пасажирів, членів екіпажу або третіх осіб, а також у разі отримання ними тілесних ушкоджень зі смертельним наслідком [6, с. 1].

Відповідно до ст. 1. п.1 Закону України «Про внутрішній водний транспорт» аварійна подія – це подія або послідовність подій, які сталися під час експлуатації судна чи через експлуатацію, що призвела чи могла призвести до загибелі або зникнення людини із судна, заподіяння шкоди здоров'ю людини, загибелі, затоплення, пошкодження судна, залишення судна екіпажем, втрати судном судноплавного стану, посадки судна на мілину, пошкодження гідротехнічних споруд внутрішніх водних шляхів, забруднення навколишнього природного середовища [7, с. 1].

Отже, законодавець у суміжних галузевих актах (Повітряному кодексі та Законі України «Про внутрішній водний транспорт») визначає лише поняття «подія» без поняття «пригода».

Можна стверджувати, що теорія і практика, підтримуючи системність законодавства та посилаючись на основні фундаментальні закони кримінального напрямку, мають урахувати це положення і вживати термін «подія» у кримінальній та суміжній законодавчій і підзаконній базі нормативних актів циклу транспортного врегулювання в Україні.

Аналізуючи один із загальних законів України – Закон «Про транспорт», який має відношення до різних видів транспорту нашої держави (автомобільного, авіаційного, водного,

трубопроводного і т. д.), в одній нормі ст. 16-2 ч.1 неодноразово закріплює поняття «пригода», оминаючи поняття «подія». Наприклад, центральний орган виконавчої влади, який забезпечує реалізацію державної політики з питань безпеки на наземному транспорті, веде облік і здійснює аналіз причин катастроф, аварій, дорожньо-транспортних пригод на автомобільному, міському електричному, залізничному транспорті; розробляє профілактичні заходи щодо запобігання виникненню катастроф, аварій, дорожньо-транспортних пригод на автомобільному, міському електричному, залізничному транспорті та контролює їх виконання; проводить технічне розслідування дорожньо-транспортних пригод, катастроф, аварій, подій на автомобільному, міському електричному, залізничному транспорті [8. с.1].

Законодавець прямо вказує органу виконавчої влади, нормотворчому органу, яке поняття («пригода» чи «подія») слід уживати під час унормування галузевого транспортного руху.

На думку авторів, одним із перших галузевих законів, який запровадив поняття «транспортна пригода» у законотворчу, наукову, експертну, практичну діяльність, є Закон України «Про дорожній рух» від 28 січня 1993 року.

Згідно зі ст. 4 ч. 1 цього Закону до компетенції Кабінету Міністрів України у сфері дорожнього руху належить:

- затвердження методики визначення економічних втрат через загибель або поранення (травмування) людей унаслідок дорожньо-транспортних пригод;

- організація і здійснення заходів зі своєчасного забезпечення потерпілих унаслідок дорожньо-транспортних пригод екстреною медичною допомогою прямо на місці події та їх транспортування для надання подальшої медичної допомоги до відповідних закладів охорони здоров'я;

- контроль за виявленням дорожньо-транспортних пригод і впровадженням заходів у місцях їх концентрації, на аварійно-небезпечних ділянках вулиць, доріг, залізничних переїздах [9. с.1].

На підставі цих законів створювалися чинні Правила дорожнього руху, які також широко вживають термін «дорожньо-транспортна пригода» та визначають, що це подія, котра сталася під час руху транспортного засобу, внаслідок якої загинули або поранені люди чи завдані матеріальні збитки [10. с.1, п.1.10].

Навпаки, сучасна чинна інструкція про проведення експертиз та експертних досліджень вживає поняття «пригода». Зокрема, згідно із п. 1.1.1. зареєстрованої у Міністерстві юстиції України 03.11.98 р. за № 705/3145 Інструкції про призначення і проведення судових експертиз та експертних досліджень, а також Науково-методичних рекомендацій із питань підготовки і призначення судових експертиз та експертних досліджень основними завданнями автотехнічної експертизи є: встановлення несправностей транспортного засобу (далі – ТЗ), які загрожували безпеці руху, причин їх утворення та часу виникнення (до дорожньо-транспортної пригоди (далі – ДТП) чи внаслідок неї або після неї), можливості виявлення несправності звичайними застосованими методами контролю за технічним станом ТЗ; визначення механізму впливу несправності на виникнення і розвитку пригоди [11, с.1].

Відповідно до п.3.3. цієї інструкції у документі про призначення залізнично-транспортної експертизи (залучення експерта) зазначаються фактичні дії учасників залізнично-транспортної пригоди [11, с.1].

Тобто вживане у підзаконному нормативному акті тлумачиться через юридично значущий термін «подія». Але теорія і практика використовують це протиріччя, не вникаючи в їхню суть.

Аналіз 35 вироків районних ухвал апеляційних судів м. Києва протягом 2007-2020 років засвідчив, що у 100% випадках судді вживають вираз «транспортна пригода» та одночасно термін «огляд місця дорожньо-транспортної пригоди», упускаючи термін «подія», законодавча системність якого нами визначена вище [12, с.1].

Очевидними є протиріччя із фундаментальними галузевими кодексами кримінального циклу (кримінальним і кримінально-процесуальним). Це також протирічить і міжнародним правовим документам. Зокрема, термін «авіаційна подія» вживається у Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень (дата набрання чинності для України – 06.05.2009 р.). Згідно зі ст. 28 про попередні виплати у випадку авіаційної події, яка спричинила загибель або ушкодження пасажирів, перевізник, якщо це передбачено національним законодавством, негайно проводить попередні виплати фізичній особі чи особам, які мають право вимагати компенсацію,

для задоволення невідкладних економічних потреб таких осіб [13. с.1].

Тому виникає необхідність проведення додаткового аналізу сучасного стану наукових досліджень законодавчого використання поняття «транспортні події» і «транспортної пригоди» у кримінальному провадженні України із дослідженнями його історичного розвитку з метою глибшої систематизації.

Задля визначення основних ознак понятійних термінів «транспортна подія» і «транспортна пригода» ми звернулися до енциклопедій. Згідно з даними народної енциклопедії (вікіпедії) пригода – це непередбачений, несподіваний випадок у житті; подія, що трапилася під час подорожі, мандрівки, часто пов'язана з ризиком; нещасливий випадок [13, с.1].

Укладачі цієї енциклопедії в ознаку неюридичного терміну вкладають термін, який відображає ознаки юриспруденції, – «подія». Таку ж саму ознаку вкладає у цей термін Академічний тлумачний словник (1970-1980): «пригода» – це те, що трапилось (часто непередбачене, несподіване); подія, випадок; події, які трапляються під час подорожей, мандрівок і часто пов'язані з ризиком [14, с.1].

Тобто тлумачний словник поєднує ознаки цих термінів і чітко не розмежовує їх.

Згідно із визначенням Юридичної енциклопедії, подія – це один із видів юридичних фактів, з якими закон пов'язує виникнення правовідносин. До події відносять природні явища, що відбуваються поза волею людини (повінь, землетрус, народження, смерть тощо). [15, с.1].

Отже, кримінально-правова подія є юридичним фактом, пов'язаним із волею людини через форму вини. Пригода, яка має ознаку юридичного факту, є подією.

На нашу думку, поняття «транспортна пригода» виникло із невдалого перекладу російського слова «происшествие» із подвійним значенням події і пригоди українською мовою. Така ситуація створює плутанину, відсутність єдиного наукового підходу і протиріччя у самому законодавстві щодо врегулювання використання неоднакових за ознаками понятійних термінів. Згідно з перекладачем системи сервісу Google слово «происшествие» українською мовою перекладається як «при-

года», англійською – як «incident», а слово «приключення» українською мовою перекладається так само – «пригода», англійською – «adventure» [16, с.1].

Із цього приводу відомий науковець М. І. Панов писав: «... зміст усякого поняття, як відомо, утворює сукупність основних істотних ознак предмета, який мислиться у понятті. Тому, якщо додержуватися згаданих суджень, то, мабуть, треба дійти висновку про те, що кожна із названих наук може визнавати істотними різні ознаки». А також він зазначає: «розробляючи «свої» поняття, кожна з наук юридичного блоку з'ясовує сутність відповідних явищ об'єктивного світу (предмет науки) і фіксує їх у поняттях. Таким чином, обсяг і зміст понять цих наук у кінцевому підсумку визначаються явищами об'єктивного світу, що входять до предмета тієї чи іншої науки. Із цього положення випливає, що якщо та чи інша наука, яка належить до певного блоку юридичних наук, залучає у свій понятійний апарат поняття суміжних наук (які не належать до класу «міждисциплінарних» понять, розроблених фундаментальними науками), то ними слід користуватися як даними і виходити водночас із того обсягу і змісту (особливо якщо ці поняття перетворилися на «легальні»), яке вкладають у ці поняття відповідні прикладні науки. Інше рішення суперечило б логіці наукового аналізу, ускладнювало б можливість дослідження проблем, що вирішуються кожною з наук, які входять до того чи іншого блоку юридичних наук [17, с.1].

Отже, вивчення чинних та минулих кримінально-правових і кримінально-процесуальних джерел, аналіз законодавчої вітчизняної практики із врегулювання транспортного руху, зарубіжного досвіду кримінального процесуального законодавства дає підстави зробити висновок про те, що визначення поняття «подія» потребує обов'язкового закріплення у законі та може бути корисним для теорії із метою створення правової та процесуальної основи розвитку понятійного інституту «транспортної події».

Задля встановлення єдності, однозначності понятійного апарату матеріального і процесуального права, посилення ефективності поняття «транспортна подія» ми пропонуємо запозичити законодавчий вітчизняний досвід Кодексів України «Про повітряний рух» і «Про водний транспорт», змінити наявне поняття «транспортна подія» на термін «транспортна подія» у законних і підзаконних актах, які регулюють транспортний рух, і пов'язаних з ними законодавчих актах із урегулювання транспортного руху в Україні.

Висновки. Доведено, що задля створення єдиного понятійного апарату у кримінальній юстиції щодо справ із захисту безпеки транспортного руху існує необхідність зміни поняття «пригода» на поняття «подія». Це виключить протиріччя під час використання терміну, який характеризує одне явище у кримінальній юриспруденції щодо безпеки транспорту.

Пропозиції. Ми пропонуємо замінити у зазначених вище Законах та підзаконних актах про кримінальні правопорушення на транспорті термін «пригода» на термін «подія», що призведе до однозначності використання цього терміну у теорії та юридичній практиці. Це виключить різні підходи до тлумачення положень низки норм матеріального і процесуального права. Це відобразить точніше ознаки та суть понятійного апарату цього терміну під час його живання, встановить однаковість термінології, унормує цей термін, який є важливим для кримінального процесуального доказування правопорушень у сфері безпеки руху та експлуатації транспорту.

Література:

1. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2001. № 25-26, ст.131. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>. ст. ст. 276-292, ст.67 ч.1 п. 11.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012р. // *Відомості Верховної Ради України*. 2012. №13, ст.88, із змінами, внесеними згідно із Законом № 2147-VIII від 22.03.2018р. Ст.436.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960р. *Відомості Верховної Ради України*. 1960. №1001-05. Втратив свою чинність на підставі Кодексу № 4651 – VI від 13.04.2012 р. С. 97.
4. Інструкція №33-5 від 01.008.75 року про проведення судових автотехнічних експертиз в експертних установах системи Міністерства юстиції Української РСР. Електронний ресурс. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v33_5323-75#Text с.1
5. «Устав кримінального судочинства» від 20. 11.1864 року. Книга 1. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/3137/>, с.1.
6. Повітряний кодекс України, прийнятий 19.05.2011, редакція від 18.12.2017 № 3393-VI. *Відомості Верховної Ради України*. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2011. № 48–49. Ст. 536.
7. Закон України «Про внутрішній водний транспорт», прийнятий від 3.12.2020 року. Документ 1054-IX, чинний з 1.01.22 року. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1054-20#Text> с.1.
8. Закон України "Про транспорт"№232/94-ВР. 10 листопада 1994 року. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1994. № 51, ст.446. С.1.
9. Закон України «Про дорожній рух» від 28 січня 1993 року. Документ 3353-XII, чинний, поточна редакція від 24.11.2021, підстава – 1150-IX. С.1 Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3353-12#Text>. С.1
10. Правила дорожнього руху Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 року №1306 Документ 1306-2001-п, чинний, поточна редакція від 01.11.2021. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-%D0%BF#Text>. С.1
11. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень від 3.11.98 року за № 705/3145 Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text>. С.1
12. Єдиний державний реєстр судових рішень України. Поняття Транспортної події. Транспортної пригоди. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82241067>, с.1
13. Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень. Дата підписання 28.05.1999 р., дата набрання чинності для України через приєднання 06.05.2009 року. Електронний ресурс. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_594#Text с.1
14. Тлумачний словник української мови, словник .ua. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.slovnyk.ua/index.php?swtd=усунення>, с.1.
15. Вікіпедія – значення слова «пригода». Електронний ресурс. Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/> С.1
16. Академічний тлумачний словник (1970-1980). Значення слова «пригода». Електронний ресурс. Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/pryghoda> С.1
17. Юридична енциклопедія: В 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 1998. ISBN 966-7492-00-1. Слово «подія» Електронний ресурс. Режим доступу: <https://leksika.com.ua/legal/> с.1
18. Панов М. І. Проблеми формування понятійного апарату юридичної науки: методологічні аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2003. С. Стр.54, 67.

**Serdyuk V., Serdyuk E., Tereshchenko A., Fast O.
Problems of the concept of "transport event"**

Summary. The article is devoted to the study of the conceptual apparatus of "traffic accident" and "traffic accident" which are used in criminal proceedings either separately or simultaneously, which provokes discussions in theory and practice.

A study of legislation, regulations, judicial practice, forensic transport expertise on relevant events, which regulates existing in Ukraine: air, rail, road, sea, river transport in order to use the concept of "transport event" or "accident".

It is established that the legislative use of the concept of "traffic accident", along with the concept of "transport event" indicates the lack of a single, systematic legislative approach to the consolidation of these conceptual terms. Thus, the legislator creates negative legal contradictions which result in the use of different conceptual terms to one criminal law phenomenon which entails procedural problems during their use by pre-trial investigation (inquiry and investigation) of court proceedings in these categories of cases.

It is proved that the concept of "traffic accident" came from an unsuccessful translation of the Russian word "incident" with a double meaning of the event and adventure in the Ukrainian language. This situation introduces the lack of a unified

scientific approach and the presence of contradictions in the legislation itself to regulate the use of not identical in conceptual terms.

Thus, according to a translator from the Google service system, in Ukrainian "incident" is translated as adventure, and in English as "incident", and adventure is translated as adventure, which in Russian translates as "adventure".

It is proved that in order to create a single conceptual apparatus in criminal justice in matters of traffic safety protection, it is necessary to change the concept of "accident" to the concept of "event". This will eliminate confusion when using terms that describe one phenomenon in criminal law regarding transport safety.

It is suggested that the above-mentioned need to use the word "event" instead of the word "adventure" in transport criminal offenses and introduce them into these laws and regulations, which will be necessary to use them in theory and practice. This will more accurately reflect the features and essence of the conceptual apparatus of this term in its use. Establish uniformity of terminology, standardize this term, which is important for criminal procedural proof of offenses in the field of traffic safety and transport operation.

Key words: the concept of "transport event", "traffic accident", the features of the conceptual apparatus, the need for common terminology in criminal justice.

*Твердохліб В. М.,**аспірант**Національного наукового центру**«Інститут судових експертиз імені Заслуженого професора М. С. Бокаріуса»**Міністерства юстиції України*

ІНСТИТУТ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ТА МОЖЛИВОСТІ ЙОГО ВИКОРИСТАННЯ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ ВИБУХОВИХ ПРИСТРОЇВ

Анотація. У статті розглянуто місце та роль інституту спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв. Відмінна особливість злочинів зазначеної категорії полягає у настанні значних суспільно небезпечних наслідків, одночасно пов'язаних як із загибеллю і тяжкими пораненнями людей, так і зі значною матеріальною шкодою у вигляді руйнувань та пошкоджень будівель, споруд, інших об'єктів від дії уражуючих факторів вибуху. Акцентовано увагу на особливій ролі інституту спеціальних знань обізнаних осіб для сучасної слідчої практики у кримінальних провадженнях цієї категорії, що пов'язується насамперед із необхідністю встановлення самої природи вибуху, технічних та організаційно-технічних причин його виникнення, а також різних за природою і походженням речовин, їх залежністю від внутрішніх і зовнішніх чинників, великим різноманіттям і значною варіацією конструкцій вибухових пристроїв саморобного або промислового виготовлення, що використовуються злочинцями як знаряддя тих чи інших злочинів. Основна проблема для сучасної слідчої та експертної практики полягає у встановленні причин та умов виникнення вибухів, які можуть здійснюватись із метою вчинення терористичних актів, диверсій, убивств, хуліганства, а також для злочину сейфів під час крадіжок, приховування слідів інших злочинів тощо. Відзначено, що недоліки використання знань спеціаліста на початковому етапі розслідування, особливо під час огляду місця вибуху, тягнуть за собою неефективне використання знань експерта на наступних етапах та врешті-решт призводять до втрати можливостей всебічного встановлення всіх обставин злочинної події та отримання потрібної доказової інформації у кримінальному провадженні. У цьому аспекті наголошено на суттєвому значенні оптимізації практики протидії і стримування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв, неможливої без серйозного підвищення ефективності використання суб'єктом доказування наявних експертних методик, їх узагальнення і систематизації у світлі сучасних досягнень науково-технічного прогресу, а також розроблення і впровадження новітніх засобів та методів вирішення технічних завдань, які дозволять значно розширити можливості слідчого у встановленні та поясненні тих чи інших обставин злочинної події, у дослідженні прихованих властивостей явищ і процесів, збиранні та оцінці доказів для розв'язання процесуальних завдань, а також із метою з'ясування відомостей довідкового та орієнтуючого характеру для прийняття у кримінальному провадженні обґрунтованих організаційно-тактичних рішень.

Ключові слова: протидія, досудове розслідування, спеціальні знання, боєприпаси, вибухові речовини, вибухові пристрої, судові експертизи.

Постановка проблеми. Як свідчить аналіз слідчої практики, працівники правоохоронних органів під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв, стикаються зі значними труднощами, особливо на початковому етапі розслідування. Насамперед це обумовлюється необхідністю встановлення самої природи вибуху, технічних та організаційно-технічних причин його виникнення, а також різних за природою і походженням речовин, їх залежністю від внутрішніх та зовнішніх чинників, великим різноманіттям і значною варіацією конструкцій вибухових пристроїв саморобного або промислового виготовлення, що використовуються злочинцями як знаряддя тих чи інших злочинів. Основна проблема для сучасної слідчої та експертної практики полягає в установленні причин та умов виникнення вибухів, які, у свою чергу, можуть здійснюватись із метою вчинення терористичних актів, диверсій, вбивств, хуліганства, а також для злочину сейфів під час крадіжок, приховування слідів інших злочинів тощо. В умовах неочевидності не виключено на початковому етапі розслідування є і версія щодо недотримання службовими або іншими особами встановлених правил поведінки з вибуховими речовинами, вимог до влаштування та утримання електрообладнання у вибухонебезпечних зонах, що спричинило настання аварійного вибуху на об'єктах промисловості, транспорту або комунального господарства, тобто нещасного випадку.

Через триваючий збройний конфлікт на сході нашої країни, погіршення загальної криміногенної обстановки у державі та інші фонові явища, котрі посилюють несприятливий вплив на забезпечення громадської безпеки і громадського порядку (наркотизація, алкоголізація, нелегальна міграція, наявність великої кількості зброї у населення тощо), все більшої актуальності у боротьбі зі злочинністю набувають питання, пов'язані із насправді дієвою протидією злочинам, пов'язаним із застосуванням вибухових пристроїв. Тож необхідною умовою ефективної діяльності правоохоронних органів у цьому напрямку є високий рівень науково-методичного забезпечення кримінального судочинства, повною мірою відповідного сучасним запитам правозастосовчої практики, що набуває особливого значення у сучасних умовах розвитку новітніх науково-техніч-

них досягнень і розроблення інноваційних експертних технологій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у дослідження різних аспектів перспектив розвитку криміналістичної методики розслідування злочинів, а також проблемних питань залучення кваліфікованих осіб до кримінального провадження здійснили такі відомі науковці, як Т.В. Авер'янова, Р.С. Белкін, А.І. Вінберг, І.О. Возгрін, А.Ф. Волобуєв, М.В. Даньшин, Л.Я. Драпкін, В.М. Карагодін, О.Н. Колесніченко, В.О. Коновалова, Н.П. Майліс, М.В. Салтєвський, М.Я. Сегай, М.О. Селіванов, Р.Л. Степанюк, В.В. Тищенко, С.А. Шейфер, В.Ю. Шепітько, Р.М. Шехавцов, В.І. Шиканов, О.Р. Шляхов, М.Г. Щербаковський, М.П. Яблоков та інші. Проблемні питання розслідування окремих категорій злочинів, пов'язаних із вибухами, загрозою вибухів або виявленням вибухових пристроїв, досліджували такі вітчизняні науковці, як О.А. Буханченко [1], С.Г. Луценко [2], Л.Я. Матвійчук [3], М.А. Погорєцький [4], Г.В. Прихоров-Лукін [5], Ю.П. Приходько [6] та інші.

Водночас проблемні аспекти використання спеціальних знань у цій категорії кримінальних правопорушень знайшли, на жаль, лише часткове відображення і не враховують сучасних завдань і можливостей інституту спеціальних знань обізнаних осіб в умовах ефективної протидії аналізованим злочинам. Наявні методики дослідження об'єктів вибуху потребують удосконалення.

Водночас оптимізація практики протидії та стримування сучасної злочинності неможлива без серйозного підвищення ефективності використання суб'єктом доказування наявних експертних методик, їх узагальнення і систематизації у світлі сучасних досягнень науково-технічного прогресу, а також розроблення і впровадження новітніх засобів та методів вирішення технічних завдань, які дозволять значно розширити можливості слідчого у збиранні та оцінці доказів учиненого кримінального правопорушення, у дослідженні прихованих властивостей і взаємозв'язків об'єктів.

Постановка завдання. Метою роботи є дослідження ролі інституту спеціальних знань у розкритті та розслідуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв і загрозою вибухів.

Виклад основного матеріалу. З огляду на специфіку кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв і загрозою вибухів, першорядне значення відводиться спеціальним знанням, які використовуються з метою пізнання сутності аналізованих об'єктів у кримінальному судочинстві, дослідження їхніх прихованих властивостей, а також формування відповідної доказової бази. Ще відомий науковець, основоположник криміналістичної науки Ганс Гросс наголошував на визначальній ролі спеціальних знань у встановленні об'єктивної істини під час проведення такої слідчої (розшукової) дії, як огляд місця події під час розслідування вбивств, підпалів, вибухів [7, с. 157].

Дослідження генезису інституту спеціальних знань у кримінальному судочинстві показало, що його становлення відбувалося протягом досить тривалого періоду та пов'язано насамперед із закономірним розвитком техніки і технологій під час поступового накопичення наукових знань у відповідній галузі. Зокрема, розвиток фізики, хімії, біології та природознавства, широке застосування експериментальних досліджень

призводить до появи низки нових судових експертиз, формування нових методів досліджень і, як наслідок, подальшого розвитку інституту судових експертиз, становлення дослідної науки, створення наукових товариств і лабораторій. Упровадження методів фотографії, дактилоскопії, застосування новітніх технічних засобів як у разі виїзду на місце злочинів, так і під час дослідження речових доказів сприяє зростанню рівня проведення судових експертиз. Окрім того, узагальненню експертної практики з окремих напрямків експертних досліджень сприяє публікація методик дослідження, обмін досвідом і знаннями, систематизація виробництва експертних досліджень [8, с. 158–163].

Уперше визначення поняття «спеціальні знання» у науковій літературі сформулював О.О. Ейсман у 1973 році. Він уважав, що спеціальні знання – це знання, котрі не є загальнодоступними, загальновідомими та не мають масового поширення, тобто це ті знання, якими володіє обмежене коло фахівців, які мають відповідну професійну підготовку [9, с. 91]. Пізніше науковці спробували деталізувати і доповнити запропоноване науковцем визначення. Наприклад, М.В. Салтєвський під спеціальними знаннями розумів набуті знання, вміння, навички, які постійно вдосконалюються та використовуються у будь-якій галузі людської діяльності, отримані під час спеціальної освіти, досвіду і практичної діяльності (за винятком професійних знань осіб, які здійснюють розслідування), потрібні для швидкого і повного розкриття та розслідування кримінального правопорушення, а також розгляду справи у суді [10, с. 184]. Водночас він слушно наголошував, що знання, котрими володіє спеціаліст, були отримані ним під час професійного навчання і є певною сукупністю, що характеризує його як спеціаліста, зокрема, юриста, лікаря, інженера тощо. Тому, на його думку, називати їх спеціальними для особи, яка ними володіє, не можна, оскільки їхнє використання є його професійним обов'язком. Тому вони є спеціальними тільки для тих, у кого інша професія. Отже, знання виступають спеціальними тільки відносно інших знань, відмінних за змістом [11, с. 397].

Отже, спеціальні знання – це теоретичні знання і практичні навички, вміння обізнаної особи у відповідній галузі людської діяльності (науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо) разом із її професійним досвідом і спеціальною підготовкою, що використовуються слідчим у непрякій, опосередкованій формі під час досудового розслідування з метою отримання кваліфікованої допомоги у встановленні та поясненні тих чи інших обставин злочинної події, дослідженні прихованих властивостей явищ і процесів, збиранні та оцінці доказів для розв'язання процесуальних завдань, а також із метою з'ясування відомостей довідкового та орієнтуючого характеру для прийняття у кримінальному провадженні обґрунтованих організаційно-тактичних рішень.

Слід зазначити, що практика застосування спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв, передбачає використання спеціальних знань обізнаних осіб різного профілю, якими насамперед можуть бути також спеціалісти у галузі вибухотехніки, протипожежної безпеки, судової медицини, криміналістичної техніки, радіоелектроніки, інші фахівці з урахуванням виду і способу вчиненого кримінального правопорушення. Зокрема, за допомогою професійної допомоги обізнаних осіб, застосування сучасних судово-експертних техно-

логій та методів слідчий у межах відповідних процесуальних та непроцесуальних форм використання спеціальних знань може вирішити низку тактичних завдань, які постають під час досудового розслідування, зокрема спрямованих на встановлення характеру події, що сталася, причин та умов виникнення вибуху, категорії бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв, способу їх виготовлення і вражаючих факторів, виявлення залишків вибухових речовин на наданих металевих уламках та інших об'єктах, слідів термічного і вогневого впливу, з'ясування причинно-наслідкового зв'язку між перебуванням потерпілого на місці скоєння кримінального правопорушення та наявними у нього хворобливими явищами тощо.

У багатьох випадках обов'язковою умовою настання кримінальної відповідальності є не лише технічна оцінка пристрою та речовини, які були використані, але і конструктивний стан їхніх компонентів у складі такого виробу. Саме призначення для ураження цілей, а також наявність заряду вибухової речовини і конструктивна призначеність до вибуху може вказувати на цільове призначення вилученого об'єкта. Окремі елементи вибухового пристрою різним чином впливають на предмети оточуючої обстановки місця події, які несуть на собі сліди вибуху. Вилучення та аналіз слідової інформації за участю фахівців у галузі вибухотехніки дозволяють на місці події визначити епіцентр вибуху як місця найбільш інтенсивних руйнувань, установити локальні деформації та вплив на оточуючу обстановку повітряної ударної хвилі, а також зробити попередню оцінку обставин вибуху і припущення щодо виду та маси вибухової речовини, що вибухнула, її вибухових властивостей. Окрім спеціалістів-вибухотехніків, до огляду місця події можуть залучатись і фахівці кінологічних підрозділів зі службово-розшуковими собаками, спеціалісти-криміналісти, військові сапери, представники аварійно-рятувальних і протипожежних служб, спеціалісти з кіно-, відео- і фотозйомок, інші фахівці.

Найпоширенішою і кваліфікованою формою використання спеціальних знань у кримінальних провадженнях аналізованої категорії є призначення судової вибухо-технічної експертизи, в межах якої вирішується низка складних завдань, які потребують застосування спеціальних знань у галузі хімії і технології вибухових речовин, конструкції та дії вибухових пристроїв, а також використання професійного лабораторного обладнання, більш глибоких методів експертного дослідження і відповідних судово-експертних технологій. За допомогою зазначеного експертного дослідження встановлюють насамперед природу вибуху, спосіб виготовлення і конструкційні характеристики вибухових пристроїв або засобів, які їх імітують, спосіб їх ініціювання та механізм дії; визначають рід (групу) вибухових речовин, їхню масу та вражаючі властивості. На підставі результатів судової експертизи цього виду встановлюють придатність об'єкта, наданого для дослідження, до вибуху у конкретних умовах; підтверджують належність окремих фрагментів та елементів, вилучених із місця події, до єдиного вибухового механізму; встановлюють наявність або відсутність професійних знань і навичок у вибуховій справі за ознаками, що відобразилися на певних матеріальних носіях.

До можливостей зазначеної судової експертизи входить вирішення таких основних питань: 1) чи є конкретні об'єкти, знайдені на місці події, частинами вибухового виробу або одиниці босприпасів; 2) які вражаючі властивості підірваного вибухового пристрою та яка маса і тротиловий еквівалент

підірваного заряду; 3) до якого типу належить засіб підірвання та яким був спосіб підризу цього виробу; 4) чи була реальна небезпека для життя і здоров'я людей, які у момент вибуху перебували на визначеній відстані від епіцентру вибуху; 5) чи могло вказаних умовах (транспортування, нагрівання тощо) відбутися спрацювання вибухового пристрою або боєприпасу; 6) чи володів виробник досліджуваного вибухового пристрою (або його частин) професійними навичками і спеціальними знаннями у певній галузі, пов'язаній із виробництвом і застосуванням вибухових речовин та виробів; 7) якщо у вибуховому пристрої використано електричну схему, то який її принцип роботи, яке призначення та сфера її застосування, чи придатна вона для забезпечення спрацювання вибухового пристрою тощо.

Відзначимо, що нами розглянуто лише частину напрямів використання спеціальних знань у кримінальних провадженнях цієї категорії. Поряд із зазначеним видом експертних досліджень залежно від конкретного виду злочину та обставин, що підлягають з'ясуванню, слідчим можуть також призначатись інші види судових експертиз, зокрема судово-психологічні (у випадках, коли потрібно визначити стан емоційної сфери підозрюваного у момент учинення злочинних дій; мотиви, якими він керувався; індивідуально-психологічні особливості, котрі істотно вплинули на його поведінку у досліджуваній ситуації); судово-медичні (з метою встановлення характеру і кількості травмуючих впливів на тілі потерпілого, збору інформації щодо способу вчиненого вбивства за характером спричинених ран, порівняння біологічних і генетичних матеріалів, вилучених під час огляду місця події на поверхні тих чи інших засобів учинення злочину, з аналогічними матеріалами, що належать підозрюваному); судово-лінгвістичні (якщо виникає необхідність перевірки змісту аудіо- або відеозапису, отриманих під час досудового розслідування, за ознаками екстремізму, відношення до певної релігії, виявлення смислової спрямованості мовлення підозрюваного тощо). Крім того, суттєве значення у кримінальних провадженнях цієї категорії відіграють інші форми використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві, такі як залучення спеціаліста до проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій із метою отримання консультацій; допомога у застосуванні технічних засобів; одержання письмових пояснень від спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної процесуальної дії; проведення попереднього дослідження; використання автоматизованих пошуково-довідкових систем та інші форми.

Висновки. Тож ми бачимо, що можливості інституту спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв, є достатніми для вирішення всіх можливих питань, необхідних для всебічного і повного з'ясування обставин та умов учинення зазначених злочинів. Водночас використання слідчим кваліфікованої допомоги обізнаних осіб під час розслідування зазначених злочинів може бути високоефективним лише в умовах комплексного характеру такого використання. Недоліки використання знань спеціаліста на початковому етапі розслідування, особливо під час огляду місця вибуху, тягнуть за собою неефективне використання знань експерта на наступних етапах та врешті-решт призводять до втрати можливостей всебічного встановлення всіх обставин злочинної події та отримання потрібної доказової інформації у кримінальному провадженні.

Отже, саме криміналістична наука, що знаходиться на передовій у протидії злочинності, повинна забезпечити правоохоронні органи засобами і прийомами стримування злочинів цього виду, остаточно заповнивши цю наявну для слідчої практики прогалину.

Література:

1. Буханченко О. А. Особливості огляду місця кримінального вибуху за участю спеціаліста-вибухотехніка: автореф. дис... канд. юр. наук : спец. УДК 343.98.06:3 "№ 22'2009". Київ, 2010. 18 с.
2. Луценко С.Г. Особливості використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв та вибухових речовин. Київ, 2018. 113 с.
3. Матвійчук Л.Я. Розслідування злочинів, пов'язаних із застосуванням вибухових пристроїв. Тернопіль, 2017. 116 с.
4. Погорецький М. А., Ленко М. О., Сергєєва Д. Б. Процесуальні та криміналістичні засади початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених з використанням саморобного вибухового пристрою: монографія. За ред. проф. М. А. Погорецького. Київ: Алерта, 2014. 300 с.
5. Прихоров-Лукін Г.В. Методика комплексного дослідження вибухових пристроїв, вибухових речовин і слідів вибуху. Київ: Еліт-Прінт, 2011. 216 с.
6. Приходько Ю.П. Техніко-криміналістичне забезпечення розслідування злочинів, пов'язаних з кримінальними вибухами: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. 273 с.
7. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. Москва, 2002. 1088 с.
8. Неретина Н.С. От научных лабораторий к судебно-криминалистическим. Развитие судебной экспертизы в XVIII-XIX вв. *Актуальные проблемы российского права*. 2015. № 2 (51). С. 158–164.
9. Эйсман А. А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование). Москва: Юридическая литература, 1967. 152 с.
10. Салтевський М. В. Криміналістика (у сучасному вигляді): підручник. Київ: Кондор, 2005. 586 с.
11. Салтевський М. В. Криміналістика (у сучасному вигляді): підручник. Київ: Кондор, 2008. 588 с.

Tverdokhlib V. Institute of special knowledge and possibilities of its use in the investigation of criminal offenses related to the use of explosive devices

Summary. The article considers the place and role of the institute of special knowledge in the investigation

of criminal offenses related to the use of explosive devices. A distinctive feature of this category of crimes is the occurrence of significant socially dangerous consequences, both associated with death and serious injury, and significant material damage in the form of destruction and damage to buildings, structures and other objects from the impact of explosions. Emphasis is placed on the special role of the institute of special knowledge of knowledgeable persons for modern investigative practice in criminal proceedings of this category, which is associated primarily with the need to establish the nature of the explosion, technical and organizational reasons for its occurrence, and different nature and origin of substances. their dependence on internal and external factors, the great variety and considerable variation of designs of explosive devices of self-made or industrial production used by criminals as tools of these or those crimes. The main problem for modern investigative and expert practice is to establish the causes and conditions of explosions, which, in turn, can be carried out to commit terrorist acts, sabotage, murder, hooliganism, as well as breaking burglary safes, hiding traces of other crimes and more. It is noted that shortcomings in the use of expert knowledge at the initial stage of the investigation, especially during the inspection of the explosion, lead to inefficient use of expert knowledge in the subsequent stages and ultimately lead to loss of ability to establish all the circumstances of the crime. conducting. In this aspect, it is important to optimize the practice of combating and deterring criminal offenses related to the use of explosive devices, which is impossible without a serious increase in the effectiveness of the subject of evidence of existing expert methods, their generalization and systematization in the light of modern scientific and technological progress. , as well as the development and implementation of new tools and methods of solving technical problems that will significantly expand the investigator's ability to establish and explain certain circumstances of a criminal event, study the hidden properties of phenomena and processes, collecting and evaluating evidence to solve procedural problems, and also in order to clarify information of a reference and indicative nature for the adoption of reasonable organizational and tactical decisions in criminal proceedings.

Key words: counteraction, pre-trial investigation, special knowledge, ammunition, explosives, explosive devices, forensic examinations.

*Коваль О. І.,**аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

СУТНІСТЬ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. Статтю присвячено аналізу сутності та правових основ здійснення міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.

Міжнародна правова допомога під час проведення процесуальних дій являє собою важливу форму здійснення співробітництва у кримінальному провадженні. Здійснюючи досудове розслідування кримінального провадження, не завжди можливо досягти виконання його завдання, забезпечити розумні строки його здійснення, отримати належні та допустимі докази без залучення можливостей міжнародних інстанцій, тому виникає необхідність у запитуванні національними органами міжнародної правової допомоги у компетентного органу іноземної держави.

Відзначено, що налагоджене та всебічно врегульоване міжнародне співробітництво з компетентними органами іноземних держав у кримінальному судочинстві позитивно позначається не лише на процесуальній діяльності уповноважених осіб, а й на вдосконаленні основних принципів міжнародного права на державному рівні, забезпеченні та утвердженні верховенства права, законності та правопорядку, а найголовніше – сприяє додержанню прав та законних інтересів людини.

Наголошено на тому, що порядок надання міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій урегульовано нормами Кримінального процесуального кодексу України та численними міжнародними договорами. Разом із цим звернено увагу, що така допомога надається на підставі міжнародного договору, а за його відсутності – на засадах взаємності.

Відомо, що Україна є стороною багатьох міжнародних договорів, у яких закріплено не лише обов'язок держав-учасниць щодо захисту основоположних прав, свобод та інтересів людини, а й сформовано основні засади та умови здійснення міжнародного співробітництва у кримінальному процесі.

Окрему увагу приділено зобов'язанням за міжнародними договорами, укладеними Українською Радянською Соціалістичною Республікою у складі Союзу Радянських Соціалістичних Республік. Відзначається, що, підтвердивши їх, Україна продовжила здійснювати тісну співпрацю з державами-учасниками, оскільки всі укладені угоди становили спільний інтерес для них.

Звернено увагу на те, що розширення обсягу правового регулювання надання міжнародної правової допомоги у новому Кримінальному процесуальному кодексі України, прийнятому 13 квітня 2012 р., та приведення його норм у відповідність до міжнародних стандартів є тим необхідним дієвим засобом, за допомогою якого не лише виконуються завдання кримінального провадження, а й забезпечуються законність, верховенство права та правопорядок у державі.

Ключові слова: кримінальне судочинство, міжнародне співробітництво, правові основи, міжнародний договір, процесуальні дії, компетентний орган іноземної держави.

Вступ. Міжнародна правова допомога під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні набуває все більшого значення.

Значне зростання міжнародного спілкування між Україною та іноземними державами, приєднання до багатьох багатосторонніх договорів, а також підписання великої кількості двосторонніх договорів про правову допомогу, зокрема у кримінальних справах, мають наслідком приведення норм національного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів із метою здійснення налагодженої співпраці з компетентними органами.

Мета статті – дослідити сутність та правові основи здійснення міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.

Дослідження та публікації. Питанню дослідження міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні присвятили наукові праці та публікації такі вчені, як Л. Удалова, О. Омельченко, В. Рожнова, Д. Письменний, Д. Савицький, А. Форостяний, Ю. Черноус, А. Антонюк, В. Зуев, С. Перепьолкін, А. Підгородинська, С. Смирнов та ін.

Виклад основного матеріалу. Міжнародна правова допомога під час проведення процесуальних дій являє собою чи не найбільш значущу за своєю суттю форму здійснення співробітництва у кримінальному провадженні, а тому є фундаментальною для інших її видів. Проте, здійснюючи досудове розслідування кримінального провадження, не завжди можливо досягти виконання його завдання щодо «захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура» [1] без залучення можливостей міжнародних інстанцій.

Як відомо особа, яку підозрюють у вчиненні кримінального правопорушення, може переховуватися від органів правосуддя за кордоном, місце проживання можуть змінити потерпіла особа або свідки, збирання речових доказів може відбуватися як на території України, так і за її межами, або ж виникне

необхідність у врученні процесуальних документів. Усе це має наслідком залучення національними уповноваженими суб'єктами до співпраці компетентних органів іноземних держав, і навпаки.

Отже, з метою виконання завдання кримінального провадження, забезпечення розумних строків його здійснення, отримання належних та допустимих доказів виникає необхідність у запитуванні міжнародної правової допомоги у компетентного органу іноземної держави.

Порядок її здійснення врегульовано не лише у нормах національного законодавства, а й у численних міжнародних договорах. З огляду на багатоманітну нормативно-правову базу регулювання міжнародної правової діяльності, необхідно зазначити, що їхні норми охоплюють важливі та ключові питання її здійснення.

Відомо, що на території України порядок кримінального провадження визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України, яке складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) та інших законів України [1].

Беззаперечно, основу для здійснення міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні становить Конституція України, яка має найвищу юридичну силу [2], а тому норми кримінального процесуального законодавства «приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй» [2].

Варто відзначити, що норми Основного закону містять положення щодо чинних міжнародних договорів, які після ратифікації Верховною Радою України стають частиною національного законодавства України, щодо здійснення зовнішньополітичної діяльності шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальноновизнаними принципами і нормами міжнародного права, а одним із проявів демократичного міжнародного спілкування є закріплення права іноземців та осіб без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуватися тими самими правами і свободами, а також нести такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України [2].

Із вищеведеного слідує, що міжнародні договори України, які ратифіковано Верховною Радою України, мають більшу юридичну силу, ніж Кримінальний процесуальний кодекс України, та забезпечують утвердження не лише загальноновизнаних прав людини та її інтересів, а й цілей, завдань і принципів для здійснення належної співпраці між країнами.

Від моменту проголошення 24 серпня 1991 р. Україною незалежності нею підписано, а Верховною Радою України ратифіковано велику кількість як багатосторонніх, так і двосторонніх міжнародних договорів, які регулюють правові відносини у різних сферах діяльності.

Однак що ж являє собою міжнародний договір, який є фундаментальною юридичною базою надання міжнародної правової допомоги?

Так, характеризуючи поняття міжнародного договору, В.П. Марчук слушно відзначає, що це – угода між двома або кількома державами чи іншими суб'єктами міжнародного права, що встановлює їхні взаємні права й обов'язки в політичних, економічних чи інших відносинах [3, с. 28].

Дійсно, домовленість між країнами про взаємні права та обов'язки за своєю правовою природою і становлять ядро поняття договору, оскільки саме їм належить керівна роль у врегулюванні спільних правил поведінки. Тим більше за їх відсутності априорі не можна було б говорити про досягнення згоди на укладення міжнародного договору.

Водночас заслуговує на увагу думка А.В. Войціховського, який зазначає, що міжнародний договір виступає одним із видів домовленостей, за допомогою яких держави висловлюють своє ставлення до окремих проблем міжнародного права або виражають нові норми, якими вони керуватимуться у своїх діях на міжнародній арені [4, с. 57].

Аналізуючи вищеведене, доходимо висновку, що перед укладенням договорів держави-учасниці ведуть домовленості про спільне регулювання певних відносин, вирішують протиріччя, обмінюються зауваженнями, доповненнями, а потім уже йде безпосереднє закріплення досягнутих домовленостей у нормах договорів. І саме знаходження консенсусу між іноземними країнами у регулюванні міждержавних відносин під час здійснення співробітництва є прикладом «важливості значення розвитку в галузі надання установами юстиції правової допомоги у цивільних, сімейних і кримінальних справах» [5].

Разом із цим необхідно відзначити, що поняття міжнародного договору (угоди) закріплено і в численних джерелах права.

Так, приєднуючись 14.04.1986 до Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969, Українська Радянська Соціалістична Республіка (далі – УРСР) з учасницями домовилася про те, що положення Конвенції застосовуються до договорів між державами, які, відповідно до положення ст. 2, є міжнародними угодами, укладеними між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування [6], а їх важливість зумовлена тим, що «вони є засобом розвитку мирного співробітництва між націями незалежно від відмінностей в їхньому державному і суспільному ладі» [6].

Водночас неможливо оминати визначення поняття міжнародного договору, закріпленого Законом України «Про міжнародні договори». Стаття 2 Закону визначає міжнародний договір України як укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) [7].

Доходимо висновку, що, по-перше, закріплення у міжнародних договорах порядку надання міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій є напроцуд важливим, ефективним та дієвим засобом досягнення спільних домовленостей держав-учасниць у врегулюванні процедурних питань, пов'язаних із виконанням запитів.

По-друге, правом укладення міжнародного договору в першу чергу наділений Президент України, який є главою держави і виступає від її імені, є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина [2], а потім уже – уповноважені на те інші суб'єкти в особі державних орга-

нів відповідно до повноважень, передбачених законом або «за дорученням Президента – від імені України» [7].

Виходячи з наведеного, міжнародний договір можна охарактеризувати як угоду, укладену між державами в особі їх глав чи іншими уповноваженими законом суб'єктами, яким урегулюються їхні права та обов'язки під час вирішення питань у різних сферах діяльності держави.

Окремої уваги заслуговує ступінь важливості міжнародних договорів серед інших джерел кримінального процесуального законодавства. Для процесу значущими є не лише «спеціальні» угоди, якими врегульовано процедуру здійснення окремих форм міжнародного співробітництва, зокрема щодо надання правової допомоги під час проведення процесуальних дій, першійняття кримінального провадження, екстрадиції, виконання вироків суду іноземних держав на території України, а насамперед «загальні», у яких закріплено та проголошено верховенство демократичного комплексу прав та свобод людини.

Саме їх прийняття заклало основи для подальшого розвитку міжнародних норм у напрямі виокремлення та закріплення окремих форм здійснення співробітництва.

Беззаперечно, для міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій у кримінальному процесі важливу роль відіграють багатосторонні міжнародні договори, адже саме в них врегульовано процедуру її надання, яка є спільною та прийнятною для держав-учасниць, які її підписали та ратифікували. Так, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [8], Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. [6], Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. [5] та ін., а також двосторонні договори про правову допомогу та правові відносини у цивільних, кримінальних, сімейних справах із багатьма іноземними державами визначають основні засади та умови здійснення міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні.

Варто також відзначити, що на формування та розвиток договірних зобов'язань України з іноземними державами вплинуло міжнародне співробітництво Української Радянської Соціалістичної Республіки.

Так, після проголошення незалежності Україна продовжує здійснювати співпрацю з іноземними державами, «підтвердивши свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності, та є правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР (далі – СРСР), які не суперечать Конституції України та інтересам республіки» [9].

Важливою подією для подальшого формування міжнародного співробітництва між державами – учасницями Співдружності Незалежних Держав стало підписання 06 липня 1992 р. «Меморандуму про взаєморозуміння з питань правонаступництва щодо договорів колишнього СРСР, які представляють взаємний інтерес» (далі – Меморандум) [10].

Держави-учасниці домовилися про те, що практично всі багатосторонні міжнародні договори колишнього СРСР представляють спільний інтерес для держав – учасниць Співдружності. Окрім цього, положення Меморандуму дали змогу врегульовувати питання, пов'язані з правонаступництвом, шляхом проведення консультацій між заінтересованими державами та не позбавили кожную державу-учасницю можливості само-

стійно приймати рішення щодо своєї участі за умови, що ці рішення відповідатимуть загальноприйнятим принципам і нормам міжнародного права [10].

Із наведеного слідує, що Україна застосовує міжнародні договори колишнього СРСР відповідно до свого законодавства, але це не позбавляє її права домовлятися з відповідною державою про інше регулювання чи про інший порядок учинення дій.

Необхідно зазначити також про інший спосіб надання міжнародної правової допомоги. Так, у ст. 544 КПК України передбачено, що за відсутності міжнародного договору України міжнародна правова допомога чи інше співробітництво може бути надано на підставі запиту іншої держави чи запитано на засадах взаємності. Розглянути такий запит уповноважений (центральний) орган України може лише за наявності письмової гарантії запитуючої сторони прийняти і розглянути в майбутньому запит України на тих самих засадах [1].

Із вищенаведеного слідує, що наявність норми про взаємність надання міжнародної правової допомоги тим державам, з якими не укладено та не ратифіковано міжнародний договір, є важливою гарантією розвитку узгодженої співпраці, а також прикладом визнання та дотримання Україною важливих демократичних принципів та ідей, які є невід'ємними складниками загальних засад кримінального провадження.

Доходимо висновку, що роль міжнародного співробітництва, зокрема міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні, непинно зростає. Навіть підписуючи 24 вересня 1993 р. «Декларацію глав держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав про міжнародні зобов'язання в галузі прав людини та основних свобод», держави-учасниці, зокрема й Україна, погодилися «обговорювати проблеми, пов'язані з виконанням міжнародних договорів та угод із прав людини з метою виявлення та усунення перешкод для ефективного дотримання прав людини та основних свобод» [11].

Водночас закріплення у вітчизняному законодавстві загальноприйнятих та визнаних державами міжнародних норм, приведення його норм у відповідність до міжнародних стандартів, утвердження у КПК України міжнародного співробітництва як самостійного інституту та розширення обсягу регулювання надання міжнародної правової допомоги є тими необхідними дієвими засобами, за допомогою яких забезпечуватимуться не лише законність, верховенство права та правопорядок у державі, а й злагоджена співпраця з іноземними державами.

Окремої уваги заслуговує правове регулювання надання міжнародної правової допомоги на стадії досудового розслідування органами, уповноваженими КПК України на її здійснення, яке передбачено законами України.

Так, відповідно до Закону України «Про прокуратуру», із метою реалізації своїх функцій прокуратура здійснює міжнародне співробітництво. До того ж органи прокуратури згідно з міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та кримінальним процесуальним законодавством України здійснюють співробітництво з компетентними органами інших держав, зокрема з питань проведення процесуальних дій під час розслідування кримінальних правопорушень. Разом із цим у разі відсутності міжнародного договору України співробітництво у сфері кримінального судочинства здійснюється органами прокуратури України на підставі взаємних письмових гарантій [12].

Аналізуючи наведені норми, можна дійти висновку про важливість та актуальність здійснення органами прокуратури України міжнародного співробітництва з компетентними органами іноземних держав. Налагодження та розширення правової співпраці сприятиме вирішенню нагальних та важливих питань у сфері кримінального судочинства.

Окрім цього, Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» визначено, що до обов'язків Національного антикорупційного бюро (далі – НАБУ) віднесено, зокрема, здійснення міжнародного співробітництва у межах своєї компетенції відповідно до законодавства України та міжнародних договорів України. А для виконання обов'язків НАБУ надано право здійснювати правове співробітництво з компетентними органами іноземних держав, міжнародними організаціями з питань проведення оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, виявлення необґрунтованих активів та збору доказів їх необґрунтованості на підставі законів та міжнародних договорів України, одержувати від органів прокуратури України та Міністерства юстиції України матеріали, отримані (надані) у рамках надання міжнародної правової допомоги, які стосуються фінансових і корупційних кримінальних правопорушень, а також виступати як представник інтересів держави під час розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ про розшук, арешт, конфіскацію та повернення в Україну відповідного майна, захист прав та інтересів держави з питань, які стосуються виконання обов'язків Національного бюро, а також залучати із цією метою юридичних радників, зокрема іноземних [13].

Також відповідно до Закону України «Про Національну поліцію», Національна поліція України в межах своєї компетенції виконує запити органів правопорядку (правоохоронних органів) інших держав або міжнародних організацій поліції відповідно до закону та міжнародних договорів України [14].

Висновки. Отже, від моменту проголошення Україною незалежності та до прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України пройшло більше двох десятиліть. За цей час Україна невпинно продовжує розвивати правові відносини у сфері кримінального судочинства з іноземними країнами. Приєднуючись до багатосторонніх та підписуючи двосторонні міжнародні договори у сфері кримінального судочинства, Україна прагне зміцнювати законність та верховенство права, підтримувати мир та правопорядок.

Велика роль на цьому складному та довготривалому етапі належить інтеграційним процесам в європейській правовій простір, адже приведення вітчизняного законодавства, зокрема і норм кримінального процесуального, до міжнародних стандартів вимагає періодичного внесення змін та доповнень до КПК України. Утвердження міжнародного співробітництва як самостійного інституту та розширення обсягу нормативного регулювання міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій на стадії досудового розслідування лише позитивно позначається на розвитку злагодженої співпраці з компетентними органами кримінального судочинства іноземних держав у напрямі неухильного дотримання та захисту законних прав, свобод та інтересів людини національними державними органами.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 10.11.2021).

2. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254> (дата звернення: 12.11.2021).
3. Марчук В.П. Словничок юридичних термінів : навчальний посібник. Київ : МАУП, 2003. 128 с.
4. Войціховський А.В. Міжнародне право : підручник. Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2020. 544 с.
5. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#Text (дата звернення: 29.11.2021).
6. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118 (дата звернення: 12.11.2021).
7. Про міжнародні договори України : Закон від 29 жовтня 2004 р. № 1906-IV. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text> (дата звернення: 12.12.2021).
8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 13.12.2021).
9. Про правонаступництво України : Закон від 12 вересня 1991 р. № 1543-XII/ *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12#Text> (дата звернення: 13.11.2021).
10. Меморандум про взаєморозуміння з питання правонаступництва щодо договорів колишнього Союзу РСР, які представляють взаємний інтерес від 06 липня 1992 р. № 997_231. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_231#Text (дата звернення: 14.11.2021).
11. Декларація глав держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав про міжнародні зобов'язання в галузі прав людини та основних свобод від 24 вересня 1994 р. № 997_036. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_036#Text (дата звернення: 08.12.2021).
12. Про прокуратуру : Закон від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text> (дата звернення: 08.12.2021).
13. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18> (дата звернення: 08.12.2021).
14. Про Національну поліцію : Закон від 02 липня 2015 р. № 580-VIII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення: 09.12.2021).

Koval O. The essence and legal basis of regulation of international legal assistance in criminal proceedings

Summary. The scientific article is devoted to the analysis of the essence and legal basis for the implementation of international legal assistance in the conduct of procedural actions in criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation.

International legal assistance in conducting procedural actions is an important form of cooperation in criminal proceedings. Carrying out pre-trial investigation of criminal proceedings, it is not always possible to achieve its task, to ensure a reasonable timeframe for its implementation, to obtain appropriate and admissible evidence without the involvement of international bodies, so there is a need for national authorities to seek international legal assistance from the competent authority of a foreign state.

It is noted that well-established and comprehensively regulated international cooperation with the competent authorities of foreign states in criminal proceedings has a positive effect not only on the procedural activities of authorized persons, but also on improving the basic

principles of international law at the state level, ensuring and establishing the rule of law, law and order, and most importantly contributes to the observance of human rights and legitimate interests.

There was emphasized that the procedure for providing international legal assistance in conducting procedural actions is regulated by the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine and numerous international treaties. At the same time, it was noted that such assistance is provided on the basis of an international agreement, and in its absence - on a reciprocal basis.

It is known that Ukraine is a party to many international treaties, which not only stipulate the obligation of member states to protect fundamental human rights, freedoms and interests, but also form the basic principles and conditions of international cooperation in criminal proceedings.

Particular attention is paid to obligations under international treaties concluded by the Ukrainian Soviet Socialist Republic as part of the Union of Soviet Socialist Republics. It is noted that after confirming them, Ukraine continued to work closely with member states, as all the agreements concluded were of common interest to them.

It was noted that the expansion of legal regulation of international legal assistance in the new Criminal Procedure Code of Ukraine, adopted on April 13, 2012, and bringing its norms in line with international standards is a necessary and effective means by which not only the tasks of criminal proceedings are fulfilled, but also the legality, the rule of law and the law and order in the state are ensured.

Key words: criminal proceedings, international cooperation, legal bases, international agreement, procedural actions, competent body of a foreign state.

*Бажанюк В. В.,
аспірант*

Донецького державного університету внутрішніх справ

ОЦІНКА ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. Статтю присвячено одному з проблемних питань, пов'язаних із проведенням експертизи у кримінальному провадженні, – оцінці висновку експерта у світлі останніх змін, внесених у КПК України. Відзначено, що в умовах змагальності і проголошення рівності прав сторін на збирання та подання до суду доказів висновок експерта викликає особливу увагу як джерело доказів. Під час судового розгляду саме навколо експертного висновку розгортаються дебати сторін із метою виявлення помилок експерта, які б дали підстави для визнання його неналежним чи недопустимим.

Проаналізовано поняття експертних помилок, їх відмінність від завідомо неправдивого висновку експерта. Наведено класифікацію типових помилок у висновку експерта, які можуть слугувати підставою для визнання його неналежним чи недопустимим. Відзначено, що саме класифікація експертних помилок є основою для визначення структури розумових операцій щодо оцінки висновку експерта. Підкреслено, що сторони кримінального провадження і суд мають можливість адекватно оцінити наукову правильність вибору і застосування методики експертного дослідження тільки шляхом залучення до цього відповідного спеціаліста-консультанта. Проаналізовано правові підстави для залучення такого спеціаліста та значення його судження під час судового провадження.

Ключові слова: експертиза, експерт, джерело доказів, висновок експерта, експертна помилка, оцінка висновку, неналежність висновку експерта, недопустимість висновку експерта.

У Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) України 2012 р. проголошено змагальність сторін і рівні права на збирання та подання до суду доказів (ст. 22). Це право стоїть у зв'язку з використанням спеціальних знань у формі судової експертизи, результати якої відіграють істотну роль у доказуванні. Згідно з ч. 1 ст. 243 КПК України, сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи. У зв'язку із цим особливої актуальності набувають питання оцінки висновків експертів, залучених стороною обвинувачення і стороною захисту під час досудового розслідування і судового розгляду.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема експертних помилок та оцінки висновку експерта висвітлювалася у працях В.В. Арешонкова [1], В.Г. Гончаренка [2], Н.І. Клименко [3], А.В. Кофанова [4], Ю.К. Орлова [5], Г.М. Пилипенка [6], О.Р. Росинської [7], Є.Ю. Свободи [8], М.Г. Щербаківського [9], В.Д. Юрчишина [10], Ю.Ю. Ярослава [11] та ін. Але дослідження вказаних авторів проводилися в різний час і деякі з них торкалися тільки окремих аспектів оцінки експертних висновків. За останні роки в КПК України 2012 р. були внесені суттєві зміни, які торкалися проведення експертизи та оцінки

експертного висновку сторонами кримінального провадження. Ця обставина, як видається, зумовлює необхідність перегляду та переосмислення низки наукових положень і рекомендацій щодо оцінки висновку експерта як на стадії досудового розслідування, так і під час судового розгляду.

Метою статті є уточнення теоретичних положень і рекомендацій щодо оцінки висновку експерта з урахуванням останніх законодавчих змін.

Виклад основного матеріалу. Висновок експерта є лише одним із джерел доказів у кримінальному провадженні і не має наперед встановленої сили чи якоїсь переваги над іншими доказами. Він не є обов'язковим для ініціатора експертизи і суду, але незгода з висновком експерта повинна бути вмотивована у відповідних постанові, ухвалі, вироку (п. 10 ст. 101 КПК України). Як показує судова практика, суди ставляться до висновку експерта з великою довірою як результату використання досягнень науково-технічного прогресу, тому під час судового розгляду дебати сторін кримінального провадження нерідко зосереджуються саме навколо висновку експерта. Особливо це стосується сторони захисту, яка намагається знайти помилки чи упущення слідчого під час призначення експертизи, а також експерта – під час її проведення [12, с. 64–66; 13, с. 17–19].

Як цілком обґрунтовано зазначає О.Р. Росинська, експерт, як і будь-яка людина, може допускатися помилок у процесі проведення експертизи і підготовці висновку за її результатами, які можуть зробити цей доказ нікчемним [7, с. 132–133]. Звичайно, помилки експерта потрібно відрізнити від свідомо неправдивого висновку експерта, за що передбачено кримінальну відповідальність за ст. 384 КК України. Висновок експерта є неправдивим, якщо він містить свідоме спотворення фактів, неправильну оцінку чи висновки, не засновані на матеріалах. Але може мати місце й сумнівна помилка з боку експерта. Саме ця ознака відрізняє експертну помилку від скоєного експертом злочину проти правосуддя – свідоме викладення у висновку неправдивих відомостей.

Виділяють експертні помилки трьох класів [2], які можуть стати причиною відхилення висновку експерта як джерела доказу.

1. *Експертні помилки процесуального характеру:* вихід експерта за межі своєї компетенції; прояв експертної ініціативи у непередбачених законом формах; самостійне збирання об'єктів і матеріалів експертизи; прийняття доручення на проведення експертизи від неуповноважених осіб; недотримання нормативних вимог до оформлення висновку та ін.

Нерідко процесуальні експертні помилки є наслідком слідчих та судових помилок, пов'язаних із підготовкою і призначенням судової експертизи (наприклад, коли неправильно формулюються запитання експерту).

2. *Гносеологічні експертні помилки.* Ці помилки зумовлені складнощами процесу експертного пізнання і поділяються на:

- логічні (пов'язані з порушенням в акті мислення законів та правил логіки, некоректним застосуванням логічних прийомів та операцій);

- предметні (зумовлені не порушенням правил логіки, а недосконалим знанням предмета дослідження).

3. *Операційні експертні помилки.* Помилки даного класу пов'язані з операціями, що здійснюються експертом (процедурами) і можуть полягати у такому:

- у порушенні визначеної послідовності експертних процедур;

- у неправильному використанні технічних засобів дослідження або використанні непридатних засобів (наприклад, використання апаратури, яка давно не проходила перевірку);

- в одержанні і використанні неякісного порівняльного матеріалу тощо.

З урахуванням наведених положень щодо поняття експертних помилок та їх класифікації актуальним є розроблення структури аналітичної діяльності з оцінки висновку експерта. М.Г. Щербаковським запропоновано таку структуру, яка складається з кількох блоків розумових операцій і дій: формальної (логіко-процесуальної) оцінки; змістовної (спеціальної) оцінки висновку експерта; допиту експерта [9, с. 364–411].

Формальна (логіко-процесуальна) оцінка висновку експерта включає у себе такі розумові операції:

1. *Оцінка дотримання процесуальних вимог під час проведення експертизи.* Даний аспект оцінки спрямований на визначення придатності висновку як процесуального документу і можливості його використання як джерела доказів. При цьому враховуються вимоги кримінального процесуального закону стосовно суб'єкта дослідження, речових джерел інформації, засобів, прийомів та інших нормативно визначених умов одержання висновку експерта.

2. *Оцінка відповідності об'єктів, спрямованих на експертизу і фактично досліджених ним.* Ця операція полягає в ознайомленні з написами, які знаходилися на упаковках об'єктів, що надійшли експерту і були досліджені в процесі проведення експертизи. Також звертається увага на зовнішній вигляд об'єктів на доданих до висновку фотографіях: установлюється відповідність їх тим об'єктам, які були виявлені, вилучені і відображені в протоколах слідчих (розшукових) дій. Окрім того, вони повинні бути вказані в постанові (ухвалі) про залучення експерта. У такий спосіб перевіряється та обставина, що експерт повинен ґрунтуватися тільки на відомостях, які він сприймав безпосередньо або вони стали йому відомі під час дослідження матеріалів, що були надані для проведення дослідження (ч. 3 ст. 101 КПК України).

3. *Оцінка повноти та обсягу проведеного експертного дослідження, ясності кінцевих висновків:*

- чи на всі запитання, що були поставлені перед експертом, ним дані відповіді;

- чи кожний об'єкт із представлених експерту був досліджений ним (чи не були «забуті» певні об'єкти у випадках, коли на експертизу направляється велика кількість речових доказів);

- чи є кінцеві висновки експерта чіткими, ясними та однозначними.

4. *Оцінка логічної обґрунтованості висновків експерта:* чи впливають умовиводи експерта з результатів проведених

досліджень (відповідність висновків етапам експертного дослідження).

5. *Визначення належності даному кримінальному провадженню викладених в експертному висновку результатів дослідження.* Йдеться про встановлення зв'язку між викладеними у висновку фактичними даними з обставинами, які підлягають доказуванню у конкретному провадженні (ст. 91 КПК України).

6. *Визначення відповідності висновків експерта іншим доказам, які містяться у матеріалах кримінального провадження.* Ця операція передбачає зіставлення (порівняння) внутрішнього змісту висновку експерта з іншими зібраними доказами (у разі виявлення суперечностей підлягають перевірці як висновок, так й інші джерела доказів).

Змістовна (спеціальна) оцінка висновку експерта:

1. *Визначення достатньої для вирішення поставлених питань кількості представлених на експертизу об'єктів.* Як правило, питання достатності представлених об'єктів оцінюється відносно необхідних для експертного дослідження методів і методик. Переважно це стосується встановлення необхідної для проведення ідентифікаційного дослідження кількості порівняльних зразків.

2. *Оцінка доброякісності представлених експертові об'єктів і правильності вихідних даних.* Під доброякісністю об'єкта експертного дослідження розуміють потенційну його здатність піддаватися дослідженню для вирішення поставлених питань. Значною мірою вона залежить не лише від властивостей самого об'єкта, а й від способів вилучення, упакування, зберігання і транспортування.

3. *Оцінка використаної експертом методики дослідження.* Ця розумова операція полягає у визначенні відповідності використаної експертом методики дослідження затвердженому у встановленому порядку типовим методикам, які розробляються у системі державних спеціалізованих експертних установ. Типові методики передбачають вирішення типових завдань (питань), які ставляться на вирішення експертів певної спеціальності. Затверджуються і рекомендуються для використання методики, які пройшли апробацію і показали свою придатність та надійність для вирішення конкретних завдань, вони вносяться до «Реєстру методик проведення судових експертиз» МЮ України [14].

4. *Оцінка повноти проведеного експертного дослідження.* Ця розумова операція тісно пов'язана з попередньою і передбачає визначення того, чи всі процедури дослідження відносно об'єкта експертизи виконані відповідно до вибраної методики.

5. *Оцінка правильності опису та тлумачення встановлених ознак об'єктів дослідження.* У висновку експерта кожна виявлена ознака об'єкта дослідження повинна бути докладно описана, а потім оцінена експертом. З одного боку, це робиться з погляду відображення властивостей об'єкта, а з іншого – з погляду її значущості для вирішення поставленого питання.

6. *Оцінка наукової обґрунтованості проміжних і кінцевих висновків.* Експертне дослідження, як правило, складається з кількох послідовних етапів, кожний з яких закінчується формулюванням проміжного висновку. Отже, кінцевий висновок є узагальнюючим. Усі висновки повинні ґрунтуватися на конкретних достатніх результатах дослідження.

7. *Оцінка компетентності експерта.* Виконання цієї операції є досить складним, оскільки компетентність є суб'єктивною

характеристикою, яка відображає індивідуальну здатність експерта вирішувати поставлене завдання. Оцінка компетентності експерта здійснюється на основі всебічного аналізу висновку, всіх його компонентів. У результаті цього у суб'єкта оцінки повинно скластися переконання у достовірності або недостовірності умовиводів експерта.

Звичайно, сторони кримінального провадження і суд не мають можливості адекватно оцінити ні наукову обґрунтованість висновків експерта, ні правильність вибору і застосування ним методики експертного дослідження, її відповідність сучасним досягненням тієї чи іншої галузі науки. Таке становище є об'єктивною реальністю, оскільки для здійснення такої оцінки її суб'єкт повинен володіти таким самим обсягом спеціальних знань, як і експерт. З урахуванням указаних складнощів у змістовній (спеціальній) оцінці висновку експерта вирішення цієї проблеми бачиться у використанні допомоги спеціаліста-консультанта. Як цілком обґрунтовано зазначає Ю.Ю. Ярослав, для того щоб розібратися у складниках експертної методики (концептуальної, логічної, процедурної) і з'ясувати правильність застосування експертом сучасних інструментальних методів та комп'ютерних програм, необхідно глибоко зануритися в аналіз спеціальних джерел, що без фахових консультацій здійснити проблематично [11].

Потрібно зазначити, що останнього часу в КПК України створено правову основу для залучення спеціаліста-консультанта для здійснення змістовної (спеціальній) оцінки висновку експерта. Так, ст. 71 КПК України передбачається діяльність у кримінальному провадженні спеціаліста – особи, яка володіє спеціальними знаннями та навичками і може надавати консультації та висновки під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Сторони кримінального провадження мають право під час судового розгляду заявляти клопотання про залучення спеціаліста або використання його пояснень і допомоги (ч. 3. 71 КПК України). Спеціаліст як учасник кримінального провадження, зокрема, наділений правом звертати увагу сторони кримінального провадження, яка його залучила, або суду на характерні обставини чи особливості речей і документів, а також викладати у своєму висновку відомості, що мають значення для кримінального провадження і щодо яких йому не були поставлені запитання (п. 3, 3–1 ч. 4 ст. 71 КПК України). Відповідно до ст. 360 КПК України, у суді спеціалісту можуть бути поставлені питання щодо суті наданих усних консультацій чи письмових роз'яснень, а також суд має право скористатися усними консультаціями або письмовими роз'ясненнями спеціаліста, наданими на підставі його спеціальних знань.

Таким чином, на відміну від експерта спеціаліст-консультант особисто не проводить дослідження речових доказів і не формулює висновки, він лише оцінює наданий експертний висновок і висловлює своє судження щодо питань, поставлених стороною кримінального провадження чи судом. Зазвичай це відбувається під час судового розгляду, і суд, отримавши від спеціаліста консультацію (рецензію) щодо проведеного експертного дослідження, вправі відхилити заявлену рецензію або погодитися з нею. Але консультативна допомога спеціаліста не створює передбаченого процесуальним законодавством доказу – вона лише стимулює суд продовжувати оцінку досто-

вірності спірного висновку. Одним з елементів такого оцінювання є допит експерта.

Допит експерта. Допит експерта є процесуальною дією, яка фактично спрямована на встановлення обставин проведення експертного дослідження. Право допиту експерта мають слідчий суддя і суд (ч. 3 ст. 95 КПК України). Згідно зі ст. 356 КПК України, суд має право викликати експерта для допиту для роз'яснення висновку за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого або за власною ініціативою. Йдеться про ситуацію, коли під час судового розгляду справи виникають сумніви в достовірності висновку, зокрема у його змістовній частині. Таким чином, показання експерта фактично є додатком до його висновку, які повинні усунути сумніви у достовірності експертного висновку, що виникли у певної сторони кримінального провадження і суду.

Експерту можуть бути поставлені запитання щодо:

- наявності в експерта спеціальних знань та кваліфікації з досліджуваних питань (освіти, стажу роботи, наукового ступеня тощо), дотичних до предмета його експертизи;
- використаних методик та теоретичних розробок;
- достатності відомостей, на підставі яких готувався висновок;
- наукового обґрунтування та методів, за допомогою яких експерт дійшов висновку;
- застосовності та правильності застосування принципів та методів до фактів кримінального провадження;
- інші запитання, що стосуються достовірності висновку (ч. 3 ст. 356 КПК України).

Окрім допиту одного експерта, суд має право призначити одночасний допит двох чи більше експертів для з'ясування причин розбіжності в їхніх висновках, що стосуються одного і того самого предмета чи питання дослідження. При цьому кожна сторона кримінального провадження для доведення або спростування достовірності висновку експерта має право надати відомості, які стосуються знань, умінь, кваліфікації, освіти та підготовки експерта (ч. ч. 4, 5 ст. 356 КПК України).

Потрібно зазначити, що найчастіше ініціатором допиту експерта у суді виступає сторона захисту. Так, адвокатам рекомендується як один із напрямів захисту ставити під сумнів результати експертизи, спрямованої проти клієнта, використовуючи всі можливості, які надаються КПК України. Зокрема, рекомендується перевіряти всі етапи призначення експертизи та її проведення. Окрім того, дієвим адвокатським засобом визнається ініціювання під час судового провадження допиту експерта, якому рекомендується ставити питання так, щоб експерт відчував себе невпевнено. Зокрема, змусити експерта розшифрувати спеціальну термінологію певної галузі знань, що може створювати для нього некомфортну обстановку і формувати невпевненість у відповідях. Саме цю невпевненість експерта і рекомендується використовувати для здійснення впливу на суддів в інтересах сторони захисту [13, с. 18–19]. З урахуванням цієї обставини видається неприйнятною пропозиція надати стороні захисту право першою ставити запитання експерту, а потім стороні обвинувачення [15, с. 142; 9, с. 381]. На нашу думку, більш виваженим є встановлений ч. 2 ст. 356 КПК України порядок допиту експерта у суді: експерта, який проводив експертизу за зверненням сторони обвинувачення, першою допитує сторона обвинувачення, а експерта, який проводив експертизу за зверненням сторони захисту, – сторона

захисту. Після цього експерту можуть бути поставлені запитання потерпілим, цивільним позивачем та іншими учасниками судового провадження.

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що оцінка висновку експерта є важливим елементом доказування, але досить складним. Кожна зі сторін кримінального провадження має право сумніватися у будь-якому аспекті експертного висновку, у тому числі й у його науково-методичній правильності. Важливою для вирішення цього завдання (особливо для сторони захисту) є можливість залучення спеціаліста-консультанта як учасника судового розгляду. У зв'язку із цим видається, що існує потреба в подальших дослідженнях у цьому напрямі, зокрема у переосмисленні принципу рівності сторін у збиранні доказів залежно від стадії кримінального провадження.

Література:

1. Арешонков В.В. Помилки при проведенні судово-балістичних експертиз та окремі шляхи їх усунення. *Криміналістика і судебна експертиза*. 2013. Вып. 58(2). С. 310–312.
2. Гончаренко В.Г. Критерії вірогідності висновків експерта: гносеологічний, психологічний і процесуальний аспекти. *Часопис Академії адвокатури України*. 2009. № 3. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaaui/2009-2/09gvgppa.pdf> (дата звернення: 06.01.2022).
3. Клименко Н.И. Экспертные ошибки и их причины. *Криміналістика і судебна експертиза*. 1988. Вып. 37. С. 35–38.
4. Кофанов А.В. Особливості експертних помилок та деякі шляхи їх запобігання під час проведення судово-балістичних експертиз. *Криміналістика і судебна експертиза*. 2015. Вып. 60. С. 275–286.
5. Орлов Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. Научное издание. Москва : Институт повышения квалификации российского центра судебной экспертизы, 2005. 264 с.
6. Пилипенко Г.М. Правова природа та доказове значення висновку експерта (обізнаної особи). *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2013. № 6–2. Т. 2. С. 126–129.
7. Россинская Е.Р. Ошибки судебной экспертизы: классификация, выявление, предупреждение. *Союз криміналістів і кримінологів*. 2014. № 2. С. 132–143.
8. Свобода Є.Ю. Причини виникнення та можливості попередження експертних помилок в діяльності експерта-почеркознавця. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 17(4). С. 1–5.
9. Щербаковський М.Г. Проведення та використання судових експертиз у кримінальному провадженні : монографія. Харків : В деле, 2015. 560 с.
10. Юрчишин В.Д. Аналіз та класифікація висновків експерта у кримінальному провадженні: теоретичний та практичний аспекти. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2013. Вип. 1(3). С. 440–452.
11. Ярослав Ю.Ю. Оцінка висновку експерта за допомогою спеціальних знань. *Судово-психологічна експертиза. Застосування поліграфа та спеціальних знань в юридичній практиці*. URL: <https://expertize-journal.org.ua/spetsialni-znannya/> (дата звернення: 06.01.2022).
12. Несінов О.М. Складові успіху у кримінальному процесі. Харків : Права людини, 2018. 292 с.
13. Зейкан Я.П. Про недопустимі докази. Харків : Фактор, 2019. 128 с.
14. Реєстр методик проведення судових експертиз Міністерства юстиції України. URL: <http://rmpse.minjust.gov.ua/search> (дата звернення: 07.01.2022).
15. Маркуш М.А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України : монографія. Харків : Вапнярчук Н.М., 2007. 208 с.

Bazhanyuk V. Evaluation of the expert's opinion in criminal proceedings

Summary. The article is devoted to one of the problematic issues related to the examination in criminal proceedings - the assessment of the expert's opinion in the light of recent changes in the CPC of Ukraine. It is noted that in the conditions of adversarial proceedings and the proclamation of equal rights of the parties to collect and submit evidence to the court, the expert's opinion attracts special attention as a source of evidence. During the trial, the parties' debates revolve around the expert opinion in order to identify the expert's mistakes, which would give grounds for declaring him inappropriate or inadmissible.

The concept of expert errors, their difference from the knowingly false conclusion of the expert is analyzed. A classification of typical errors in the expert's opinion is given, which serve as the basis for recognizing the expert's opinion as inappropriate or inadmissible. It is noted that the classification of expert errors is the basis for determining the structure of mental operations to assess the expert's opinion. It is emphasized that the parties to the criminal proceedings and the court have the opportunity to adequately assess the scientific correctness of the choice and application of the methodology of expert research only by involving the relevant specialist consultant. The legal grounds for involving such a specialist and the significance of his judgment during court proceedings are analyzed.

Key words: examination, expert, source of evidence, expert opinion, expert error, evaluation of the conclusion, inappropriateness of the expert opinion, inadmissibility of the expert opinion.

*Пеліхос Є. М.,**адвокат,**аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАХИСНИКА ЯК ВАЖЛИВА ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ПІД ЧАС НАДАННЯ ДОЗВОЛУ НА ЗДІЙСНЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Анотація. Статтю присвячено розгляду сутності процесуальної діяльності захисника як важливої гарантії забезпечення права на захист під час надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування.

Констатовано неузгодженість законодавчих положень, з яких вбачається, що участь захисника є обов'язковою не тільки з моменту прийняття процесуального рішення про проведення спеціального досудового розслідування, а й для розгляду клопотання про його здійснення.

Відзначено, що надання кваліфікованої правової допомоги передбачає можливість захисника ознайомитись з матеріалами долученими до клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, надання обґрунтованих заперечень щодо достатності викладених у клопотанні слідчого, прокурора фактів та доказів на користь застосування аналізованого порядку кримінального провадження й належну підготовку до розгляду клопотання в суді. В цьому контексті підтримано пропозиції науковців щодо встановлення процесуального строку для вручення захиснику клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, який повинен складати 5 днів і є достатнім для належного виконання захисником своїх функцій та визначення концепції захисту з огляду на відсутність належної комунікації захисника з підозрюваним.

З урахуванням думок науковців та положень ст. 297-1 КПК України здійснено спробу виокремити напрями діяльності захисника у ході вирішення слідчим суддею клопотання про спеціальне досудове розслідування. Визначено, що одним із напрямів діяльності захисника є спростування матеріальних підстав, відповідно до яких спеціальне досудове розслідування може здійснюватися лише у кримінальних провадженнях стосовно визначеної у ч. 2 ст. 297-1 КПК України категорії злочинів.

Розкрито зміст діяльності захисника щодо спростування процесуальних підстав здійснення спеціального досудового розслідування, яка полягає у: 1) виявленні допущених порушень закону під час процедури повідомлення про підозру в частині неналежного вручення; 2) встановленні наявності відомостей, які свідчать про доведеність існування обставин того, що підозрюваний переходиться від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук.

Відзначено проблему діяльності захисника щодо заперечення підозри. Акцентовано увагу на тому, що відсутність належної комунікації з підзахисним фактично позбавляє адвоката можливості вжити заходів для отримання

доказів, які спростовують підозру і змушують обмежуватись лише вивченням доказів наданими стороною обвинувачення, що суперечить меті захисту. Звертається увага на те, що адвокат самостійно визначає позицію захисту, виходячи із того, що процесуальний інтерес підозрюваного і захисника один – захист від підозри.

Ключові слова: захисник, право на захист, спеціальне досудове розслідування.

Постановка проблеми. Відповідно до Звіту судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження у 2020 році кількість клопотань про здійснення спеціального досудового розслідування, що перебували на розгляді, складала 215, з яких розглянуто – 186, повернуто – 29, задоволено – 139, відмовлено – 9. Згідно статистики Вищого антикорупційного суду у тому ж році слідчими суддями було розглянуто 14 клопотань про надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування, з яких 10 було задоволено, 3 – відмовлено і 1 – повернуто [1].

Можна припустити, що причинами доволі високого відсотка задоволених клопотань про надання дозволу на здійснення такого розслідування є певна процесуальна пасивність захисників щодо спростування позиції слідчого, прокурора, наведення переконливих аргументів у разі безпідставності здійснення спеціального досудового розслідування тощо. Поруч із цим наведена судова статистика повинна спонукати адвокатів-захисників на її зміну.

Виступаючи захисником у спеціальному кримінальному провадженні, адвокат виконує низку завдань, а саме захист підозрюваного від повідомленої підозри (обвинувачення), надання юридичної допомоги підзахисному в охороні його прав і законних інтересів, сприяння здійсненню справедливого правосуддя. Проте, в першу чергу, його діяльність в аналізованих провадженнях спрямована на застосування належної правової процедури щодо підозрюваного (обвинуваченого) за їх відсутності протягом досудового провадження та судового розгляду. Відтак єдиним зі сторони захисту, хто може якось впливати на процесуальні аспекти під час вирішення питання про надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування, є захисник, що зумовлює необхідність дослідження правового змісту його діяльності, а також процесуальних особливостей його роботи в цьому напрямі.

Аналіз останніх статей та публікацій. Беззаперечною складовою частиною системи гарантій забезпечення підозрюваному (обвинуваченому) права на захист у спеціальному

кримінальному провадженні є обов'язкова участь захисника. Проблемні питання його участі у заочному кримінальному провадженні згадували науковці, досліджуючи інститут заочного кримінального провадження. Зокрема, зазначена проблематика останнім часом анонсована у працях таких українських дослідників, як О.В. Баулін, І.В. Глов'юк, О.В. Калінніков, Д.В. Коперсак, О.В. Маленко, О.О. Нагорнюк-Данилюк, О.І. Назарук, О.Ю. Татаров, Д.М. Шишман, Д.О. Шумейко та ін.

Проте наукова дискусія точиться навколо питання ефективності захисту захисником, залученим в порядку вторинної правової допомоги. Водночас питання змісту діяльності захисника в аналізованих провадженнях в цілому залишаються поза увагою. У фокусі наукової статті є саме визначення специфіки діяльності сторони захисту, зокрема захисника у ході вирішення слідчим суддею клопотання про надання дозволу на спеціальне досудове розслідування.

Метою статті є з'ясування правового змісту діяльності захисника під час вирішення питання про надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу. Порядок вирішення питання про здійснення спеціального досудового розслідування є змагальним. І якщо діяльність сторони обвинувачення під час розгляду такого клопотання полягає у доведенні слідчим, прокурором доцільності застосування відповідного особливого порядку розслідування, зокрема наявності сукупності всіх підстав, визначених положеннями КПК України, то на противагу стороні обвинувачення робота захисника полягає саме у створенні умов, за яких суд зобов'язаний перевірити докази, які доводять або спростовують наведені слідчим, прокурором підстави для здійснення такого розслідування.

При цьому адвокат повинен враховувати низку специфічних обставин, які мають значення в таких провадженнях. Зокрема, процесуальний порядок здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного, обвинуваченого визначено у гл. 24¹ КПК України «Особливості спеціального досудового розслідування кримінальних правопорушень». Зі змісту процесуальних положень зазначеної глави вбачається, що без надання згоди слідчого судді здійснення такого розслідування неможливе, а передумовами здійснення спеціального досудового розслідування виступають: процедура звернення з відповідним клопотанням слідчим, прокурором; розгляд та вирішення клопотання по суті слідчим суддею в судовому порядку за участі визначених КПК України осіб, до яких входить захисник підозрюваного.

Для надання ефективної правової допомоги важливе значення має момент, з якого захисник буде здійснювати свою діяльність. Вимога обов'язковості участі захисника щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, регламентована у п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України і передбачає необхідність реалізації з моменту прийняття відповідного процесуального рішення.

Розміщення відповідних положень у гл. 24¹ КПК України потенційно може сприяти їх неправильному розумінню і підштовхувати до хибного висновку про момент залучення захисника. Положення аналізованої статті потребують належної кореляції з положеннями ст. 297-3 КПК України, відповідно до якої, якщо підозрюваний самостійно не залучив захисника, слідчий суддя зобов'язаний вжити необхідних заходів для його залучення. Відтак очевидною є неузгодженість наведених

норм, адже, як вбачається, участь захисника є обов'язковою не тільки з моменту прийняття процесуального рішення про провадження спеціального досудового розслідування, а й для розгляду клопотання про його здійснення.

Окреслена проблема започаткувала наукові дискусії з цього приводу. Зокрема, вченими [2, с. 61; 3, с. 82] цілком обґрунтовано пропонується у п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України передбачити вимогу щодо обов'язкової участі захисника в разі здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) з моменту розгляду клопотання про надання дозволу на здійснення такого виду кримінального провадження. Окрім того, науковці пропонують у положеннях КПК України передбачити вимогу надавати захиснику підозрюваного копію клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність здійснення особливого порядку досудового розслідування, не пізніше ніж за три години до початку розгляду такого клопотання.

Не можна не погодитись з такою точкою зору, оскільки положення гл. 24¹ КПК України не визначають строків ознайомлення з матеріалами клопотання. Логічним є те, що для того щоб надати кваліфіковану професійну правничу (правову) допомогу, вагоме значення для отримання інформації, яка сприяє діяльності щодо спростування підстав здійснення спеціального досудового розслідування, має можливість захисника ознайомитись з матеріалами долученими до клопотання. Крім того, цей час необхідний останньому надати обґрунтовані заперечення щодо достатності викладених у клопотанні слідчого, прокурора фактів та доказів на користь застосування аналізованого порядку кримінального провадження й підготуватися належним чином до розгляду клопотання в суді.

Звісно, слідчий суддя не відмовить адвокату у задоволенні клопотання на ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується необхідність здійснення спеціального досудового розслідування з метою забезпечення права на захист та реалізацію засади змагальності сторін під час вирішення питання про спеціальне досудове розслідування. Водночас правова регламентація надання матеріалів стороні захисту у визначений строк, з одного боку, дозволить захиснику належним чином підготуватись до судового розгляду клопотання, а з іншого, нейтралізує спроби зловживання захисником в частині затягування судового розгляду клопотання, мотивуючи недостатністю часу для ознайомлення.

Питання в іншому. Зокрема, чи буде достатньо 3-х годин для визначення концепції захисту з огляду на відсутність належної комунікації захисника з підозрюваним. У цьому контексті підтримуємо пропозиції Д.М. Шишмана про те, що з метою реального забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист мінімальний строк для вручення клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (*in absentia*) повинен складати 5 днів. Запропоновані пропозиції науковець цілком слушно обґрунтовує тим, що вказаний строк є тотожним тому, що передбачений у порядку вручення копії клопотання про продовження строку досудового розслідування підозрюваному та його захиснику (ч. 3 ст. 295 КПК України) і є достатнім для належного виконання захисником своїх функцій [4, с. 260]. Запропонована науковцем регламентація аналізованих положень КПК України, на нашу думку, відповідає пункту «б» §3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якої складовими права на захист є право мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту.

Законність і обґрунтованість процесуального рішення про застосування спеціального досудового розслідування визначається наявністю передбачених у кримінальному процесуальному законі підстав для його здійснення. У науковій літературі підстави заочного кримінального провадження розподіляють на матеріальні та процесуальні. На погляд А.В. Лапкіна, група матеріальних підстав передбачає, що таке розслідування може здійснюватися лише: у кримінальних провадженнях стосовно визначеної у ч. 2 ст. 297-1 КПК України категорії злочинів; стосовно особи, яка досягла повноліття. До процесуальних підстав, на його думку, належать: наявність підозри особи у вчиненні якогось із цих злочинів; переховування підозрюваного від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності; оголошення підозрюваного у міждержавний та/або міжнародний розшук [5, с. 109].

З огляду на викладене та положення ст. 297-1 КПК України спробуємо виокремити два напрями діяльності захисника у ході вирішення слідчим суддею клопотання про спеціальне досудове розслідування. По-перше, діяльність захисника полягає у перевірці доказів, які доводять або спростовують матеріальні підстави заочного кримінального провадження. Передусім, такі підстави викладаються у змісті повідомлення про підозру, адже саме в цьому процесуальному рішенні дається юридична оцінка діяння. Спеціальне досудове розслідування відбувається щодо окремих складів кримінальних правопорушень. У цьому контексті діяльність захисника полягає у: встановленні сукупності об'єктивних і суб'єктивних ознак учиненого кримінального правопорушення та визначення їх відповідності конкретній нормі Особливої частини КК України, за якою воно кваліфіковане; запереченні доводів слідчого, прокурора в частині правової кваліфікації кримінального правопорушення визначеної у ч. 2 ст. 297-1 КПК України; наполяганні на недостатності доказів, котрі обґрунтовують підозру; спростуванні обставин кримінального правопорушення; доведенні невідповідності висунутої підозри у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених гл. 24¹ КПК України, фактичним обставинам справи, з'ясуванні нових фактів, що призведе до зміни кваліфікації; наданні іншого тлумачення дій підзахисного тощо.

Проблема діяльності захисника щодо заперечення підозри передусім полягає у неможливості побачення захисника з підозрюваним, адже як справедливо відмічає О.В. Маслюк, спростування підозри неможливе без їх плідної співпраці. Тільки під час побачення з підозрюваним захисник має змогу отримати необхідну інформацію (відомі підозрюваному обставини і факти про подію кримінального правопорушення, зокрема ті, що відсутні в матеріалах провадження) для здійснення захисту та узгодити фактичну позицію, яку вони будуть займати і відстоювати у кримінальному судочинстві [6, с. 69]. Поруч із цим, не маючи належного зв'язку з підзахисним, адвокат фактично позбавлений можливості вжити заходів для отримання доказів, які спростовують підозру і змушений обмежуватись лише вивченням доказів наданими стороною обвинувачення, що суперечить меті захисту. Відтак адвокату не залишається нічого іншого, як самостійно визначати позицію захисту, виходячи з того, що процесуальний інтерес підозрюваного і захисника один – захист від підозри.

Закон не зобов'язує слідчого (прокурора) при підготовці клопотання про здійснення спеціального розслідування

та у подальшому при зверненні із вказаним клопотанням доводити належними доказами обґрунтованість підозри. Ч. 2 ст. 297-4 КПК України передбачає, що слідчий суддя зобов'язаний врахувати наявність достатніх доказів для підозри, однак гл. 24¹ КПК України не містить чітких критеріїв судової перевірки щодо доведеності доказами обґрунтованої підозри. У зв'язку із чим для сторони захисту, на думку Д.В. Коперсак, створені додаткові труднощі у практичній реалізації права на захист [7, с. 104].

Тому, аналізуючи критерій достатності доказів для підозри, необхідно враховувати практику Європейського суду з прав людини, зокрема, у рішенні у справі Нечипорук та Йонкало проти України від 21 квітня 2011 року Суд у пункті 175 повторює, що термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення [8].

По-друге, діяльність захисника полягає у перевірці доказів, які доводять або спростовують процесуальні підстави. Кримінальне провадження *in absentia* належить до категорії тих проваджень, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження згідно з гл. 24¹ КПК України. Однією зі складових частин такого особливого порядку кримінального провадження є спеціальна процедура пред'явлення підозри, адже зі змісту ч. 1 ст. 297-1 КПК України вбачається, що обов'язковою підставою для здійснення спеціального досудового розслідування є те, що особа має набути статусу підозрюваного в цьому кримінальному провадженні. Тому у таких справах перше питання, яке виникає при з'ясуванні підстав для надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування, – це дотримання вимог КПК України щодо порядку вручення повідомлення про підозру.

Особа має можливість реалізувати право на захист та обрати стратегію захисту тільки тоді, коли вона обізнана про наявне щодо неї кримінальне провадження. Тому допущення порушень закону під час проведення самої процедури повідомлення про підозру в частині неналежного вручення є наслідком ненабуття статусу підозрюваного і вагомим аргументом для відмови у наданні дозволу слідчим суддею на здійснення спеціального досудового розслідування. Підтвердженням наведеної позиції є ухвали слідчих суддів у справах № 991/7611/20 від 24 вересня 2020 року; № 243/8474/17 від 26 вересня 2017 року; № 266/1089/21 від 11 березня 2021 року.

Про те, що доведення набуття особою статусу підозрюваного та її поінформованість про здійснення щодо нього кримінального провадження є проблемним моментом у кожному кримінальному провадженні за відсутності особи, свідчать матеріали опитування, проведеного О.В. Калінніковим, відповідно до якого 69% адвокатів, 33% прокурорів, 41% суддів, 35% слідчих вказали, що при доведенні факту набуття особою статусу підозрюваного для здійснення спеціального досудового провадження виникають труднощі [9, с. 93].

У цьому контексті варто звернути увагу на практику Верховного Суду, який зауважує, що «здійснення повідомлення про підозру» передбачає сукупність ряду послідовних процесуальних дій, які охоплюють собою окремі етапи: 1) етап прийняття рішення щодо необхідності здійснення особі повідомлення про підозру, який передбачає перевірку підстав здійснення такого повідомлення згідно з ч. 1 ст. 276 КПК України, 2) етап об'єк-

тивації/вираження сформованого внутрішнього волевиявлення уповноваженої посадової особи щодо прийнятого рішення в зовнішню форму шляхом складання тексту повідомлення про підозру відповідно до вимог, передбачених ст. 277 КПК України, та його підписання; 3) етап доведення інформації до відома адресата, щодо якого прийняте рішення про повідомлення про підозру, шляхом безпосереднього вручення його тексту особі згідно зі ст. 278 КПК України [10].

Власне у досліджуваних провадженнях етап доведення інформації до відома адресата, щодо якого прийняте рішення про повідомлення про підозру здійснюється відповідно до вимог ч. 1 ст. 278, ст. ст. 111, 135 КПК України.

У правозастосовній практиці зустрічаються випадки, коли особа не вважає себе підозрюваною, оскільки її особисто повідомлення про підозру не було вручено, і, відповідно, не виконує обов'язки підозрюваного. Тому захисник особливу увагу повинен приділити дослідженню доказів отримання особою такого повідомлення. Такими доказами можуть бути показання свідків, які бачили, як особою отримано повідомлення про підозру; публічні коментарі самої особи із вказаного приводу, в тому числі в інтерв'ю з журналістами, в соціальних мережах, мережі Інтернет, оформлені відповідним протоколом огляду; вилучені документи внаслідок обшуку житла чи іншого приміщення, яке належить підозрюваному чи перебувало в його користуванні; тощо. Поруч з цим прямим свідченням обізнаності підозрюваного про наявне щодо нього кримінальне провадження є отримання особою повістки про виклик в якості підозрюваного, за умови зазначення в ній правової кваліфікації кримінального правопорушення, в якому особа підозрюється, а також короткого викладу обставин кримінального правопорушення [11, с. 181].

Наступним край важливим є питання, пов'язане із переконанням адвоката-захисника у наявності відомостей, які свідчать про доведеність існування обставин того, що підозрюваний переходить від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук (ч. 2 ст. 297-1 КПК України). В цьому сенсі діяльність захисника полягає у доведенні (наданні доказів) поважності причин неявки за викликом слідчого; виключенні умов вважати, що клієнт переходить від слідчих органів з метою ухилення від кримінальної відповідальності (можливо надати докази про те, що клієнту не відомо про наявність про виклики, тощо); збиранні інформації із ЗМІ, мережі Інтернет (сайти органів досудового розслідування), завчасному направленні слідчому засобів зв'язку, за якими мають відбуватися виклики, тощо; повідомленні органу досудового розслідування та слідчого суддю про обов'язкову участь конкретного захисника і його контактів, а також зверненні із клопотанням до слідчого про залучення до будь-яких судових процедур, які можуть відбуватися щодо його клієнта; за умови неможливості прибути до слідчого особисто, використанні положення щодо проведення тих чи інших слідчих дій з клієнтом у дистанційному режимі (в порядку міжнародної правової допомоги, дистанційному режимі – відео-конференц-зв'язок) [12].

Ефективна діяльність захисника, яка спрямована на законне та обґрунтоване прийняття рішення щодо надання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування неможлива

за участі у кримінальному судочинстві осіб, які особисто зацікавлені в результатах провадження і можуть перешкоджати неупередженому та об'єктивному правосуддю. Відтак реалізація права заявляти відводи у кримінальному процесі на різних його стадіях надає можливість захиснику усунути перешкоди, які можуть перешкоджати успішному здійсненню захисту особи.

Проте, як свідчить практика, адвокати зловживають правом на відвід, а також такою тактичною хитрістю, як неявка на судові засідання. Так, слідчий суддя у справі № 757/17360/15-к не міг розглянути клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування з дотримання розумних строків внаслідок процесуально-агресивної поведінки адвокатів. Під час вирішення клопотання адвокатами за нашими підрахунками було заявлено 1 відвід слідчому судді та 6 відводів слідчого судді від розгляду заяви про відвід слідчого судді. Окрім численних відводів, захисники кілька разів не з'являлись на судові засідання щодо вирішення клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування.

На наше переконання, зазначена поведінка адвокатів є неприйнятною, адже така діяльність адвоката спрямована на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду клопотання. Натомість захисник має використовувати надані йому процесуальні інструменти для відстоювання правової позиції сторони захисту, доведення безпідставності клопотання слідчого, прокурора через подання до суду доказів, клопотань про їх залучення до матеріалів кримінального провадження, заявлення клопотання щодо витребування тих чи інших документів, приєднання їх до матеріалів кримінальної справи, виклику і допиту свідків, визнання доказів недопустимими тощо.

Висновки. Участь захисника є важливою гарантією забезпечення права на захист у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного (обвинуваченого). Складність процесуальної діяльності захисника під час розгляду слідчим суддею клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування зумовлюється як недосконалою регламентацією його участі, так і передбаченою законодавством особливою процедурою здійснення таких проваджень. Процесуальна участь захисника під час вирішення клопотання про надання дозволу на спеціальне досудове розслідування передбачає комплекс взаємообумовлених дій, спрямованих в першу чергу на виявлення обставин, що виключають здійснення спеціального досудового розслідування; дотримання законної процедури; надання юридичної допомоги підзахисному в охороні його прав і законних інтересів.

Література:

1. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2020 рік. Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2020.
2. Шаренко С., Шило О. Спеціальне досудове розслідування і судове провадження: проблемні питання правового регулювання. *Право України*. 2015. № 7. С. 58–65.
3. Нагорнюк-Данилюк О.О. Спеціальне кримінальне провадження в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ. 2016. 239 с.
4. Шишман Д.М. Проблемні питання участі захисника у спеціальному кримінальному провадженні (in absentia). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 2. С. 259–261.
5. Лапкін А.В. Прокурор у спеціальному досудовому розслідуванні (in absentia). *Правові горизонти*. 2018. Вип. 13(26). С. 107–111.

6. Маслюк О.В. Процесуальна діяльність захисника зі спростування підозри (обвинувачення) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Львів, 2017. 217 с.
7. Коперсак Д.В. Спеціальне досудове розслідування кримінальних правопорушень : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2021. 246 с.
8. Справа «Нечипорук і Йонкало проти України» (Заява № 42310/04) : рішення Європейського суду з прав людини від 21 квіт. 2011 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683.
9. Калініков О.В. Досудове розслідування у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного (in absentia) в Україні та країнах Європи (порівняльно-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2021. 314 с.
10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 груд. 2019 р. у справі № 536/2475/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86365236>.
11. Шишман Д. Обізнаність підозрюваного про розпочате кримінальне провадження як обов'язкова умова для здійснення спеціального досудового розслідування (in absentia). *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 10. С. 179–183.
12. Горошинський О. Особливості застосування спеціального досудового розслідування і судового розгляду. URL: <https://gogo.ua/ru>.

Pelikhos Ye. Defender's activity as an important guarantee of ensuring the right to defense during the granting of permission to conduct a special pre-trial investigation

Summary. The article is devoted to the consideration of the essence of the procedural activity of the defense counsel as an important guarantee of ensuring the right to defense during the granting of permission to conduct a special pre-trial investigation.

It was noted that the provision of qualified legal assistance by the defense counsel provides an opportunity to get acquainted with the materials attached to the petition for a special pre-trial investigation, provide substantiated objections to the sufficiency of facts and evidence in favor of the analyzed criminal procedure and proper preparation for consideration. In this context it is supported, the proposals of scholars to set

a procedural deadline for submitting a petition for a special pre-trial investigation to the defense counsel, which should be 5 days and sufficient for the defense counsel to properly perform his functions and define the concept of protection defense given the lack of proper communication between the defense counsel and the suspect.

Taking into account the views of scientists and the provisions of Art. 297-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, an attempt was made to single out the activities of the defense counsel in the course of resolving the petition by investigating judge for a special pre-trial investigation. It is determined that one of the activities of the defender is to refute the material grounds, according to which a special pre-trial investigation can be carried out only in criminal proceedings in relation to the defined in Part 2 of Art. 297-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine categories of crimes.

It is disclosed the content of the defense counsel's activity on refuting the procedural grounds for conducting a special pre-trial investigation which consists in: 1) identifying violations of the law during the procedure of notification of suspicion; 2) establishing the existence of information proving the existence of circumstances that the suspect is hiding from the investigation and court in the temporarily occupied territory of Ukraine, in the state recognized by the Verkhovna Rada of Ukraine as an aggressor state, in order to evade criminal responsibility and / or declared on the international wanted list.

The problem of the defender's activity in denying the suspicion was noted. Emphasis is placed on the fact that the lack of proper communication with the client actually deprives the lawyer of the opportunity to take measures to obtain evidence that refutes the suspicion and forces him to limit himself to examining evidence provided by the prosecution, which contradicts the purpose of protection. Attention is drawn to the fact that the lawyer independently determines the position of the defense, based on the fact that the procedural interest of the suspect and defense counsel is the same – protection against suspicion.

Key words: defense counsel, the right to defense, special pre-trial investigation.

*Машика В. П.,**аспірант**Академії праці, соціальних відносин і туризму*

ПРЕДСТАВНИЦТВО СВІДКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. У статті приділено увагу такому учаснику кримінально-процесуальної діяльності, як свідок, який має низку процесуальних прав та обов'язків, але не в повному обсязі може їх реалізувати через відсутність спеціальних знань. У такому разі, дотримуючись положень КПК України, слід надати повноцінну можливість реалізації прав свідків у кримінальному провадженні. Дослідженням питанням представництва свідків займалися такі науковці, як В.В. Заборовський, Т.О. Закревська, Л. Коваленко, Т.В. Корчева, О.М. Крукевич, О.В. Лепей, В.М. Лушпієнко, Ю.В. Милоненко, В. Ортинський, С.В. Рокунь, які стверджують, що вказане питання потребує додаткового нормативно-правового регулювання та внесення законодавчих змін.

Свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань. Інститут захисту прав та інтересів свідків у кримінальному провадженні є незахищеним, а тому свідки відмовляються повною мірою надавати інформацію для органу досудового розслідування. За допомогою інформації, яку свідок повідомить слідчому/дознавачу, останні мають можливість активізувати розслідування, встановити осіб, причетних до скоєння кримінального правопорушення.

Адвокат у кримінальному провадженні може мати статус представника, адвоката та захисника, у зв'язку з чим виконує різні процесуальні функції. На практиці адвокати на етапі надання правової допомоги свідку в кримінальному провадженні часто ототожнюють своє положення і процесуальний статус зі статусом захисника, унаслідок цього зловживаючи своїми процесуальними правами.

Існують процесуальні проблеми, які пов'язані з реалізацією гарантій свідка (малолітнього, неповнолітнього, повнолітнього). Труднощі пов'язані з відсутністю правової регламентації представництва свідка.

Необхідно врегулювати на законодавчому рівні питання залучення представника свідка для реалізації повноважень.

Ключові слова: свідок, адвокат, розслідування, допит, представництво.

Постановка проблеми. Розслідування кримінального провадження передбачає проведення низки слідчих (процесуальних) дій, у тому числі проведення допиту свідків. Такий суб'єкт, як свідок, володіє необхідною для органу досудового розслідування інформацією. У судовому провадженні показання свідка сприймаються судом особисто. На будь-якій стадії кримінального провадження свідок має можливість залучити представника, який вирішить питання надання правової допомоги.

Існують процесуальні проблеми, які пов'язані з реалізацією гарантій свідка (малолітнього, неповнолітнього, повноліт-

нього). Труднощі пов'язані з відсутністю правової регламентації представництва свідка.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У контексті порушеної проблематики важливо відзначити, що одним із суб'єктів кримінального провадження є свідок, який наділений низкою процесуальних прав та обов'язків. При цьому свідок не має можливості повною мірою реалізувати свої процесуальні можливості через представників. Тематиці представництва свідка присвячено низку наукових праць, зокрема ці питання розглянуто в роботах таких науковців, як В.В. Заборовський, Л. Коваленко, Т.В. Корчева, О.М. Крукевич, В.М. Лушпієнко, Ю.В. Милоненко, С.В. Рокунь та ін.

Незважаючи на наявність окремих досліджень із проблематики представництва свідка у кримінальному провадженні, багато питань залишаються невирішеними та малодослідженими, що визначає актуальність тематики. Указане питання потребує додаткового законодавчого регулювання шляхом внесення змін до кримінально-процесуального законодавства.

Метою статті є дослідження положень кримінально-процесуального законодавства в частині надання правової допомоги такому учаснику кримінального провадження, як свідок; дослідження процесу реалізації прав та обов'язків свідка через представників; установа осіб, які мають право бути представниками свідків у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження і яка викликана для давання показань (ст. 65 КПК). Свідок має право користуватися під час давання показань та участі в проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються положеннями ст. 50 КПК (свідцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, ордер, договір із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги) (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК) [1].

О.М. Крукевич дала визначення поняття «допит дитини» та вказала на те, що така процесуальна дія є частиною правосуддя, з яким вона стикається, а тому сам допит дитини має відповідати принципам правосуддя, дружнього до дитини, зокрема кожній дитині має бути надана підтримка та професійна допомога під час її допиту.

Виникає складність у тому, що допит неповнолітньої особи на досудовій стадії провадження у будь-якому разі є нервовим для дитини та є стресовою ситуацією. Слід визначити, за яких умов та в якій формі має надаватися підтримка під час такого допиту.

У зв'язку з реалізацією положень ч. 1 ст. 375 КПК «допит малолітнього свідка і, за розсудом суду, неповнолітнього свідка

проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, за необхідності – лікаря» встановлено, що малолітній свідок і неповнолітній свідок (дитина віком від 14 до 18 років) не наділені рівними правами під час допиту, що прямо суперечить міжнародним стандартам [2, с. 153–154]. Малолітній та неповнолітній свідок у кримінальному провадженні наділяється можливістю залучення її представника, у тому числі педагога, психолога, лікаря.

В.М. Лушпінко зазначив, що вік особи у кримінальному провадженні зумовлює природні причини закріплення додаткових гарантій та свідчить про відмінність неповнолітніх серед інших суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності.

Виділено основні гарантії участі неповнолітнього як свідка у кримінальному провадженні: 1) порядок здійснення виклику в кримінальному провадженні: повістка про виклик неповнолітньої особи, як правило, вручається її батьку, матері, усиновлювачу або законному представнику (ч. 4 ст. 135 КПК); 2) привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи (ч. 3 ст. 140 КПК); 3) особливості проведення допиту під час досудового розслідування: 3.1) у кримінальних провадженнях щодо злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, а також щодо злочинів, учинених із застосуванням насильства або погрозою його застосування, одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях не може бути проведений за участю малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого разом з підозрюваним (ч. 9 ст. 224 КПК); 3.2) проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря, які наділяються обов'язком бути присутніми під час допиту, а також право заперечувати проти запитань та ставити запитання (ч. ч. 1, 4 ст. 226 КПК); 3.3) не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом – понад дві години на день (ч. 2 ст. 226 КПК); 3.4) особам, які не досягли шістнадцятирічного віку, роз'яснюється обов'язок про необхідність давання правдивих показань, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання (ч. 3 ст. 226 КПК); 3.5) можливість проведення допиту під час досудового розслідування у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення (дистанційне досудове розслідування) (ч. 1 ст. 232 КПК); 4) особливості проведення допиту у судовому провадженні: 4.1) допит малолітнього свідка в усіх випадках проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності – лікаря, яким роз'яснюється їхній обов'язок бути присутніми під час допиту, а також право протестувати проти запитань та ставити запитання. Головуючий має право відвести поставлене питання (ч. 1 ст. 354 КПК); 4.2) за розсудом суду допит неповнолітнього свідка може проводитися в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності – лікаря (ч. 1 ст. 354 КПК); 4.3) свідку, який не досяг шістнадцятирічного віку, головуєчий роз'яснює обов'язок про необхідність давати правдиві показання, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання, і не приводить до присяги (ч. 2 ст. 354 КПК); 4.4) можливість проведення допиту під час судового провадження у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення (дистанційне судове провадження) (ч. 1 ст. 336 КПК, ч. 4 ст. 354 КПК) [3, с. 93–94]. Неухильне дотримання гарантій неповнолітнього свідка слугує

підставою сприйняття показань судом та закріплення їх у протоколі допиту.

Л. Коваленко наголошує, що серед способів одержання від неповнолітнього свідка будь-яких показань є його безпосередній допит. Характерні для неповнолітніх фізіологічні та психологічні особливості не вважаються перешкодою для допиту, адже це не психічні вади, хоча вони, без сумніву, впливають на процес формування і давання показань. Важливо під час вибору психолога, педагога або лікаря підходити до цих питань не формально, а враховувати стаж, кваліфікацію, освіту. Зазначене питання потребує додаткового нормативно-правового регулювання та внесення законодавчих змін.

Потребує додаткового законодавчого закріплення механізм допиту неповнолітнього свідка, а саме: можливість використання спеціально обладнаної кімнати для проведення допиту, у якій створюється необхідна атмосфера без додаткового стресу для неповнолітньої особи; проведення допиту в режимі відеоконференції (із залученням усіх осіб) із метою подальшого використання такого допиту в суді без виклику особи; створення чіткого плану допиту для отримання максимальної кількості інформації, що допоможе уникнути проведення повторних процесуальних дій [4, с. 76].

Слід урахувати психологічні особливості особи, яка допитується, вибравши максимально сприятливі умови для отримання правдивих свідчень від неповнолітнього свідка. Необхідно дотримуватися процесуальних та психологічних умов проведення допиту: залучити всіх обов'язкових учасників процесуальної дії; створити позитивну атмосферу; визначити перелік питань.

Із метою облаштування спеціально обладнаних кімнат допиту неповнолітніх свідків слід вивести питання на більш глобальний рівень, проводити дослідження із залученням психологів та педагогів. Таке дослідження має підтвердити або спростувати необхідність таких кімнат. При цьому фінансування такого проекту значне.

Ю.В. Милоненко стверджує, що у кримінально-процесуальному законодавстві відсутній інститут захисту прав та інтересів свідка, що призводить до відмови дачі показань та подальшої співпраці з органами досудового розслідування. Така ситуація призводить до гальмування кримінального провадження і перешкоджає реалізації завдань кримінального процесу [5, с. 399]. Свідки не почувають себе захищеними під час реалізації обов'язку щодо дачі показань.

С.В. Рокунь дослідив питання представництва свідка та зауважив, що доцільно внести зміни та доповнити кодекс статтею «Адвокат, який надає правову допомогу свідку», основним змістом якої є таке: 1. Адвокатом, який надає правову допомогу свідку, є особа, повноваження якої підтверджено в порядку, передбаченому ст. 50 КПК. 2. Адвокат має право: 1) бути присутнім та брати участь у проведенні слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, які проводяться за участю свідка; 2) ознайомлюватися зі змістом протоколів слідчих (розшукових) дій, які проводяться за участю свідка, робити письмові зауваження; 3) складати від імені свідка письмові заяви, скарги, клопотання та інші документи правового характеру; 4) подавати клопотання про застосування заходів безпеки до свідка; 5) подавати скарги на рішення, дії, бездіяльність слідчого, прокурора, що стосуються інтересів свідка. 3. Адвокат може бути запрошений

свідком або іншими особами на його прохання або в його інтересах [6, с. 156].

С.В. Рокунь розглянув питання правового статусу особи, який надає правову допомогу свідку у кримінальному провадженні, та висловив основну проблему, яка полягає у недосконалому нормативно-правовому регулюванні правової допомоги свідку. На практиці адвокати на етапі надання правової допомоги свідку в кримінальному провадженні часто ототожнюють своє положення й процесуальний статус зі статусом захисника, унаслідок цього зловживаючи своїми процесуальними правами.

Правова невизначеність у самому КПК України статусу особи, яка надає правничу допомогу свідку, як і статусу захисника, незважаючи на наявність більш широкого визначення прав адвоката в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у кримінальному процесі зумовлює безліч юридичних колізій [6, с. 157]. Необхідно питання представництва свідків окремо закріпити на законодавчому рівні та врегулювати для усунення процесуальних невідповідностей.

Т.В. Корчева стверджує, що професійна правнича допомога свідку у кримінальному провадженні повинна здійснюватися у формі представництва, яке, як відомо, є одним із видів адвокатської діяльності. Право свідка на запрошення й участь адвоката не може обмежуватися ні процесуальними рамками щодо стадій кримінального провадження, ні в часі, ні в характері спілкування.

Т.В. Корчева вважає, що необхідно передбачити норму, у якій закріплювалися б процесуальні права й обов'язки адвоката – представника свідка, можливість (або заборона) відмови його від участі у кримінальному провадженні (із указівкою підстав для цього), а також право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів, що ведуть кримінальне провадження [7, с. 319]. Більшість науковців підтримує позицію щодо надання адвокату правових підстав представництва у кримінальному провадженні, розширенні процесуальних прав та обов'язків.

В.В. Заборовський указує на те, що адвокат у кримінальному провадженні може мати статус представника, адвоката та захисника, у зв'язку з чим виконує різні процесуальні функції. Невизначеність правового статусу адвоката свідка впливає й на належну реалізацію ним його основної функції щодо надання правової допомоги свідку [8, с. 169]. Урегулювати зазначене питання можливо в умовах визначення правового статусу адвоката свідка, а також на законодавчому рівні визначення кола його повноважень зумовить можливість належної реалізації адвокатом його основної функції щодо надання правової допомоги свідку [8, с. 172].

Т. Закревська зазначає, що потребують подальшого розроблення, а також законодавчого доопрацювання процедура залучення адвоката для свідка та його права й обов'язки як представника [9, с. 79].

В. Ортинський, досліджуючи проблеми захисту свідків у кримінальному провадженні України та зарубіжних країн, дійшов висновку, що одним з основних гарантій довіри до показань свідка є гарантія правової допомоги свідку адвокатом [10, с. 3].

О. Лепей та О. Вакулика пропонують доповнити ст. 78 КПК таким змістом: адвокат не може надавати правову допомогу свідку за наявності підстав для відводу захисника та представ-

ника [11, с. 280]. У цілому науковці підтримують необхідність здійснення адвокатом представницьких повноважень свідка.

Висновки. Свідок у кримінальному провадженні є обов'язковим учасником кримінально-процесуальної діяльності, водночас свідок – найменш захищений учасник кримінального провадження. Під час реалізації прав та обов'язків свідка останній має право користуватися у процесі давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються відповідно до кримінально-процесуального закону. Своєю чергою, адвокат у кримінальному провадженні може мати статус представника, адвоката та захисника, у зв'язку з чим виконує різні процесуальні функції. Слід урегулювати на законодавчому рівні питання залучення представника свідка для реалізації повноважень.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.04.2010 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 43. Ст. 348.
2. Крукевич О.М. Участь неповнолітнього свідка у кримінальному судочинстві. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 4. С. 152–159.
3. Лушпінко В.М. Особливості участі неповнолітніх осіб як свідків у кримінальному провадженні України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2017. С. 92–97.
4. Коваленко Л. Підготовка до допиту неповнолітнього свідка в судовому кримінальному провадженні. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 71–78.
5. Милоненко Ю.В. Процесуальний захист прав свідка: міжнародний досвід. *Молодий вчений*. 2019. № 4. С. 399–402.
6. Рокунь С.В. Проблеми визначення правового статусу особи, яка надає правову допомогу свідку в кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 5. С. 155–158.
7. Корчева Т.В. Надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні як вид адвокатської діяльності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 1. С. 316–320.
8. Заборовський В.В. Правовий статус адвоката свідка. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. № 36. С. 169–173.
9. Закревська Т.О. Правовий статус свідка у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2020. № 48. С. 78–82.
10. Ортинський В. Захист свідка у кримінальному провадженні: досвід окремих держав та можливості його реалізації в Україні. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2020. № 4. С. 1–8.
11. Лепей О.В., Вакулик О.О. Адвокат свідка у кримінальному провадженні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. № 2. С. 277–281.

Mashyka V. Representation of a witness in criminal proceedings

Summary. The scientific article pays attention to such a participant in criminal procedure as a witness who has a number of procedural rights and responsibilities, but can not fully implement them due to lack of special knowledge. In this case, in accordance with the provisions of the CPC of Ukraine, it is necessary to provide a full opportunity to exercise the rights of witnesses in criminal proceedings. Such scientists as Zaborovsky VV, Zakrevskaya TO, Kovalenko L., Korcheva TV, Krukevich OM, Lepey OV, Lushpynko VM,

Milonenko Yu were engaged in research on the issue of witness representation. .V., Ortynsky V., Rokun SV, who argue that this issue requires additional legal regulation and legislative changes.

A witness is a natural person who is aware or may be aware of the circumstances to be proved during criminal proceedings and who is summoned to testify. The Institute for the Protection of the Rights and Interests of Witnesses in Criminal Proceedings is vulnerable, which is why witnesses refuse to fully provide information to the pre-trial investigation body. With the help of information provided by the witness to the investigator / investigator, the latter have the opportunity to intensify the investigation; identify persons involved in the commission of a criminal offense.

A lawyer in criminal proceedings may have the status of a representative, lawyer and defense counsel, and therefore performs various procedural functions. In practice, lawyers at the stage of providing legal assistance to a witness in criminal proceedings often equate their position and procedural status with the status of defense counsel, thereby abusing their procedural rights.

There are procedural problems associated with the implementation of the guarantees of the witness (minor, juvenile, adult). Difficulties are related to the lack of legal regulation of witness representation.

The issue of involving a witness representative for the exercise of powers needs to be regulated at the legislative level.

Key words: witness, lawyer, investigation, interrogation, representation.

*Помаз Я. О.,**ад'юнкт 3-го курсу**Академії Державної пенітенціарної служби*

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ УНАСЛІДОК ПРОВОКАЦІЇ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Анотація. У статті автором проаналізовано практичну сторону застосування положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) щодо використання під час доказування доказів, отриманих унаслідок провокації учинення злочину під час фіксування протиправної діяльності осіб, пов'язаної із незаконним збутом заборонених до обігу речовин.

Установлено, що провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину з боку співробітників правоохоронних органів нині є вкрай актуальною не тільки в Україні, але і в інших державах світу.

Небезпека цього поняття полягає в тому, що з метою притягнення винних до кримінальної відповідальності правоохоронні органи своїми активними діями штучно створюють докази винуватості особи, що не відповідає загальним засадам кримінального провадження.

У переважній більшості провокація вчинення злочину стосується кримінальних проваджень про кримінальні правопорушення у сфері збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Для кращого розуміння змісту поняття «провокація» вивчено досвід інших країн світу.

Стаття містить статистичні дані про кількість кримінальних проваджень, які у 2020 році перебували на розгляді у судах першої інстанції, а також даних про ухвалені вироки у провадженнях зазначеної категорії та про кількість осіб, притягнутих за ними до кримінальної відповідальності.

У запропонованій статті вивчено практику національних судів та Європейського суду з прав людини на предмет використання доказів унаслідок провокації. Проведеним аналізом цих рішень визначено недоліки у діяльності правоохоронних органів під час збирання доказів.

Сформовано проблемні питання, що стосуються законодавчого визначення самого поняття «провокація» та використання у доказуванні в такий спосіб доказів, а також відмежування правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів від провокації під час документування фактів незаконного збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Зроблено певні висновки за результатами цього дослідження та з'ясовано, що нині існує необхідність закріплення законодавчого визначення провокації злочину, недопустимості доказів, здобутих у такий спосіб, а також установлення кримінальної відповідальності за провадження (підбурювання) особи на вчинення злочину.

Як висновок пропонується внести відповідні зміни і доповнення до КПК України та КК України. Такі зміни

усунуть прогалини законодавства, підвищать ефективність проведення досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження.

Ключові слова: провокація, допустимість, докази.

Постановка проблеми. Проблематика, пов'язана із провокацією (підбурюванням) особи на вчинення злочину з боку працівників правоохоронних органів, насамперед у кримінальних провадженнях, розпочатих за фактами збуту заборонених до обігу речовин, була та залишається актуальною і донині.

Всім відомо, що під час досудового слідства цієї категорії кримінальних проваджень правоохоронні органи майже завжди проводять відповідні негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НС(Р)Д). Водночас, незважаючи на досить часте використання під час доказування цього різновиду слідчих (розшукових) дій, на практиці існують певні труднощі використання результатів таких слідчих дій у доказуванні, насамперед отриманих унаслідок провокації. Отже, актуальною є потреба у пошуку шляхів для вирішення зазначеної проблеми.

Загалом питання провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину досліджували у наукових працях О.І. Альошина, О.М. Дроздов, М.А. Погорецький, С.Б. Фомін та інші.

Метою роботи є дослідження допустимості доказів, отриманих унаслідок провокації під час досудового слідства кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним збутом наркотичних засобів.

Виклад основного матеріалу дослідження. У статті 87 КПК України законодавець наводить перелік діянь, які суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав і свобод людини, що є підставою для визнання отриманих доказів недопустимими. Зокрема, такі докази не можуть використовуватись уповноваженими суб'єктами під час прийняття процесуальних рішень, а також на них не може посилатися суд під час ухвалення судового рішення. Цей перелік не є вичерпним і слугує певним орієнтиром у правозастосуванні.

Істотні порушення прав і свобод людини впливають на допустимість доказів, отриманих за результатами проведення слідчих дій. Зокрема, це стосується провокації на вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів під час проведення деяких видів НС(Р)Д.

Отже, здобути у такий спосіб докази мають бути ретельно перевірені на стадії досудового розслідування – слідчим і прокурором, а під час судового розгляду провадження – судом.

Допустимість отриманих доказів унаслідок провокації під час проведення слідчих дій є проблемою не тільки в Україні, але і в інших державах світу.

Недоліки національного законодавства у частині відсутності законодавчого визначення поняття «провокація» суттєво впливають не тільки на ефективність та якість досудового розслідування кримінальних правопорушень, зокрема пов'язаних із незаконним збутом заборонених до обігу речовин, але і на стадію судового розгляду.

Водночас немає єдиного підходу до вирішення зазначених проблем і у практиці національних судів.

Загалом за статистичними даними, розміщеними на сайті Судової влади України у 2020 році, на розгляді у судах першої інстанції із урахуванням проваджень, направлених у минулі роки, перебувало 4701 (2019 рік – 3791) кримінальне провадження відносно 6179 (2019 рік – 4922) осіб, обвинувачених у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України. Всього у зазначений період із постановленням вироку розглянуто 808 (2019 рік – 841) проваджень, засуджено 788 (2019 рік – 770) осіб та 29 (2019 рік – 56) виправдано [1].

Аналізуючи зазначені статистичні дані, можна зробити висновок, що відсоток розглянутих упродовж року судами проваджень є дуже низьким (2020 рік – 17 %, 2019 рік – 22%), що може свідчити про складність у доказуванні на стадії судового розгляду кримінальних правопорушень зазначеної категорії. Водночас у 2020 році на розгляді у судах першої інстанції перебувало на 20% більше кримінальних проваджень, ніж у 2019 році.

Тривалий розгляд кримінальних проваджень зазначеної категорії у суді, наявність виправдувальних вироків свідчить про наявність певних проблем, які потребують швидкого реагування і негайного вирішення.

Однією із ключових проблем насамперед у категорії кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом заборонених до обігу речовин, яка має вагоме практичне значення на стадії кримінального провадження, є провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину працівниками правоохоронних органів.

Суспільна небезпечність цього поняття розкривається в тому, що умисні дії працівників правоохоронних органів направлені на штучне створення доказів винуватості особи, що не сприяє виконанню завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК України.

Саме дотримання процесуального порядку отримання доказів у кримінальному провадженні є однією з умов належного захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження, а рішення прокурора, слідчого, суду мають ґрунтуватися на належних і допустимих доказах.

Саме з використанням здобутих у кримінальному провадженні доказів уповноваженими суб'єктами приймаються відповідні процесуальні рішення.

Проблемі провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у науковій літературі приділялася достатня увага багатьма науковцями.

Водночас, незважаючи на те, що проблемі провокації злочину науковцями приділено досить часу, поза увагою залишилося визначення самого поняття «провокація», використання у доказуванні в такий спосіб доказів, а також від-

межування правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів від провокації своїми діями злочину під час фіксування збуту заборонених до обігу речовин.

Наразі кримінальне процесуальне законодавство України не містить нормативного визначення поняття «провокація». Через це на практиці виникають певні труднощі щодо використання у кримінальному провадженні доказів, отриманих унаслідок провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину.

У свою чергу, отримані у такий спосіб докази мають бути ретельно перевірені на стадії досудового розслідування і судового розгляду, за результатами якої уповноважені суб'єкти повинні надати їм належну правову оцінку.

Згадка у процесуальному законодавстві про заборону провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину міститься лише у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Згідно із приписами ч. 3 ст. 271 КПК України під час підготовки і проведення заходів із контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобути в такий спосіб речі і документи не можуть використовуватись у кримінальному провадженні [2].

Отже, проаналізувавши положення зазначеної статті, варто відмітити, що законодавцем визначено можливі форми провокації, але водночас самого визначення поняття «провокація» національне законодавство не містить.

Незважаючи на досить високі оцінки КПК України міжнародними партнерами, дуже часто трапляються випадки порушення його норм, зокрема вчинення провокації злочину працівниками правоохоронних органів, що є неприпустимим і потребує негайного усунення такого негативного явища під час досудового розслідування кримінальних проваджень вищезазначеної категорії.

Використання співробітниками правоохоронних органів у своїй практичній діяльності методів провокації не є новим, оскільки у кримінальному законодавстві відсутні належні заходи реагування на таку їхню поведінку. Відомо, що ст. 370 КК України передбачає кримінальну відповідальність за провокацію підкупу і стосується тільки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності, а суб'єктом злочину є тільки службова особа.

Допустимі докази, тобто отримані у порядку, встановленому КПК України, впливають на перспективи кримінального провадження загалом. Недопустимі докази не можуть використані під час прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні, а також на них не може посилатися суд під час винесення рішення.

Зокрема, у рішенні Конституційного Суду України від 20.10.2011 № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України суд зауважив, що визнаватися допустимими і використовуватись як докази у кримінальному провадженні можуть тільки фактичні відомості, одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Крім того, суд констатував, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отрима-

них незаконним шляхом, зокрема одержаних із порушенням порядку, встановленого законом [3].

Задля кращого розкриття змісту поняття «провокація» слід вивчити досвід інших країн світу. Зокрема, у ст. 145 КК Грузії провокацію злочину визначають, як схилення особи до вчинення злочину з метою притягнення її до кримінальної відповідальності [4].

За КК Королівства Іспанії, провокацією вважається безпосереднє підбурювання особи до вчинення злочину через пресу, радіо або інші засоби подібної дії, які сприяють розголошенню інформації перед скупченням народу [5].

У ФРН під поняттям «провокація» розуміють прагнення змусити особу, яка готується до вчинення злочину, діяти у невідповідних для себе умовах, тим самим полегшуючи задачу затримання і викриття правопорушника. Співробітники правоохоронних органів не підлягають покаранню за вчинення провокаційних дій, оскільки їхні дії спрямовані не на вчинення злочину, а на те, щоб попередити більш небезпечні наслідки [6].

У США провокацію злочину вперше визнано як обставину, що містить винність особи, та вироблено доктрину, відповідно до якої поліцейська провокація ділиться на «правомірну» і «неправомірну». Остання має місце, коли співробітник правоохоронних органів (або особа, яка надає їм сприяння) з метою ініціювання кримінального переслідування активно спонукає особу до скоєння злочину, який той не мав наміру вчинити. У такому випадку дії агента розглядаються як «затягування у пастку» та оголошуються неправими [7].

Наразі національне законодавство не має визначення поняття «провокація». Через це існують певні труднощі у доведенні стороною обвинувачення під час розгляду кримінального провадження у суді допустимості доказів, здобутих унаслідок провокації, а посилання на заборону провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину є лише у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Проблематика провокації злочину неодноразово ставала предметом розгляду у ЄСПЛ у частині порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Як зазначив ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви», провокація має місце тоді, коли працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів злочинної діяльності та реєстрації кримінального провадження, впливають на особу, схиляючи її до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений [8].

Зокрема, ЄСПЛ сформовано правову позицію щодо використання доказів унаслідок провокації. Зокрема, ЄСПЛ у справі «Ваньян проти Російської Федерації» зазначив, що докази, отримані внаслідок провокації злочину, не можуть використовуватися під час кримінального провадження, що свідчить про порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [9].

Водночас ЄСПЛ у своїх рішеннях констатує тільки порушення відповідних статей Конвенції, а визнання доказів неприпустимими відносить до компетенції національних судів.

Загалом практика ЄСПЛ спрямована на пошук відповідних критеріїв, які дали б змогу відрізнити правомірну

поведінку від неправомірної у діяльності правоохоронних органів.

Водночас у кримінальному процесуальному законодавстві України не визначено межі дозволеної (правомірної) поведінки правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д, що, у свою чергу, призводить до зловживання ними своїми правами під час проведення зазначених слідчих дій.

Відсутність у національному законодавстві встановлених критеріїв розмежування провокації на вчинення злочину від правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів під час фіксації збуту наркотичних засобів призводить до формування на території України різної судової практики.

У такій ситуації докази, отримані внаслідок проведення НС(Р)Д, визнаються судами допустимими, а в іншому випадку – недопустимими, на які не може посилатися суд, ухвалюючи відповідне судове рішення.

У свою чергу, така неузгодженість вкотре підкреслює проблематику порушеного питання, яка була та залишається актуальною і нині.

В Україні під впливом практики ЄСПЛ почала розвиватися своя національна практика. Суди України все частіше використовують у своїй практиці рішення ЄСПЛ.

Проаналізувавши судову практику, можна відмітити, що національні суди під час винесення виправдувальних вироків посилаються на положення ч. 3 ст. 271 КПК України та відповідні рішення ЄСПЛ.

У рішеннях, де судами встановлено провокацію (підбурювання) особи на вчинення злочину з боку правоохоронних органів, докази визнавалися недопустимими, а особи – невинуватими.

Наприклад, постановою Верховного Суду від 12.08.2020 залишено без змін вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя та ухвалу Запорізького апеляційного суду, якими обвинуваченого визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні за ч. 2 ст. 307 КК України та виправдано. У зазначеній справі суд касаційної інстанції установив, що відсутність відомостей, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення обвинуваченим злочину до моменту проведення оперативного закупування і встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок, свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів. Тому докази, отримані внаслідок підбурювання, не можуть бути покладені в основу обвинувачення [10].

Загалом у своїх рішеннях суди України активно посилаються на практику ЄСПЛ, зокрема щодо провокації учинення злочину, що має важливе значення для національного законодавства.

За відсутності законодавчого визначення поняття «провокація» національні суди для її установлення або відсутності беруть різні критерії.

Нині судова практика України спрямована на пошук критеріїв, за допомогою яких можна виокремити дозволена поведінку правоохоронних органів від неправомірної, пов'язаної із провокацією на вчинення злочину під час фіксування злочинної діяльності осіб.

Установлення цих критеріїв призведе: 1) до встановлення єдиної судової практики на території України; 2) дозволить відрізнити правомірну поведінку правоохоронних

органів від непропорційної під час фіксування протиправної діяльності осіб.

Отже, провокація вчинення злочину є підставою для визнання здобутих у такий спосіб доказів неприпустимими і не є законним способом збирання доказів у розумінні положень ст. 93 КПК України.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, ми можемо констатувати, що нині кримінальне процесуальне законодавство в цій частині потребує подальшого наукового вивчення. Наразі існує необхідність законодавчого визначення провокації злочину, недопустимості доказів, здобутих у такий спосіб, а також установлення кримінальної відповідальності за провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину.

За таких обставин виникає необхідність внесення відповідних змін до КПК України та КК України. Такі зміни усунуть прогалини законодавства і сприятимуть ефективному проведенню досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження.

Література:

1. Статистичні дані. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019-2020 р. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/ (дата звернення: 26.12.2021).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 25.11.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 26.12.2021).
3. Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011. Справа № 12-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text> (дата звернення 26.12.2021).
4. Кримінальний кодекс Грузії: URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=22> (дата звернення: 27.02.2021).
5. Кримінальний кодекс Королівства Іспанії: URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> (дата звернення: 26.12.2021).
6. Гайдук А.П. Зарубежный опыт расследования и раскрытия преступлений в сфере коррупции. *Известия методологического центра профессионального образования и координации научных исследований*. 1996. № 4. С. 168-174. С. 168
7. Гладун О.З. та ін. Провокація вчинення злочину: практика Європейського суду з прав людини та національних судів: наук.-практ. посібник. Київ: Національна академія прокуратури, 2019. 118 с. С. 7.
8. Раманаускас проти Литви (Ramanauskas v. Lithuania): витяг з рішення Європейського суду з прав людини від 05.02.2008, заява № 55146/14. URL: <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/c48a563ee2b08a54c225758600379986?OpenDocument> (дата звернення: 26.12.2021).
9. Ваньян проти Росії (Vanyan v. Russia): рішення Європейського суду з прав людини від 15.12.2005, заява № 53203/99. URL: <https://www.srji.org/resources/search/27/> (дата звернення: 26.12.2021).

10. Постанова Верховного Суду від 12.08.2020. Справа № 333/7457/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414> (дата звернення 26.12.2021).

Pomaz Ya. Admissibility of evidence obtained as a result of provocation during the pre-trial investigation of criminal offenses related to illicit drug trafficking

Summary. The author analyzes the practical side of the application of the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter – CPC of Ukraine), concerning the use in evidence of evidence obtained as a result of provocation of a crime during the recording of illegal activities of persons involved in illegal trade.

It is established that the provocation (incitement) of a person to commit a crime by law enforcement officers today is extremely relevant not only in Ukraine but also in other countries.

The danger of this concept is that in order to bring the perpetrators to justice, law enforcement agencies by their active actions artificially create evidence of guilt of a person who does not meet the general principles of criminal proceedings.

The vast majority of provocations involve criminal proceedings for criminal offenses in the field of sale of narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues.

To better understand the meaning of the concept of "provocation" studied the experience of other countries.

The article contains statistical data on the number of criminal proceedings pending in the courts of first instance in 2020, as well as data on the sentences passed in proceedings of this category and the number of persons prosecuted for them.

The proposed article examines the case law of national courts and the European Court of Human Rights on the use of evidence as a result of provocation. The analysis of these decisions identified shortcomings in the activities of law enforcement agencies during the collection of evidence.

Problematic issues related to the legislative definition of the concept of provocation, the use of evidence in this way, as well as the separation of lawful (permissible) behavior of law enforcement agencies from provocation in documenting the facts of illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues.

Some conclusions have been drawn from the results of this study and it is clear that at present there is a need to consolidate the legal definition of provocation, inadmissibility of evidence obtained in this way, as well as criminal liability for provoking (inciting) a person to commit a crime.

In conclusion, it is proposed to make appropriate changes and additions to the CPC of Ukraine and the Criminal Code of Ukraine. Such changes will eliminate gaps in the legislation and increase the efficiency of pre-trial investigation and trial of criminal proceedings.

Key words: provocation, admissibility, evidence.

*Буртовий М. О.,**здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПОТЕРПІЛОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Анотація. Статтю присвячено аналізу чинного кримінального процесуального законодавства України, що регламентує статус потерпілого як основного учасника у кримінальному провадженні. Розглянуто наукові підходи до визначення поняття «потерпілий у кримінальному процесі» та особливості його наділення відповідним правовим статусом. З урахуванням виявлених неточностей та конкуренції норм Кримінального процесуального кодексу України і підзаконних нормативних актів наголошено на необхідності вдосконалення положень кримінального процесуального законодавства, які стосуються зміцнення правового статусу потерпілого, у тому числі підвищення рівня захисту його прав та законних інтересів. Наголошено, що потерпілий у кримінальному процесі – це повноправний учасник кримінально-процесуальних відносин (фізична або юридична особа), якому кримінальним правопорушенням завдано шкоду (фізичну, моральну, майнову, екологічну, шкоду діловій репутації тощо). Зроблено такі висновки: 1) включити у визначення поняття потерпілого вказівку на осіб, чий охоронюваний законом права та інтереси виявилися поставленими під загрозу порушення; 2) переглянути законодавче закріплення переліку видів шкоди як складника фактичної передумови набуття особою процесуального статусу потерпілого; 3) надання особі статусу потерпілого в кримінальному провадженні повинне пов'язуватися з результатом прийняття відповідного процесуального рішення (постанова – прокурором, слідчим, ухвала – суддею), тому доцільно внести відповідні зміни до ст. 55 КПК, зокрема доповнити її абз. 2 таким змістом: «Про визнання громадянина потерпілим особа, яка провадить дізнання, слідчий і суддя виносять постанову, а суд – ухвалу»; 4) поняття потерпілого сформулювати так: потерпілий у кримінальному провадженні – це фізична особа, якій суспільно небезпечним діянням завдано чи поставлено під загрозу заподіяння фізичної, моральної, соціальної, економічної чи будь-якої іншої шкоди, юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано шкоди її майну та (або) діловій репутації або іншої шкоди.

Ключові слова: потерпілий, правовий статус, процесуальне становище, учасник кримінального провадження, кримінальний процес.

Вступ. Швидке, повне та неупереджене розслідування протиправного діяння, зокрема всебічне та об'єктивне дослідження істотних обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному правопорушенні, неможливе без належного виконання своїх процесуальних обов'язків учасниками кримінального провадження. Таке твердження стосується не лише працівників правоохоронних органів, уповноважених у межах визначеної законом компетенції здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень, а й осіб, які є учасни-

ками кримінального провадження (потерпілий, його представник, підозрюваний (обвинувачений), свідок тощо).

Однією зі сторін у більшості кримінальних проваджень виступає потерпілий – особа, відносно якої було вчинено кримінальне правопорушення та (або) чий права чи законні інтереси були порушені внаслідок протиправного діяння, та чи не головний учасник, який має власний інтерес у кримінальному процесі.

Процесуальне становище потерпілого регламентується ч. 1 ст. 55 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), у якому такою особою визнається фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди, а також адміністратор за випуском облігацій, який, відповідно до положень Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», діє в інтересах власників облігацій, яким кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди [1]. Частина 2 ст. 55 КПК містить положення про те, що права й обов'язки потерпілого виникають в особі від моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого.

Окрім того, згідно з ч. 3 ст. 55 КПК, потерпілим є також особа, яка не є заявником, але якій кримінальним правопорушенням завдано шкоду й у зв'язку із цим вона після початку кримінального провадження подала заяву про залучення її до провадження як потерпілого [1]. Отже, фактичною підставою для визнання фізичної особи потерпілим виступає заподіяння їй кримінальним правопорушенням моральної, фізичної або майнової шкоди.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У теорії кримінального процесу питання визначення процесуального статусу потерпілого в кримінальному провадженні в різні часи досліджували такі відомі науковці, як Ю.П. Аленін, С.А. Альперт, В.П. Бож'єв, В.Г. Буткевич, Л.В. Брусніцин, Л.А. Гарбовський, М.І. Гошовський, Ю.М. Грошевий, К.Ф. Гуценко, Г.В. Дідківська, С.В. Давиденко, Т.М. Добровольська, П.С. Елькінд, З.З. Зінатуллін, Д.Ю. Кавун, Л.Д. Кокорев, В.М. Кудрявцев, О.П. Кучинська, О.М. Ларін, Т.В. Лукашкіна, П.А. Лушинська, В.Т. Маляренко, О.Г. Мазалов, Л.Л. Нескороджена, В.Т. Нор, Т.І. Присяжнюк, В.Я. Понарін, В.М. Савицький, М.В. Сенаторов, М.С. Строгович, М.І. Тлепова, В.В. Топчій, І.А. Тітко, Л.Д. Удалова та ін. Водночас, зважаючи на значні наукові напрацювання, потребують подальших наукових досліджень питання, пов'язані з визначенням та вдосконаленням процесуального становища потерпілого у кримінальному провадженні як основного учасника досудової стадії кримінального

провадження, та особливості правового регулювання гарантій забезпечення його прав. Окрім того, в умовах сьогодення реформування, що здійснюється в правоохоронних органах, нині як ніколи необхідна реальна допомога особам, зацікавленим у відновленні своїх порушених прав та інтересів. Тому актуальність питання, що стосується визначення процесуального статусу потерпілого в кримінальному процесі, не викликає заперечень, відповідно, зазначена тематика залишається перспективним напрямом наукового пошуку. На важливість та своєчасність питань щодо поняття особи, потерпілої від кримінального правопорушення, захисту процесуальних прав потерпілого, а також механізму відшкодування завданих йому матеріальних і моральних збитків у кримінальному та кримінальному процесуальному законодавстві звертають увагу також і Л.А. Гарбовський, Г.В. Дідківська, В.В.Топчій [2, с. 21].

Мета статті – на підставі аналізу кримінального процесуального законодавства та наукових підходів розкрити проблемні аспекти правового статусу потерпілого у кримінальному процесі України та визначити (шляхом надання відповідних авторських пропозицій) напрями їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. У законодавстві нашої держави, як зазначають В.О. Боняк та Ю.О. Коломєць, потерпілий є однією з ключових фігур у кримінальному провадженні, про що свідчить той факт, що у чинному КПК України останньому відведено важливе місце, а саме:

а) у переліку основних термінів Кодексу потерпілий визначений як: одна зі сторін кримінального провадження (п. 19 ст. 3); учасник кримінального провадження (п. 25 ст. 3); учасник судового провадження (п. 26 ст. 3);

б) потерпілому і його представнику окремо присвячений § 4 Глави 3 КПК України, у якому встановлено права потерпілого і його представника;

в) спеціальною нормою (ч. 1 ст. 55) серед інших термінів, що вживаються у чинному КПК, надано визначення поняття «потерпілий»;

г) законодавчо визначено лише три обов'язки потерпілого (ст. 57 КПК) порівняно зі значним обсягом прав, серед яких: права потерпілого протягом кримінального провадження (усього 14), права потерпілого під час досудового розслідування – п'ять та його можливості під час судового провадження в будь-якій інстанції – сім (ч. ч. 1–3 ст. 56);

г) потерпілому гарантована можливість примирення з підозрюваним, обвинуваченим й укладання угоди про примирення на всіх стадіях кримінального провадження (ч. 4 ст. 56 КПК) [3].

Із метою визначення сутності та наповнення змісту конструкції «правовий статус потерпілого у кримінальному процесі України» передусім доцільно проаналізувати наукові підходи до визначення вихідного поняття «потерпілий у кримінальному процесі». Це може стати основою дослідження інших важливих питань, що мають наукове й прикладне значення, та надасть можливість висловити власне бачення щодо сутності та змісту зазначеної категорії.

Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочину і зловживання владою від 29.11.1985 під терміном «жертва» («потерпілий») розуміє осіб, яким індивідуально або колективно було завдано шкоду, включаючи тілесні ушкодження або моральні збитки, емоційні страждання, матеріальні збитки або істотне ущемлення їхніх основних прав унаслідок дії або без-

діяльності, що порушує чинне національне кримінальне законодавство держав-членів, включаючи закони, що забороняють зловживання владою [4]. У цьому дослідженні не акцентувати увагу на виявленні відмінностей між категоріями «жертва» (віктимологія) і «потерпілий» (правовий аспект), оскільки з позиції загальноюридичного виміру нас цікавить саме процесуальний статус певної особи, що безпосередньо пов'язаний із учиненням визначених законом процесуальних дій.

Аналіз зазначеного поняття розпочнемо з огляду наукових підходів відомих теоретиків. Так, на думку видатного російського правознавця Н.С. Таганцева, «потерпілим від злочинного діяння є передусім власник того правозахищеного інтересу, якому безпосередньо завдав шкоду або який наразив на небезпеку злочинець, і не має значення, чи буде таким власником одна особа, сукупність осіб, що входить чи не входить до складу юридичної особи, включаючи й саму державу як багатоманітного власника прав та інтересів» [5, с. 21]. Схоже тлумачення надав і Б.С. Никифоров, визначаючи потерпілого як носія відповідних інтересів, забезпечених заборонаю або велінням кримінального закону. Він також допускав однакову можливість держави, державних установ, об'єднань осіб, однієї особи бути потерпілими [6, с. 49–50]. Г. Крайник, аналізуючи питання потерпілого у разі порушення правил безпеки під час виконання робіт із підвищеною небезпекою, крім фізичних і юридичних осіб, запропонував визнавати потерпілими різні соціальні об'єднання, а також державу й суспільство [7, с. 44]. За визначенням В.Я. Рибальської, потерпілим є фізична особа, якій унаслідок злочинного посягання спричинено фізичну, моральну або матеріальну шкоду, визнана такою обвинувальним вироком, що набрав чинності [8, с. 127]. Отже, основні положення науковців з розкриття змісту поняття потерпілого зводяться до такого: 1) потерпілим є носій певного інтересу; 2) ним може бути будь-який соціальний суб'єкт, як одиничний, так і колективний. Окрім того, інтереси розподіляють насамперед за належністю їх певному суб'єкту, а не за видами стосовно якогось блага (власності, права на свободу вибору місця проживання тощо) [9, с. 122].

Як зазначила Т.В. Лукашкіна, «...свого часу в науковій літературі точилася дискусія щодо можливості визнання потерпілими осіб не тільки в разі заподіяння їм реальної шкоди, а й тоді, коли їхні права і законні інтереси було поставлено під загрозу можливого порушення» [10]. Досить змістовно і детально позиції прибічників розширення підстав для визнання осіб потерпілими, а також учених, які не погоджувалися із зазначеною пропозицією, викладені у статті В.П. Бож'єва, який підтримував необхідність розширення поняття потерпілого та надання статусу потерпілого і особам, чийми правами загрожувало їх порушення вчиненим злочином [11, с. 118–119].

Т.В. Лукашкіна зауважує, якщо зазначену практику застосувати в Україні й визнавати потерпілими осіб, стосовно яких було вчинено злочин (або замах на злочин), щодо якого провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення, незалежно від заподіяння їм шкоди, то очевидно, що було б несправедливо позбавити можливості набути статус потерпілого особами, стосовно яких було вчинено злочин чи замах на злочин без заподіяння шкоди, у справах публічного обвинувачення [10].

У науковій літературі тривають дискусії щодо визнання потерпілими поряд із фізичними також і юридичних осіб.

Деякі науковці (В.С. Ковальський, Т.І. Присяжнюк, Б.В. Сидоров) до категорії потерпілих відносять лише фізичних осіб, які безпосередньо постраждали від кримінального правопорушення. Інші (М.І. Гошовський, О.П. Кучинська, М.В. Сенаторов, М.С. Строгович, В.О. Туляков, Л.В. Франк) підтримують розширення цього поняття вказівкою на юридичних осіб, яким протиправним діянням завдано майнової шкоди. Наприклад, В.О. Туляков та Л.В. Франк наголошували на необхідності розроблення класифікації (типології) жертв протиправних діянь стосовно юридичних осіб, інших формальних та неформальних соціальних груп і колективів [12, с. 239].

В. Батюкова розглядає потерпілого як фізичну або юридичну особу, чії права й охоронювані законом інтереси порушені або поставлені під загрозу в результаті вчинення злочину [13, с. 34, 38]. Подібної думки дотримуються й інші дослідники (І. Фаргієв, В. Мінська, Г. Чечель та ін.). Наприклад, І. Фаргієв стверджує, що потерпілим може бути як фізична, так і нефізична особа, яка є суб'єктом відносин, охоронюваних кримінальним законом, якій заподіяна фізична, майнова, моральна, а також інша передбачена Кримінальним кодексом шкода, що становить злочинні наслідки діяння, вчиненого винним [14].

Отже, змістовні характеристики більшості визначень потерпілого від злочину у кримінальному та кримінальному процесуальному праві, як правило, коливаються в межах переліку визначеного кола правосуб'єктів. Окрім того, спільним у наведених трактуваннях є те, що під час тлумачення поняття «потерпілий» використовується термін «шкода від злочину (кримінального правопорушення)». Проте у цьому ракурсі необхідно звернути увагу і на використання науковцями дефініцій словосполучень «шкода, яка завдана суспільно небезпечним діянням», «порушення чи поставлення під загрозу порушення інтересів» тощо. Остання дефініція може вживатися у разі замаху на кримінальне правопорушення. Зокрема, під час замаху на злочин створюється, як правило, безпосередня небезпека заподіяння істотної шкоди правам та інтересам потенційних потерпілих, оскільки вчиняється діяння, яке саме безпосередньо може призвести до закінчення кримінального правопорушення, зокрема до настання наслідків у матеріальних складах протиправних діянь.

Як наголошує М.І. Тлепова, не всі дослідники підтримують закріплення вичерпного переліку видів шкоди (негативних наслідків) як складову частину фактичної передумови набуття особою процесуального статусу потерпілого [15, с. 43]. Науковці-процесуалісти неодноразово звертали увагу на те, що не всі види шкоди, що можуть бути завдані фізичній особі внаслідок учинення протиправного діяння, можна «укласти» у трирівневу систему: моральна, фізична, майнова шкода. Унаслідок учинення кримінального правопорушення може бути заподіяно шкоду різного характеру. Нематеріальна шкода, наприклад, має найрізноманітніші форми: моральна або психологічна, шкода діловій репутації, економічна, політична, екологічна та ін. [16, с. 22]. Розвиваючи цю позицію, О.В. Суслінін пропонує таке: законодавцю під час визначення шкоди, яка може бути завдана потерпілому кримінальним правопорушенням, не слід наводити вичерпний перелік її видів [17, с. 15]. Уважаємо, таку пропозицію доцільною і такою, що потребує поглибленого наукового аналізу.

У цьому аспекті вартим уваги видається дослідження Д.П. Чекулаєва щодо визначення видів шкоди як фактичної

передумови набуття особою процесуального статусу потерпілого. Автор пропонує замінити перелік видів шкоди на більш широке поняття – «порушення прав і законних інтересів». Обґрунтовуючи свою позицію, дослідник наголошує, що за заміни на таку конструкцію у правозастосовувача не виникатиме необхідності уточнювати, яка саме шкода завдається особі та чи підпадає вона під передбачені законом критерії набуття особою процесуального статусу потерпілого [18, с. 13]. Погоджуємося з М.І. Тлеповою, яка зауважила, що «законодавець досить виважено підійшов до вирішення цього питання та закріпив вичерпний перелік видів шкоди, яка може бути завдана кримінальним правопорушенням, особливо з огляду на те, що кримінальне процесуальне право – це публічна галузь права, у якій діє принцип «дозволено лише те, що прямо передбачено законом», що зобов'язує посадових осіб діяти лише таким чином та в такий спосіб, як це прямо передбачено правовими нормами і лише в межах закріпленої за ними компетенції» [15, с. 44].

М.І. Тлепова стверджує, що «... з позиції кримінального процесуального права потерпілий – це учасник кримінального провадження, який наділений кримінальним процесуальним статусом, із набуттям якого особа отримує цілий комплекс відповідних прав та обов'язків» [15, с. 38]. Отже, авторка цілком обґрунтовано зазначає, що поява у кримінальному процесі цього учасника пов'язана з поданням відповідної заяви про вчинення кримінального правопорушення або заяви про залучення його до провадження як потерпілого [15, с. 38].

Потерпілим, на думку А.В. Столітнього, може бути як особа, яка повідомила про вчинення щодо неї кримінального правопорушення, так і особа, яка цього не вчинила, але якій кримінальним правопорушенням завдана шкода і у зв'язку із цим вона після початку кримінального провадження подала заяву про залучення її до провадження як потерпілої. Потерпілою також є особа, яка не подала жодної із заяв, про які йдеться, але надала письмову згоду на визнання її потерпілою слідчим, прокурором, судом [19].

Щодо питання процесуального визнання особи потерпілою, як уже зазначалося, права й обов'язки потерпілого виникають в особі з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого (ч. 2 ст. 55 КПК України). Як наголошує Л. Лобойко, особа автоматично визнається потерпілим, без ухвалення процесуального рішення [20, с. 112]. Однак виникнення прав і обов'язків потерпілого в особі, зауважує О.В. Дубович, не є свідченням набуття нею відповідного статусу потерпілого, оскільки набуття певного процесуального статусу має відбуватися в межах кримінального провадження, а не поза ним. Особа набуває передбачені законом права учасника кримінального процесу лише тоді, коли про це буде прийнято відповідне процесуальне рішення [21]. За чинним кримінальним процесуальним законодавством для визнання особи потерпілою не потрібно прийняття окремого процесуального документа (постанови про притягнення до провадження як потерпілого), як це було зазначено, зокрема, у ст. 49 КПК 1960 р., однак таку можливість передбачено ст. 110 КПК України. Зокрема, про визнання особи потерпілим суд може постановити ухвалу, яка має відповідати вимогам статей 370–372 КПК України. Рішення слідчого, прокурора про визнання особи потерпілим приймається у формі постанови,

яка виноситься у випадках, коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне (ч. 3 ст. 110 КПК України). Тобто сьогодні особа набуває прав потерпілого незалежно від рішень слідчого чи прокурора.

Водночас, відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 02.07.2004 № 13, визнання особи потерпілим у справі або відмова у цьому мають бути процесуально оформлені постановою органу дізнання, слідчого, прокурора, судді або ухвалою суду [22]. Тобто особа набуває процесуального статусу потерпілого з моменту прийняття слідчим, прокурором та судом постанови про залучення її до провадження як потерпілого.

Водночас рішення прокурора, слідчого про відмову у визнанні потерпілим приймається у вигляді постанови, яка може бути оскаржена слідчому судді (п. 5 ч. 1 ст. 303 КПК України). На колізійності положень, що містяться в одному законодавчому акті, наголошують В.О. Боняк та Ю.О. Коломоєць, а тому науковці підтримують тих правників, які стверджують, що не можна не дозволяти те, про що не надавався дозвіл учаснику кримінального провадження [3]. Визнання особи потерпілим, зазначає О.Є. Соловйова, відбувається без спеціальної перевірки і без будь-якого офіційного рішення слідчого або прокурора із цього приводу, що, на переконання дослідниці, суперечить теорії кримінального процесуального права, тому що визнання може бути здійснено лише шляхом прийняття постанови про це [23].

Тому з метою максимального захисту прав осіб, постраждалих від кримінальних правопорушень, а також усунення колізійності законодавчих положень та якнайбільш повного урахування потреб практики, які виникають під час досудового розслідування, вважаємо, що визнання особи потерпілим у кримінальному провадженні має бути належним чином процесуально оформлено.

Висновки. Таким чином, потерпілий у кримінальному процесі – це повноправний учасник кримінально-процесуальних відносин (фізична або юридична особа), якому кримінальним правопорушенням завдано шкоду (фізичну, моральну, майнову, екологічну, шкоду діловій репутації тощо).

На підставі проведеного дослідження та з метою подальшого удосконалення чинного процесуального законодавства пропонуємо:

1) включити у визначення поняття потерпілого вказівку на осіб, чії охоронювані законом права та інтереси виявилися поставлені під загрозу порушення;

2) переглянути законодавче закріплення переліку видів шкоди як складову частину фактичної передумови набуття особою процесуального статусу потерпілого;

3) надання особі статусу потерпілого в кримінальному провадженні повинно пов'язуватися з результатом прийняття відповідного процесуального рішення (постанова – прокурором, слідчим, ухвала – суддею), тому доцільно внести відповідні зміни до ст. 55 КПК, зокрема доповнити її абз. 2 таким змістом: «Про визнання громадянина потерпілим особа, яка провадить дізнання, слідчий і суддя виносять постанову, а суд – ухвалу»;

4) поняття потерпілого сформулювати так: потерпілий у кримінальному провадженні – це фізична особа, якій суспільно небезпечним діянням завдано чи поставлено під загрозу заповідання фізичної, моральної, соціальної, економічної чи

будь-якої іншої шкоди, юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано шкоди її майну та (або) діловій репутації або іншої шкоди.

Перспективним напрямом досліджень, що дасть змогу якісно підвищити рівень забезпечення у кримінальному процесі прав осіб – потерпілих від кримінальних правопорушень, вважаємо трансформування існуючих прав у реальні засоби досягнення останнім своїх цілей. Забезпечення прав потерпілого має бути зорієнтовано, насамперед, на його законні інтереси, для досягнення яких він бере участь у кримінальному процесі, а не лише на інтереси суспільства та держави і тим більше не на рівність його прав із підозрюваним (обвинуваченим).

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI (редакція від 10.11.2018). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20181110> (дата звернення: 23.01.22).
2. Гарбовський Л.А., Дідківська Г.В., Толчій В.В. Правовий статус потерпілого у кримінальному процесі України : монографія. Вінниця : Нілан-ЛТД, 2018. 152 с.
3. З.Боняк В.О., Коломоєць Ю.О. Проблема збалансованості процесуально-правового статусу потерпілого в Україні. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. URL: <https://visnik.dduvs.in.ua/wp-content/uploads/2019/11/4-18-ua/27.pdf> (дата звернення: 15.01.2022).
4. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочину і зловживання владою від 29.11.1985. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114#Text (дата звернення: 30.01.2022).
5. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2-х т. / сост. и отв. ред. Н.И. Загородников. Москва : Наука, 1994. Т. 2. 393 с.
6. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. Москва : Госюриздат, 1960. 228 с.
7. Крайник Г. Питання щодо потерпілого від злочину, передбаченого статтею 272 КК України. *Вісник прокуратури*. 2007. № 9. С. 44.
8. Курс криминології: Загальна частина : підручник : у 2-х кн. / О.М. Джуца, П.П. Михайленко, О.Г. Кулик та ін. ; за заг. ред. О.М. Джуци. Київ : Юрінком Інтер, 2001. 352 с.
9. Присяжнюк І., Пилипенко І. Істотна та значна шкода як оцінні кримінально-правові поняття. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2018. № 1(17). С. 117–128.
10. Лукашкіна Т.В. Поняття потерпілого у кримінальному провадженні України потребує вдосконалення. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/10896/Lukashkina%20%D0%A2%D0%BE%D0%BC%20_2017-151.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 17.01.2022).
11. Божьев В.П. Избранные труды. Москва : Юрайт, 2010. 715 с.
12. Франк Л.В. Потерпевший от преступления и проблемы советской виктимологии. Душанбе : Ирфон, 1977. 240 с.
13. Батюкова В. Е. Потерпевший в уголовном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 1995. 212 с.
14. Фаргиев И.А. Уголовно-правовое значение личности и поведения потерпевшего : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1997. 174 с.
15. Тлепова М.І. Процесуальне становище потерпілого під час досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2015. 221 с.
16. Анощенко С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. Москва : Волтерс Клувер, 2006. 248 с.
17. Суслин А.В. Уголовно-правовые средства обеспечения возмещения
18. вреда потерпевшим : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Екатеринбург, 2005. 24 с.

19. Чекулаев Д.П. Потерпевший в уголовном судопроизводстве: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 24 с.
20. Розмежування правової природи понять «заявник» та «потерпілий» за кримінальним процесуальним законом України. URL: http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc13/part_2/28.pdf (дата звернення: 01.02.2022).
21. Лобойко Л.М. Кримінальний процес : підручник. Київ : Істина, 2014. 432 с.
22. Дубович О.В. Права потерпілого відповідно до кримінального процесуального законодавства України. *Право і суспільство*. 2017. № 5(2). URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2017/5_2017/part_2/54.pdf (дата звернення: 24.01.22).
23. Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 02.07.2004 № 13. *Постанови Пленуму ВСУ в кримінальних справах / упоряд. В.В. Рожнова, А.С. Сизоненко, Л.Д. Удалова*. Київ : Паливода А.В., 2010. 456 с.
24. Соловойова О.Є. Участь неповнолітнього потерпілого в кримінальному провадженні. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/17265/1/%D0%90%D0%9A%D0%93%D0%9E_r300-303.pdf (дата звернення: 20.01.22).

Burtovyi M. Legal status of the victim in the criminal procedure of Ukraine: problems and prospects

Summary. The article is devoted to the analysis of the current criminal procedural legislation of Ukraine, which regulates the status of the victim as the main participant in criminal proceedings. Scientific approaches to the definition of the concept of "victim in criminal proceedings" and the peculiarities of its endowment with the appropriate legal status are considered. Taking into account the identified

inaccuracies and competition of the Criminal Procedure Code of Ukraine and bylaws, the need to improve the provisions of criminal procedure legislation related to strengthening the legal status of the victim, including increasing the level of protection of their rights and legitimate interests. It is emphasized that a victim in criminal proceedings is a full participant in criminal proceedings (natural or legal person) who has been harmed by a criminal offense (physical, moral, property, environmental, damage to business reputation, etc.). The following conclusions were made: 1) to include in the definition of the concept of the victim an indication of persons whose rights and interests protected by law were endangered; 2) review the legislative consolidation of the list of types of damage as part of the actual precondition for a person to acquire the procedural status of a victim; 3) granting a person the status of a victim in criminal proceedings should be associated with the result of the relevant procedural decision (resolution - prosecutor, investigator, decision - judge), so it is advisable to make appropriate changes to Art. 55 of the CPC, in particular, to supplement its para. 2 of the following content: "On recognizing a citizen as a victim, the person conducting the inquiry, the investigator and the judge shall issue a resolution, and the court shall issue a ruling"; 4) the concept of the victim should be formulated as follows: a victim in criminal proceedings is a natural person who has been caused or threatened with socially dangerous acts of physical, moral, social, economic or any other harm, a legal person who has been harmed by a criminal offense property and (or) business reputation or other damage.

Key words: victim, legal status, procedural position, participant in criminal proceedings, criminal proceedings.

*Легеза Ю. О.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного, господарського та екологічного права
Інституту гуманітарних і соціальних наук
Національного технічного університету «Дніпровська політехніка»*

ВІДКРИТІСТЬ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ ДЛЯ ПЕРМАНЕНТНОГО ВІДТВОРЕННЯ ДОБРОЧЕСНИХ ПРАКТИК ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ (РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ О. Л. МАКАРЕНКОВА «ПРАВОВІ ОСНОВИ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ДОБРОЧЕСНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ У ВІДКРИТОМУ СУСПІЛЬСТВІ»¹)

Виконане Макаренковим О.Л. монографічне дослідження за темою «Правові основи інституціоналізації доброчесності публічної адміністрації у відкритому суспільстві» необхідне для посилення правових механізмів з протидії корупції. Україна наразі продовжує активізувати роботу профільної інфраструктури органів юстиції та вдосконалювати антикорупційне законодавство, зокрема й формулювати положення антикорупційної стратегії. Сукупно такі процеси засновані на теоретичних розробках вчених, що виступають інструментом пізнання, осмислення й усвідомленого перетворення правових відносин, елімінації з них наслідків прояву деструктивних рис людської природи тощо. Сталість й системність у такій роботі критично важливі. У цьому зв'язку публічна влада, яка щиро прагне нейтралізувати руйнівний вплив корупції на розвиток власної нації, спирається на цілу низку наукових розробок відповідної тематики, які знову й знову, адекватно відображаючи характер й сутність змін природно перманентно мінливих правових відносин, містять відповіді на питання успішного попередження корупції, стимулювання вияву людських чеснот й надання цим змінам сили стійкої тенденції у нестійкому середовищі. Підготовлена автором вищезазначена монографія – органічна складова частина таких розробок, що покликана посилити інституційну спроможність держави й усього суспільства протистояти викликам недоброчесності.

Автор вдало структурував теорію адміністративного права для виконання конкретних задач із вирішення проблеми корупції. Ним запропоновано концептуальне поле й детально розроблену наукову методологію пізнання правової інституціоналізації антикорупційних трансформацій органів публічної адміністрації у відкритому суспільстві, а також охарактеризовано стан дослідження проблеми. Подальше розкриття змістовної частини роботи передбачає аналіз когнітивної основи пізнання правової культури та інших сутнісних властивостей правової інституціоналізації доброчесності публічної адміністрації у відкритому суспільстві, політико-правових та соціально-правових умов утвердження людських чеснот публічних службовців, антропних якостей та публічного інтересу як складників антикорупційних перетворень норм адміністративного права, а також природно-правового виміру цих норм,

етапів формування, номінативних та інших характеристик вітчизняного антикорупційного законодавства. У монографії визначено зміст публічно-правових інститутів впливу народу на суб'єктів антикорупційної правотворчості та інші основоположні підстави для інституційної спроможності доброчесного публічного адміністрування; окреслено правові основи усунення корупційних ризиків з виконавчо-розпорядчої роботи публічної адміністрації та адміністративно-правової охорони її доброчесності, ролі правозастосовної роботи судів як складника інституціоналізації цієї якості публічної адміністрації. Підсумковим етапом монографічного дослідження стало висвітлення засадничих характеристик глобального виміру тенденцій подолання корупції у публічно-правових відносинах, досвіду адміністративно-правової інституціоналізації антикорупційних трансформацій органів публічної адміністрації у зарубіжних країнах, а також формулювання напрямів вдосконалення основ доброчесності під час нормотворчої та правозастосовної діяльності в Україні.

Порушені в монографії питання стали магістральними в напрямі розвитку адміністративно-правової теорії для протидії корупції, тому що компетентне використання наукового доробку дозволяє уникнути помилок й забезпечити впорядкованість відповідної роботи публічної влади. Вона уможливилася належне розуміння природи та змісту порушеної у ній проблеми, пізнання практичних схем аналізу адміністративно-правових механізмів антикорупційних трансформацій публічної адміністрації, їхню аксіологічну основу, міждисциплінарні зв'язки, транскордонні паралелограми й тенденції розвитку тощо.

Автором вдало підкреслено, що доброчесність публічних службовців – категорія зі сфери правових цінностей. Відповідно, розкриття правової інституціоналізації антикорупційних трансформацій органів публічної адміністрації у відкритому суспільстві вимагає використання когнітивного потенціалу аксіології права через використання її методологічної спроможності наукового пізнання кореляцій права й людини як цінностей. Релевантні йому концепти визначаються як «екзистенційні цінності», «загальнолюдські цінності», «правові цінності», «культурні цінності» тощо. Вони незамінні для дослідження

¹ Макаренков О. Л. Правові основи інституціоналізації доброчесності публічної адміністрації у відкритому суспільстві : монографія. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2020. 426 с.

основ публічно-правових відносин за участі публічної адміністрації й громадян, їхньої правової культури, ролі правосуддя у корупційних справах, вихідних підстав для доброчесної міжнаціональної комунікації. Формалізовані та неформалізовані інститути створюють базові структури правової культури посадових осіб публічної адміністрації, за допомогою яких вони домагаються правопорядку, гарантій, правонаступництва й сталого розвитку. Низхідна експонента рівня корупції зберігається у тих системах публічного адміністрування, де обидва види інститутів розвиваються синхронно й досягається баланс задоволення приватних та публічних інтересів.

Грунтовною в монографії також стала аргументація правової інституціоналізації антикорупційних трансформацій органів публічної адміністрації як системи ідей, концепцій, теорій про людські чесноти та заснованих на них правових норм, яка інтегрується у правову реальність, перетворюючись у сталу величину національної політики у всіх сферах суспільного життя, самою публічною адміністрацією на постійній основі через функціональне спрямування діяльності із забезпечення доброчесної реалізації ухвалених парламентом законів в публічних інтересах, що організаційно здійснюється системою підходящих для цього органів (їхніх посадових осіб), із залученням судів та інститутів громадянського суспільства, на підставі принципів й цінностей права, у тісному взаємозв'язку з найкращими антикорупційними практиками органів публічної виконавчої влади зарубіжних країн. Видається, що особливо посилено теоретичний матеріал за рахунок використання більше сотні наукових джерел англомовних та видань на інших мовах ЄС.

З-поміж недоліків монографічної роботи можна виокремити необхідність ширшого теоретичного розгортання напрямів перетворень антикорупційного законодавства в умовах транзитивних політико-правових систем та глобальних викликів для забезпечення відкритості суспільства на основі безперервного відтворення чесноти його членів, зокрема інструментами управління, адміністративного права.

Отже, створена та опублікована Макаренковим О.Л. монографія являє собою виключно цінне наукове дослідження з теорії адміністративного права. Беззаперечно вона актуальна для вивчення і застосування як у науці, так і на практиці державно-правового будівництва будь-якої країни нашого світу, проте перш за все в Україні. Якщо кожен предмет потребує свого адекватного методу, то проаналізована праця сягає високого рівня теоретичного виконання, достатнього для того, щоб стати методологічним інструментарієм для проведення наступних наукових досліджень відповідної тематики, а також для успішної практичної роботи з трансформації антикорупційного законодавства й практики його застосування. Можна очікувати, що її використання сприятиме формуванню сталої антикорупційної політики в Україні, відкритої до своєчасного впровадження конструктивних рішень. Робота оригінальна за змістом; витримана за часом, необхідним для послідовного, переконливого визрівання й формування всебічно виважених та вичерпним чином обґрунтованих думок (більше десяти років). Монографія містить анотації німецькою, англійською та перською мовами, що дозволяє поширювати результати роботи, зокрема отримати загальне уявлення про її предмет носіям цих мов із зарубіжних країн тощо.

ЗМІСТ

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>Костюченко О. Є.</i> ДОГОВІР АУТСОРСИНГУ: ПОНЯТТЯ ТА ІСТОТНІ УМОВИ.....	4
<i>Андрусів Л. М., Припхан І. І.</i> СУТНІСНІ РИСИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ.....	9
<i>Луцький А. І., Піцик Х. З.</i> ПОНЯТТЯ ТА ОБСЯГ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ СПАДКОДАВЦЯ ТА СПАДКОЄМЦІВ.....	13
<i>Ковалишин О. Р.</i> КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО США ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ	17
<i>Васильєв В. В.</i> МЕТА І СПОСОБИ ОБМЕЖЕННЯ ДОГОВІРНОГО САМОРЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН.....	20
<i>Гуйван П. Д.</i> ОСОБЛИВОСТІ НАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ. ЧАСОВИЙ АСПЕКТ.....	25
<i>Салазський О. С.</i> ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ ЯК ПІДСТАВА ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ.....	29
<i>Антощук С. І.</i> ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВІДОКРЕМЛЕНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА.....	34
<i>Яцина В. Б.</i> СУТНІСТЬ ПРИНЦИПУ СУДОВОГО КЕРІВНИЦТВА У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	39
<i>Доденко І. В.</i> ОСНОВНІ ЗАСОБИ РЕГУЛЮЮЧОГО ВПЛИВУ НА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У СФЕРІ АВІАЦІЙНИХ (ПОВІТРЯНИХ) ПЕРЕВЕЗЕНЬ.....	46
<i>Попко Ю. Я.</i> ПОРЯДОК І ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЛІКВІДАЦІЇ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ДІЯЛЬНІСТЬ У ГАЛУЗІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА.....	50
<i>Савчук В. П.</i> МІСЦЕ КОРПОРАТИВНОГО СЕКРЕТАРЯ У СИСТЕМІ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН.....	54
<i>Ромась Д. С.</i> ОБ'ЄКТИВНІ УМОВИ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА.....	58

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

<i>Кулакова Н. В.</i> ОСОБЛИВОСТІ ОХОРОНИ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОГО НАДБАННЯ В УКРАЇНІ.....	66
<i>Задоля К. П.</i> ВИЗНАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ НЕКОНСТИТУЦІЙНОЮ СТАТТІ 368-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ОБІРУНТОВАНОСТІ РІШЕННЯ.....	70
<i>Новик В. А.</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ЗАПОБІГАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЛІСОВОГО ФОНДУ УКРАЇНИ.....	75
<i>Петриченко О. П.</i> КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ПРОПАГАНДИ ТЕРОРИЗМУ: ШЛЯХИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ВІДПОВІДНО ДО МІЖНАРОДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ УКРАЇНИ.....	79
<i>Лех Р. В.</i> ВІКТИМОЛОГІЧНЕ ВЧЕННЯ ПРО ЖЕРТВУ НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ.....	84

Недзельська Г. В.

ТРАДИЦІЙНИЙ КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ШАХРАЙСЬКІ ДІЇ
У СКЛАДІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ.....

87

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА,
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Завидняк І. О.

УЧИНЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ ЗЛОЧИНІВ ШЛЯХОМ НЕЗАКОННИХ ОПЕРАЦІЙ,
ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕПРАВОМІРНИМ ДОСТУПОМ ДО КОМП'ЮТЕРНОЇ МЕРЕЖІ.....

92

Сердюк В. П., Сердюк Є. В., Терещенко А. Л., Фаст О. О.

ПРОБЛЕМИ ВЖИВАННЯ ПОНЯТТЯ «ТРАНСПОРТНОЇ ПОДІЇ».....

96

Твердохліб В. М.

ІНСТИТУТ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ТА МОЖЛИВОСТІ
ЙОГО ВИКОРИСТАННЯ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ,
ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ ВИБУХОВИХ ПРИСТРОЇВ.....

101

Коваль О. І.

СУТНІСТЬ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....

105

Бажанюк В. В.

ОЦІНКА ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....

110

Пеліхос С. М.

ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАХИСНИКА ЯК ВАЖЛИВА ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ
ПІД ЧАС НАДАННЯ ДОЗВОЛУ НА ЗДІЙСНЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ.....

114

Машика В. П.

ПРЕДСТАВНИЦТВО СВІДКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....

119

Помаз Я. О.

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ УНАСЛІДОК ПРОВОКАЦІЇ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ.....

123

Буртовий М. О.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПОТЕРПІЛОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ:
ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ.....

127

РЕЦЕНЗІЇ

Лебеза Ю. О.

ВІДКРИТІСТЬ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ
ДЛЯ ПЕРМАНЕНТНОГО ВІДТВОРЕННЯ ДОБРОЧЕСНИХ ПРАКТИК ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ
(РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ О. Л. МАКАРЕНКОВА
«ПРАВОВІ ОСНОВИ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ДОБРОЧЕСНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ
У ВІДКРИТОМУ СУСПІЛЬСТВІ»).....

134

CONTENTS

CIVIL AND ECONOMIC LAW AND PROCESS

<i>Kostyuchenko O.</i> THE AGREEMENT OF OUTSOURCING: CONCEPTS AND ESSENTIAL CONDITIONS	4
<i>Andrusiv L., Prypkhan I.</i> ESSENTIAL FEATURES OF THE CIVIL PROCESS.....	9
<i>Lutskiy A., Pitsyk Kh.</i> THE CONCEPT AND SCOPE OF LEGAL ENTITY OF THE TAXORAND INHERITANTS.....	13
<i>Kovalyshyn O.</i> US COMPANY LAW AS A SOURCE OF LEGAL BORROWINGS.....	17
<i>Vasyliev V.</i> PURPOSE AND MEANS TO LIMIT CONTRACTUAL SELF-REGULATION OF CIVIL RELATIONSHIPS.....	20
<i>Guyvan P.</i> FEATURES OF PROPER PERFORMANCE OF A MONETARY OBLIGATION. TIME ASPECT.....	25
<i>Salazskiy O.</i> ABUSE OF THE RIGHT AS A BASIS FOR DECLARING THE TRANSACTION INVALID.....	29
<i>Antoshchuk S.</i> THE CONCEPT AND LEGAL NATURE OF SEPARATE PROCEEDINGS IN BANKRUPTCY PROCEDURE.....	34
<i>Yatsyna V.</i> ESSENCE OF THE PRINCIPLE OF JUDICIAL GUIDANCE IN CIVIL PROCEEDINGS.....	39
<i>Dodenko I.</i> THE MAIN FACILITIES OF REGULATION OF IMPACT ON BUSINESS ENTITIES INTO AIR TRANSPORTATION.....	46
<i>Popko Yu.</i> PROCEDURE AND LEGAL CONSEQUENCES OF LIQUIDATION OF LEGAL ENTITIES CARRIED OUT ACTIVITIES IN THE FIELD OF AGRICULTURAL PRODUCTION.....	50
<i>Savchuk V.</i> POSITION OF CORPORATE SECRETARY IN THE SYSTEM OF CORPORATE RELATIONS	54
<i>Romas D.</i> OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE OCCURRENCE OF CIVIL LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT.....	58

CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY, CRIMINAL EXECUTIVE LAW

<i>Kulakova N.</i> SPECIFICS OF LAW PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE OBJECTS IN UKRAINE.....	66
<i>Zadoia K.</i> RECOGNITION OF ARTICLE 368-2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AS UNCONSTITUTIONAL: PROBLEMS OF VALIDITY OF THE DECISION.....	70
<i>Novik V.</i> LEGAL REGULATION OF SUBJECTS OF PREVENTION OF CRIMINAL VIOLATIONS IN THE FIELD OF FOREST PROTECTION.....	75
<i>Petrychenko O.</i> “CRIMINALIZATION OF THE PROPAGANDA OF TERRORISM: WAYS AND PROSPECTS OF IMPLEMENTATION IN ACCORDANCE WITH THE INTERNATIONAL OBLIGATIONS OF UKRAINE”.....	79
<i>Leh R.</i> VICTIMOLOGICAL DOCTRINE ON VICTIMS OF VIOLENT CRIMES.....	84

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Науковий збірник

Виходить шість разів на рік

№ 54, том 2, 2021

Серію засновано у 2010 р.

Коректор Вишнякова Я.І.

Комп'ютерна верстка Ковальчук Ю.В.

Підписано до друку 30.12.2021 р. Формат 60×84/8. Обл.-вид. арк. 18,73, ум. друк. арк. 16,28.

Папір офсетний. Цифровий друк. Наклад 200 примірників. Замовлення № 0322/098.

Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.)

Україна, м. Одеса, 65101, вул. Інглєзі, 6/1

Тел. +38 (048) 709-38-69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.ua