ODESA NATIONAL UNIVERSITY HERALD
Volume 23. Issue 1 (32). 2018
SERIES
JURISPRUDENCE

ВІСНИК ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
Том 23. Випуск 1 (32). 2018
СЕРІЯ
ПРАВОЗНАВСТВО

ISSN 2304-1587

MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE
Odesa I. I. Mechnikov National University

ODESA NATIONAL UNIVERSITY HERALD

Series: Jurisprudence

Scientific journal

Published two times a year

Series founded in July, 2006

Volume 23. Issue 1 (32). 2018

Odesa
"Feniks"
2018

ISSN 2304-1587

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

ВІСНИК
ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: Правознавство

Науковий журнал

Виходить 2 рази на рік

Серія заснована у липні 2006 р.

Том 23. Випуск 1 (32). 2018

Одеса
«Фенікс»
2018

Засновник: Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна колегія журналу:

І. М. Коваль, д-р політ. наук (*головний редактор*), **О. В. Запорожченко** (*заступник головного редактора*), **В. О. Іваниця** (*заступник головного редактора*), **В. М. Хмарський** (*заступник головного редактора*), **С. М. Андрієвський, Ю. Ф. Вакс-ман, В. В. Глєбов, Л. М. Голубенко, Л. М. Дунаєва, В. В. Заморов, Є. В. Круглов, В. Г. Кушнір, В. В. Менчук, Л. М. Солдаткіна, В. І. Труба, О. В. Тюрін, Є. А. Черкез, Є. М. Черноіваненко**

Редакційна колегія серії:

І. С. Канзафарова, д-р юрид. наук (*науковий редактор*); **О. І. Миколенко,** д-р юрид. наук (*заступник наукового редактора*); **А. В. Левенець,** канд. юрид. наук (*відповідальний секретар*); **О. О. Борисова,** д-р юрид. наук; **О. В. Дзера,** д-р юрид. наук; **Л. О. Корчевна,** д-р юрид. наук; **Н. М. Мироненко,** д-р юрид. наук; **Р. М. Мінченко,** д-р юрид. наук; **О. В. Прієшкіна,** д-р юрид. наук; **Р. І. Ситдикова,** д-р юрид. наук; **А. Г. Тіковенко,** д-р юрид. наук; **В. І. Труба,** канд. юрид. наук; **О. Трунк,** д-р юрид. наук; **В. Л. Яроцький,** д-р юрид. наук

Editorial board of the journal:

I. M. Koval (*Editor-in-Chief*), **O. V. Zaporozhchenko** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. O. Ivanytsia** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. M. Khmarsky** (*Deputy Editor-in-Chief*), **S. M. Andrievsky, Yu. F. Vaksman, V. V. Glebov, L. M. Golubenko, L. M. Dunaeva, V. V. Zamorov, V. E. Kruglov, V. G. Kushnir, V. V. Menchuk, L. M. Soldatkina, V. I. Truba, O. V. Tyurin, E. A. Cherkez, E. M. Chernoivanenko**

Editorial board of the series:

I. S. Kanzafarova, Doctor of law sciences (*Scientific Editor*); **O. I. Mikolenko,** Doctor of law sciences (*Deputy of Scientific Editor*) ; **A. V. Levenets,** Candidate of law sciences (*Executive Secretary*); **O. O. Borisova,** Doctor of law sciences; **O. V. Dzera,** Doctor of law sciences; **L. O. Korchevna,** Doctor of law sciences; **R. M. Minchenko,** Doctor of law sciences; **N. M. Myronenko,** Doctor of law sciences; **O. V. Prieshkina,** Doctor of law sciences; **R. I. Sitdikova,** Doctor of law sciences; **A. G. Tikovenko,** Doctor of law sciences; **V. I. Truba,** Candidate of law sciences; **A. Trunk,** Doctor of law sciences; **V. L. Jarotskij,** Doctor of law sciences

© Одеський національний університет імені І. І. Мечникова, 2018

З М І С Т

Конституційне та муніципальне право

Л. О. Корчевна, А. В. Левенець
Інститут спеціалізованого омбудсмена в механізмі захисту прав людини та перспективи його запровадження в Україні 7

Л. О. Кадегроб
Конституційно-правовий статус дитини в Україні: поняття та особливості 15

O. V. Prieshkina
Municipality: constitutional and legal aspects 22

Адміністративне право і процес, господарське право

В. Ю. Чернишова
Проблема реалізації інституту адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень 27

В. А. Стукаленко
Актуальні питання предметної юрисдикції спорів, які пов'язані з виборами Президента України 35

А. В. Смітюх
Щодо визначення поняття та сутності корпоративного контролю 42

Цивільне право і процес, порівняльне правознавство у сфері приватного права

Є. О. Рябоконь
Набувальна давність та правонаступництво: питання теорії та практики 49

Е. М. Корнеева
Приобретение права собственности на бесхозяйные движимые вещи путем завладения, присвоения находки и находки клада по гражданскому законодательству Украины и отдельных зарубежных стран 61

Т. О. Гуржій, Є. О. Музичка
Примусове звернення стягнень на майно боржника 73

Н. Ю. Філатова, О. С. Бережняк
Договори типу click-wrap і browse-wrap: особливості і призначення 87

Н. М. Булат
Поняття брендового кіберсквотингу та шляхи боротьби з ним 98

А. С. Кисель
Правова охорона торговельних марок в Україні та країнах ЄС (порівняльно-правовий аналіз) 111

Є. О. Каташинський
Упущена вигода та умови її відшкодування у цивільному праві України, Російської Федерації та США 125

Трудове та сімейне право

О. М. Потопахіна
Сторони трудового договору за чинним законодавством і проектом Трудового кодексу України 140

Р. В. Падун
Моніторинг правопорушень у сімейному праві 149

Кримінальне право та кримінологія

О. А. Чуваков
Концептуальные проблемы определения сущности понятий «внешняя – внутренняя» безопасность государства 158

І. В. Гроза, А. В. Михайленко
Аналіз динаміки злочинів проти захисників в Україні 166

Міжнародне та європейське право, зовнішньоекономічна діяльність

В. В. Нижникова
Міжнародне співробітництво митних органів у сфері протидії контрафактній продукції 174

І. В. Леусенко
Міжнародне співробітництво в галузі охорони морського середовища від забруднення із суден 181

А. В. Толкаченко
Отдельные аспекты морской политики Европейского Союза 190

М. О. Саракуца, М. М. Ячменська
Роль національних парламентів держав-членів Європейського Союзу у дотриманні принципу субсидіарності в діяльності інститутів ЄС 199

В. В. Чайковська
Щодо проблемних питань подальшої імплементації Угоди про асоціацію «Україна – ЄС» у сфері зовнішньоекономічного регулювання 208

Актуальні проблеми судочинства

Д. В. Колесник
Принципи незалежності та недоторканності суддів у практиці Європейського Суду з прав людини 215

Л. М. Дешко
De minimis non curat praetor: критерії встановлення наявності або відсутності фінансової шкоди для заявника 222

В. В. Сліпенюк
Правове забезпечення права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє 230

Рецензії

С. Я. Фурса
Рецензія на монографію А. Ю. Бабаскіна «Кредитні відносини у цивільному праві України» 241

КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134143
УДК 341.231.14

Л. О. Корчевна
доктор юридичних наук, професор
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

А. В. Левенець
кандидат юридичних наук
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ІНСТИТУТ СПЕЦІАЛІЗОВАНОГО ОМБУДСМЕНА В МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

У статті досліджуються питання сутності та змісту спеціалізованих омбудсменів у системі захисту прав людини; визначаються види та роль цих інституцій у зарубіжних країнах; аналізуються перспективи їх упровадження в Україні. У результаті комплексного дослідження обґрунтовано необхідність першочергового впровадження в національний правозахисний механізм омбудсмена з прав дитини, військового та фінансового омбудсменів.

Ключові слова: спеціалізований омбудсмен, омбудсмен з прав дитини, військовий омбудсмен, фінансовий омбудсмен.

Постановка проблеми. Сучасний стан розвитку національного та міжнародного права супроводжується активними тенденціями оптимізації правозахисних механізмів, які б забезпечували гідний рівень захисту прав та свобод людини в кожній країні. Одним із дієвих механізмів такого захисту є інститут омбудсмена, який представлений вищою посадовою незалежною особою в державі, що здійснює функцію контролю за станом дотримання прав людини та попереджає їх порушення з боку органів влади та адміністрації. Слід відмітити, що інститут омбудсмена є порів-

няно новим інститутом у системі захисту прав людини, проте через свою доступність та дієвість він отримав широку популярність у багатьох країнах світу, особливо в період після Другої світової війни, коли проблема прав людини вийшла за межі національних держав та перетворилась на одну з глобальних проблем людства. В Україні вже близько 20 років запроваджений та успішно функціонує інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, проте вважати національну модель омбудсмена остаточно сформованою не можна. Нові виклики соціально-економічного та політичного характеру вимагають подальших змін та структурних перетворень правозахисних інституцій, зокрема – запровадження спеціалізованих омбудсменів із захисту окремих вразливих категорій осіб. Реалізація визначених завдань вимагає проведення відповідних наукових досліджень, метою яких є вивчення зарубіжного досвіду функціонування спеціалізованих омбудсменів та вироблення доктринально обґрунтованих пропозицій для їх створення в нашій державі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання сутності та особливостей діяльності інституту омбудсмена досліджувались багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими. Зокрема, професор О.В Марцеляк здійснив дисертаційне дослідження щодо конституційно-правового статусу інституту омбудсмена, а також порівняльний аналіз омбудсменівської моделі в зарубіжних країнах та в Україні. Також важливими є результати наукових пошуків таких вчених, як О. В. Батанов, Л. В. Голяк, С. В. Несинова, Ю. С. Палєєва та багатьох інших. Однак, незважаючи на наявні обґрунтовані пропозиції щодо оптимізації національної моделі інституту омбудсмена, залишається низка невирішених питань щодо шляхів законодавчого врегулювання окреслених питань. У той же час, наявність у структурі адміністрації Президента України низки Уповноважених: з прав дитини, з прав осіб з інвалідністю, у справах кримськотатарського народу, з питань реабілітації учасників антитерористичної операції, які одержали поранення, контузію, каліцтво або інші захворювання під час участі в антитерористичній операції, свідчить про важливість та особливий характер забезпечення, реалізації та захисту окремих вразливих категорій осіб, що підтверджує необхідність створення відповідних незалежних інституцій в Україні.

Мета статті полягає у виявленні сутності спеціалізованого омбудсмена як особливого правозахисного механізму, дослідження зарубіжного досвіду його функціонування та аналіз перспектив його запровадження в Україні.

Виклад основного матеріалу. Інститут омбудсмена з'явився в Швеції на початку вісімнадцятого століття. Омбудсмен на той час був представником короля, який мав наглядати за станом дотримання посадовими особами та цивільною адміністрацією законів та статутів. Лише на початку дев'ятнадцятого століття із запровадженням у цій країні посади омбудсмена юстиції він став обиратись парламентом та отримав статус незалежної посадової особи, яка вже могла наглядати за законністю дій не лише цивільної адміністрації, але й короля та суду. Слід відмітити, що сам термін «омбудсмен» має шведське походження та використовується сьогодні як збірний для позначення всіх подібних інститутів у різних країнах.

Майже паралельно із загальним омбудсменом у Швеції запроваджується один із перших спеціалізованих омбудсменів – з прав військовослужбовців та розгляду скарг солдат. У середині 20-го століття запровадження

подібного спеціалізованого омбудсмена також відбувається в ФРН, Норвегії, Данії та інших країнах. Таку популярність саме цього виду спеціалізованого омбудсмена дослідниця Л. В. Голяк пояснює «гострою соціально-політичною ситуацією, що виникла у післявоєнний час, а також необхідністю реформування збройних сил на нових демократичних засадах» [1, с. 65]. Подальший розвиток суспільно-політичних відносин в Європі характеризується поступовим переходом від військової сфери до соціальних проблем, і це відбувається на тлі розширення обсягу соціально-економічних прав людини та появи нових зобов'язань держав у відповідних галузях. На думку вже згадуваної нами Л. В. Голяк, «інститут спеціалізованого омбудсмена запроваджується тоді, коли суспільство і держава визнають необхідність гарантування не тільки прав та свобод більшості населення, а й прав і законних інтересів меншин та окремих категорій громадян, зокрема тих, які з різних причин не можуть здійснювати їх самостійно у повному обсязі; він є чинником формування громадянського суспільства, збагачення та універсалізації каталогу прав та свобод людини на міжнародному та національному рівнях, а також розвитку правозахисної функції держави» [1, с. 66]. Саме в таких умовах з'являються нові види спеціалізованих омбудсменів як особливі інституції в механізмі захисту прав окремих уразливих категорій осіб, що потребують більшої уваги з боку держави через специфіку свого статусу.

Визначення спеціалізованого омбудсмена, враховуючи вищезазначені аспекти його появи та функціонування, можна звести до наступного: це незалежна авторитетна особа, головна мета якої полягає в тому, щоб діяти як посередник між певною групою населення й державними органами чи органами місцевого самоврядування, а також у цій якості проводити моніторинг законодавства й діяльності органів управління на основі повноважень, які дозволяють звертатися з запитами та мати доступ до необхідної інформації, подавати рекомендації щодо протидії фактам поганого управління й усунення порушень прав людини [2, с. 85].

У сучасних демократичних державах світу спеціалізація омбудсменів досить різноманітна. Найвизнанішими є таки їх види, як омбудсмен з прав дитини, з прав військовослужбовців, з прав жінок, з прав мігрантів та біженців та багато інших.

Одним із найважливіших для України видається впровадження омбудсмена з прав дитини, оскільки майбутнє нашої держави залежить від того, наскільки вона піклується про своїх дітей, які в перспективі формуватимуть культурний та цивілізаційний рівень її громадянського суспільства. Наявність системних проблем із захистом прав дитини в Україні констатують і фахівці Коаліції з прав дитини Української Гельсінської спілки з прав людини у своїй комплексній Доповіді про виконання Україною Конвенції ООН про права дитини за період 2011–2016 роки. Так, вони підкреслюють, що ситуація із захистом прав дитини в Україні не лише не покращилася, а навіть погіршилася, у першу чергу – внаслідок збройної агресії проти нашої держави та не підконтрольності частини території, а також велику кількість постраждалих від цієї агресії дітей, як тих, які виїхали з непідконтрольної території, так і тих, які залишились там [3].

Проблема захисту прав дитини не є новою для світового співтовариства, оскільки ще в 1959 році ООН прийняла Декларацію прав дитини, в якій були встановлені соціальні та правові стандарти захисту прав дітей.

Наступним кроком у розвитку цієї важливої галузі стала прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1989 році Конвенція про права дитини, яку Україна ратифікувала одразу після проголошення своєї незалежності в 1991 році, а, отже, має виконувати взяті на себе міжнародні зобов'язання.

Слід відмітити, що з 2011 року в структурі Адміністрації Президента України діє Уповноважений Президента України з прав дитини як окремий орган, основними завданнями якого є моніторинг додержання в Україні конституційних прав дитини, а також виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері; внесення пропозицій щодо підготовки проектів законів, актів Президента України з питань прав та законних інтересів дитини; здійснення заходів, спрямованих на захист і відновлення порушених прав та законних інтересів дитини; підготовка заходів за участю Президента України, у тому числі міжнародного характеру, з питань, що стосуються дітей; організація заходів щодо налагодження взаємодії органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування з питань захисту прав та законних інтересів дитини [4, п. 4].

Окремо в складі Секретаріату Уповноваженого ВРУ з прав людини функціонує структурний підрозділ з питань дотримання прав дитини, «до повноважень якого віднесені питання щодо моніторингу стану дотримання в Україні прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері та підготовка пропозицій Уповноваженому з прав людини щодо вжиття актів реагування з метою запобігання порушенням прав дитини або сприяння їх поновленню» [5]. Навіть поверхневий аналіз дає змогу стверджувати, що повноваження обох структурних підрозділів у галузі захисту прав дитини, по-перше, дублюються, а, по-друге, закріплюються занадто загально та не конкретно. Саме тому вбачається необхідним запровадження окремої незалежної посадової особи – Уповноваженого з прав дитини в Україні з чітко виписаними функціями та повноваженнями, які б надавали право цій особі безпосередньо впливати на стан дотримання прав дитини в нашій країні шляхом моніторингу відповідної галузі, безпосереднього доступу до установ, в яких проживають або перебувають діти, у першу чергу – установ примусового тримання дітей (слідчих ізоляторів, дитячих будинків та інтернатів, спеціальних виховних та реабілітаційних установ для дітей та ін.).

Обираючи можливі шляхи запровадження дитячого омбудсмена в Україні, слід відмітити, що світова практика знає декілька таких підходів: від створення окремих структур на підставі спеціального закону, прийнятого парламентом, до розширення системи існуючих омбудсменівських служб або створення їх при громадських організаціях, від імені яких вони здійснюють відповідний контроль. Враховуючи, що в Україні важливим напрямком діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини є функція захисту прав дитини (для чого в складі секретаріату створено відповідний структурний підрозділ), для нас найприйнятнішим видається досвід функціонування канадської моделі дитячого омбудсмена, яка була побудована за принципом розширення існуючого Бюро омбудсмена шляхом упровадження в 1987 році посади заступника омбудсмена у справах дітей [5, с. 350]. Шляхом розширення існуючої системи органів державної влади без запровадження окремої омбудсменівської структури щодо захисту прав дітей пішли також такі країни, як Данія, Бельгія, Німеччина та інші, які демонструють значні успіхи в указаній галузі.

Не менш важливим для нашої держави є запровадження спеціалізованого омбудсмена з прав військовослужбовців. Необхідність спеціалізованої правозахисної діяльності цієї категорії осіб відстоювалась у наукових колах тривалий час. Наприклад, професор О. В. Марцеляк відзначав, що створення посади військового омбудсмена «має стати важливим чинником демократизації суспільства загалом і національної військової адміністрації зокрема; має забезпечити виконання конституційних норм, що гарантують права і свободи військовослужбовців, сприяти створенню в суспільстві атмосфери довіри до армії» [7, с. 29]. Однак особливої актуальності питання гідного захисту прав військовослужбовців отримали після 2014 року, коли Україна через зовнішню агресію опинилась у стані фактичних воєнних дій, а, отже, й основна увага суспільства та держави має бути зосереджена на громадянах, які попри всі ризики боронять територіальну цілісність та державні кордони України. Наявність численних порушень та обмежень прав військовослужбовців та учасників АТО, починаючи з проблем підтвердження свого статусу і закінчуючи отриманням відповідних пільг та заохочень, свідчать про необхідність створення нових засобів їхнього захисту. Дієвим інститутом такого захисту може бути лише спеціалізований інститут, представники якого розуміють специфіку статусу військовослужбовців, знають внутрішні особливості військової служби та порядку її проходження. Необхідність упровадження спеціалізованого омбудсмена з прав військовослужбовців пояснюється також тим, що, враховуючи закони воєнного часу, а також вимоги військової дисципліни, військовослужбовців можна вважати вразливою категорією, неспроможною захистити свої права та законні інтереси самостійно.

Зарубіжний досвід функціонування військового омбудсмена охоплює велику кількість країн, як-от: Норвегія, Канада, ФРН та інші. Враховуючи всі наведені вище проблеми військової галузі, з якими стикнулася Україна, для нас найбіль прийнятним видається використання досвіду Німеччини щодо створення військового омбудсмена. Позитивами цієї моделі можна вважати, по-перше, парламентський шлях призначення Уповноваженого Бундестагу з оборони та відповідно підвищений рівень незалежності його діяльності, по-друге, конституційний рівень закріплення його статусу, по-третє, широкий перелік повноважень, а також можливість розглядати скарги не лише військовослужбовців, але й громадян, депутатів та навіть із власної ініціативи розпочинати розслідування у випадку, якщо стали відомі факти порушення прав військових. До цього слід додати, що відсутні будь-які обмеження до формальних вимог або ж термінів подання скарг Уповноваженому.

Ще однією галуззю, яка також має особливо проблемне значення для України, є фінансова сфера та необхідність розроблення системи гарантій особи в цих правовідносинах. В умовах стихійного розвитку ринкової економіки, стрімких валютних коливань, які часто є суб'єктивними, непрогнозованими, підвищення інфляційного тиску та багатьох інших проблем, які особливо загострились після світової економічної кризи 2008–2009 років, Україна стикнулася з глибоким протистоянням між банками та їхніми клієнтами, які в один момент із обох боків виявилися неспроможними виконувати взяті на себе зобов'язання. «Спроби вирішити ці проблеми призвели до активного використання таких жорстких інструментів, як колекторські компанії, масовий продаж заставної власності, застосування

процедур штучного банкрутства і багато іншого, що негативно відобразилося на ситуації в банківському секторі» [7, с. 67].

Враховуючи специфіку діяльності банківської системи, розвиток та ускладнення продуктів фінансового ринку, сутність яких часто незрозуміла багатьом споживачам фінансових послуг, найдієвішим механізмом захисту їх прав вважається інститут фінансового омбудсмена, який, до речі, був рекомендований для створення в Україні Світовим банком ще в 2011 році. Фінансовий омбудсмен успішно функціонує в більш ніж 40-ка країнах світу та має різний правовий статус, функції та повноваження. Так, в окремих державах цей інститут створений в системі захисту прав споживачів (Данія, Швеція, Латвія, Литва), також він може існувати як універсальний інститут для всього фінансового сектору (Великобританія, Австралія), або ж як окремий орган для одного або більше сегментів фінансового ринку (Польща, Канада, Італія).

Цікавим для України щодо запровадження фінансового омбудсмана можна вважати досвід ФРН, в якій цей інститут успішно функціонує від початку 90-х років як громадська структура, створена Спілкою приватних банків Німеччини. Слід відмітити, що в Німеччині, крім фінансового омбудсмена приватних банків, існують й інші їхні види, наприклад, омбудсмен німецьких банків публічного сектору, омбудсмен кооперативних банків тощо [7, с. 70]. Запровадження в Україні саме фінансового омбудсмена в системі приватних банків дозволить, окрім підвищення рівня захисту прав та інтересів людини у фінансовій сфері, також повернути довіру до фінансових установ, яка зараз знаходиться на вкрай низькому рівні. Окрім того, функціонування недержавного інституту фінансового омбудсмена, по-перше, не лягає тягарем на державний бюджет України, а, по-друге, забезпечує більшу незалежність цієї інституції, позбавляючи її політичної складової.

Висновки. Проведений аналіз дає змогу зробити висновок, що інститут спеціалізованого омбудсмену відіграє важливу роль у механізмі захисту прав людини, підтвердженням чого є успішне функціонування його численних різновидів в сучасних демократичних державах світу. Наявність спеціалізованих омбудсменів у системі правозахисних органів свідчить про спроможність держави захистити не лише найголовніші права всіх людей, але й окремі потреби вразливих груп населення, які в більшій мірі потребують такого захисту. Інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з моменту заснування довів свою ефективність та дієвість у галузі здійснення контролю за станом дотримання прав людини в нашій державі, проте сформованою національну модель омбудсменівської служби вважати не можна. Низка політичних та соціально-економічних факторів обумовлюють потребу в створенні інститутів спеціалізованих омбудсменів, які будуть компетентно та цілеспрямовано здійснювати захист окремих, найуразливіших категорій осіб, що врешті-решт вплине на загальний стан дотримання прав людини в Україні. Дослідження найближчих перспектив впровадження спеціалізованих омбудсменів в Україні доводить, що такими є омбудсмен з прав дитини, військовий та фінансовий омбудсмени. Виокремлення саме цих видів спеціалізованих омбудсменів пов'язано перш за все зі специфікою статусу перелічених суб'єктів. Звісно ж, інші галузі прав людини є не менш важливими, проте з ними, з нашої точки зору, ефективно вправляється Уповноважений ВРУ з прав людини в межах своєї діяльності.

Список літератури

1. Голяк Л. В. Становлення та розвиток інституту спеціалізованого омбудсмана // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право. 2011. Вип. 1. С. 61–67. URL: http://nbuv.gov.ua/ UJRN/ Nvamu_pr_ 2011_1_11 (дата звернення: 10.05.2018).
2. Палєєва Ю. С. Спеціалізовані омбудсмени в зарубіжних країнах: досвід для України // Альманах міжнародного права. 2015.Випуск 7. С. 84–91.
3. Ясеновська М., Бондаренко А. Права дитини: матеріали, підготовлені в рамках річної доповіді «Права людини в Україні 2016» URL: https://helsinki.org.ua/prava-dytyny-m-yasenovska-a-bondarenko (дата звернення: 10.05.2018).
4. Про Уповноваженого Президента України з прав дитини: Положення Президента України, затверджене 11 серпня 2011 року з наст. змінами URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/811/2011 (дата звернення: 10.05.2018).
5. Права дитини: інформація про підрозділ на офіційному веб-сайті Уповноваженого Верховної ради України з прав людини. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/child/ (дата звернення: 10.05.2018).
6. Закриницька В. Омбудсмен з прав дитини в механізмі державного захисту прав, свобод і законних інтересів дітей: зарубіжний досвід досвід / В. Закриницька // Вісник академії правових наук України. 2012. № 4 (71). С. 346–356.
7. Марцеляк О. В. Інститут військового омбудсмена та перспективи його створення в Україні // Часопис Київського університету права. 2003. № 3. С. 29–33.
8. Сирота А. І. Фінансовий омбудсмен як позасудова система врегулювання спорів на фінансовому ринку України // Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право). 2013. № 4 (63). С. 67–71.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2018

Л. А. Корчевная
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

А. В. Левенец
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ИНСТИТУТ СПЕЦИАЛИЗИРОВАННОГО ОМБУДСМЕНА В МЕХАНИЗМЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ПЕРСПЕКТИВЫ ЕГО ВНЕДРЕНИЯ В УКРАИНЕ

Резюме

В статье исследуются вопросы сущности и содержания специализированных омбудсменов в системе защиты прав человека; определяются виды и роль этих институтов в зарубежных странах; анализируются перспективы их внедрения в Украине. В результате комплексного исследования обоснована необходимость первоочередного внедрения в национальный правозащитный механизм омбудсмена по правам ребенка, военного и финансового омбудсменов.

Ключевые слова: специализированный омбудсмен, омбудсмен по правам ребенка, военный омбудсмен, финансовый омбудсмен.

L. O. Korchevna
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

A. V. Levenets
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE NOTION AND CHARACTERISTICS OF RAIDING WITH IN THE CONTEXT OF RELATED NOTIONS OF TAKEOVER AND SEIZURE OF PROPERTY

Summary
The article deals with the issues of the essence and content of specialized ombudsmen in the system of protection of human rights; the types and role of these institutions in foreign countries are determined; the prospects of their implementation in Ukraine are analyzed. As a result of a comprehensive study, the necessity of prioritizing the implementation of the child human rights ombudsman, the military and financial ombudsmen into the national human rights mechanism was substantiated.

Key words: specialized ombudsman, ombudsman for child rights, military ombudsman, financial ombudsman.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134229
УДК 342:347.157-053.2

Л. О. Кадегроб
адвокат, аспірант
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ДИТИНИ В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ

У статті досліджуються сучасні конституційно-правові основи захисту прав і свобод дитини як особливого об'єкта конституційного законодавства України. Проводиться аналіз відповідних міжнародно-правових договорів, ратифікованих Україною, та національних нормативно-правових актів із досліджуваного питання. Автор пропонує розробити єдине теоретико-правове визначення поняття «конституційно-правовий статус дитини» і обґрунтовує тезу про неприпустимість ототожнення категорій «правовий статус» та «конституційно-правовий статус». У статті знаходить підтвердження теза про те, що конституційно-правовий статус дитини може реалізовуватися лише за умови його законодавчого закріплення та державного забезпечення.

Ключові слова: дитина, конституційно-правовий статус, інтереси дитини, права дитини, забезпечення статусу дитини.

Постановка проблеми. Питання, пов'язане з необхідністю виділення в окрему ланку конституційного законодавства категорії прав і свобод дитини, виникло ще на початку XX століття. Так, про «інтереси дитини» згадувалося на Гаазькій конференції з міжнародного приватного права (1902) та в популярній роботі шведської феміністки Е. Кей «Століття Дитини» (1903). У 1920 році за ініціативи Е. Джебба було створено Міжнародний Союз Порятунку дітей, що допомагав у всьому світі дітям, постраждалим від І Світової війни. А вже у 1924 р. Ліга Націй прийняла перший спеціальний акт у сфері захисту прав дитини – Женевську декларацію прав дитини [1, с. 1].

Створена 25 квітня 1945 року Організація Об'єднаних Націй (надалі за текстом – ООН) звернула увагу міжнародної спільноти на необхідність виокремлення правового стану дитини та його нормативного закріплення, що відтворилося в положеннях прийнятої 10 грудня 1948 року Загальної декларації прав людини, Декларації прав дитини від 20 листопада 1959 року, низці міжнародних пактів, прийнятих в 1966 році.

Зокрема, з тексту Міжнародного пакту про громадянські та політичні права вбачається, що кожна дитина без будь-якої дискримінації за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, національного чи соціального походження, майнового стану або народження має право на такі заходи захисту, які є необхідними в її становищі, як малолітньої, з боку її сім'ї, суспільства і держави [2, ст. 24].

Результатом попередньо проведеної роботи стало прийняття 20 листопада 1989 року Генеральною Асамблеєю ООН Конвенції про права дітей,

яку нашою державою 27 лютого 1991 року було ратифіковано згідно з Законом України «Про ратифікацію Конвенції про права дитини». Зазначена обставина стала передумовою внесення до Конституції України положень статті 52, якими закріплюється рівність усіх дітей у їхніх правах, незалежно від походження, та забороняється будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація.

Водночас вітчизняна юридична практика свідчить про недосконаліть та часткову неефективність конституційно-правового механізму захисту прав дітей, із огляду на що наявні чисельні факти грубого поводження з дітьми, обмеження останнім доступу до освіти, незаконного використання дитячої праці, підвищення рівня дитячої злочинності тощо. Вітчизняна наукова спільнота прямо пов'язує це з украй малою розвиненістю в теоретичному та практичному аспектах інституту прав дитини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням та вивченням питання конституційно-правового статусу дитини в Україні займалися такі вчені, як О. М. Кудрявцева, І. В. Волошина, Н. М. Крестовська, М. А. Маніна, І. В. Швець, А. А. Оржаховська та деякі інші, аналіз робіт яких і став теоретичним підґрунтям для здійснення даної публікації. Утім, в роботах вищезазначених науковців відсутня єдність щодо розуміння поняття та особливостей конституційно-правового статусу дитини в Україні, що й зумовлює актуальність досліджуваної в даній статті теми.

Мета статті. Метою статті є дослідження сучасного конституційно-правового статусу дитини в Україні, здійснення аналізу наукових підходів до його визначення, видів державного забезпечення й особливостей, а також розробка єдиного теоретико-правового тлумачення поняття «конституційно-правовий статус дитини».

Виклад основного матеріалу. Сучасний конституційно-правовий статус дитини в Україні серед наукової спільноти прийнято розглядати в контексті загальних основоположних прав людини і громадянина. Виокремлення дитини як спеціального суб'єкта правовідносин в Україні засноване на її вікових характеристиках.

Так, відповідно до Конвенції ООН про права дітей, дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосованим до цієї особи, вона не досягає повноліття раніше [3, ст. 1].

Водночас із приписів Сімейного кодексу України витікає, що статус дитини має особа до досягнення нею повноліття [4, ст. 6]. Отже, за загальним правилом, шлюбний вік для чоловіків та жінок складає 18 років [4, ст. 22]. Хоча нормами кодексу встановлюється виняток, за якого особа втрачає статус дитини: за заявою особи, яка досягла 16 років, за рішенням суду їй може бути надане право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам [4, ст. 23].

В. І. Абрамова влучно зазначає, що статус дитини випливає із правового статусу людини й громадянина з урахуванням вікових обмежень. У такому контексті під правовим статусом дитини вчена розуміє сукупність її прав і обов'язків, зафіксованих державою в юридичній формі. Дитина володіє загальним (конституційним), галузевим, спеціальним (родовим) та індивідуальним правовими статусами. Виокремлюючи традиційно загальний або конституційний статус дитини, слід говорити про певну умовність через ототожнення конституційних прав дорослих громадян і дітей [6, с. 120].

Автор статті погоджується з О. А. Шульц, яка влучно зазначає, що вітчизняна наука конституційного права фактично не приділяє уваги вивченню проблем прав дитини, що сприяє безсистемному нормативно-правовому регулюванню правового статуту дитини в Україні, виникненню правових колізій та прогалин у вітчизняній правовій системі [7, с. 91].

Дійсно, українська наукова доктрина й до сьогодні не містить єдиного тлумачення поняття конституційно-правового статусу дитини.

Так, А. А. Оржаховська під конституційно-правовим статусом дитини розуміє сукупність прав і свобод, передбачених Основним Законом України, які можуть реалізувати суб'єкти, які не досягли повноліття, а також їхніх обов'язків, що вони можуть виконувати з урахуванням вікових особливостей [8, с. 43].

І. В. Швець тлумачить конституційно-правовий статус дитини як юридично закріплене становище дитини в суспільстві, яке визначається системою принципів та норм, що містяться в Конституції України, міжнародних актах та інших нормативно-правових актах і захищають права, свободи і обов'язки дитини, а також гарантії їх реалізації та відповідальність [9, с. 121].

У свою чергу Н. М. Крестовська не погоджується з позиціями вище вказаних авторів із огляду на наближеність їх визначень до правового статусу дитини та зазначає, що під конституційно-правовим статутом дитини слід розуміти лише систему формально визначених та забезпечених Основним Законом держави прав, обов'язків та відповідальностей дитини як повноправного члена українського суспільства. При цьому вчена підкреслює, що дитина наділена й усіма правами та свободами, несе ті ж обов'язки та відповідальності, які, за Конституцією України, має кожна людина, але їх самостійна реалізація залежить від досягнення дитиною певних параметрів фізичної та соціальної зрілості [10, с. 31–34].

Отже, наразі серед вітчизняних науковців чітко простежується тенденція до ототожнення загально-правового статусу дитини з конституційно-правовим.

Водночас спільним серед наукового співтовариства є поділ конституційно-правового статусу дитини на загальний – це правовий статус, передбачений конституційним законодавством для будь-якої людини чи громадянина; спеціальний – передбачений окремими нормативно-правовими актами для окремих категорій людей чи громадян (суддів, прокурорів, викладачів); індивідуальний – правовий статус, передбачений індивідуально-правовими актами для конкретної особи [9, с. 119].

Безумовно, конституційно-правовий статус дитини може реалізовуватися лише за умови його законодавчого закріплення та державного забезпечення.

Із огляду на те, що норми, присвячені конституційно-правовому статусу дитини, представлені в Основному Законі України як в контексті загальних основоположних прав людини і громадянина, так і у вигляді спеціальних норм, автор вважає за доцільне розділити види забезпечення конституційно-правового статусу дитини на дві групи: загальні та спеціальні.

До загальної групи слід віднести:

1) неможливість зміни Конституції України, якщо такі зміни призведуть до скасування чи обмеження прав та свобод людини і громадянина [11, ст. 157];

2) визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю [11, ст. 3];

3) проголошення основним обов'язком держави утвердження і забезпечення прав і свобод людини [11, ст. 3]:

4) гарантування кожному можливості звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України, установлення прямої дії положень Конституції України [11, ст. 8];

5) закріплення права на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також права будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [11, ст. 55];

6) визнання права на професійну правничу допомогу та вільний вибір захисника своїх прав [11, ст. 59];

7) можливість захисту прав і свобод судом [10, ст. 55];

8) закріплення таких невід'ємних природних прав людини, як право на життя [11, ст. 27], право на свободу та особисту недоторканність [11, ст. 28] тощо.

До спеціальної групи належать наступні види забезпечення конституційно-правового статусу дитини:

1) державна охорона дитинства [11, ч. 3 ст. 51];

2) установлення рівності дітей у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним [11, ст. 52];

3) переслідування за законом будь-якого насильства над дитиною та її експлуатації [11, ст. 52];

4) покладання на державу обов'язку утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування [11, ст. 52];

5) державне забезпечення доступності й безоплатності дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах; розвиток дошкільної, повної загальної середньої, позашкільної, професійно-технічної, вищої освіти, різних форм навчання [11, ст. 53].

Наведені вище види забезпечення конституційно-правового статусу дитини постійно змінюються та розширюються. Так, О.М. Кудрявцева влучно зазначає, що нині механізм захисту конституційних прав дитини в Україні розвивається та удосконалюється шляхом: 1) запровадження міжнародних стандартів у сфері захисту прав дитини; 2) підготовки та прийняття нових законодавчих актів, які регулюватимуть суспільні відносини у сфері захисту прав дитини; 3) подальшої гуманізації національного законодавства щодо забезпечення прав дитини; 4) удосконалення компетенції, форм, методів діяльності вповноважених державних органів, на яких покладено обов'язки щодо захисту прав дитини в Україні; 5) усебічного використання здобутків юридичної науки для вдосконалення чинного законодавства та правотворчої практики у сфері захисту прав дітей [12, с. 11].

Таким чином, нами пропонується під конституційно-правовим статусом дитини розуміти юридично закріплене в нормах Конституції України положення дитини як члена суспільства та спеціального суб'єкта правовідносин, яке визначається системою прав, свобод, обов'язків та відповідальностей дитини, виконання та захист яких забезпечується та гарантується державою.

Висновки. Особливістю конституційно-правового статусу дитини є те, що остання є спеціальним суб'єктом правовідносин, статус якого витікає з правового статусу людини і громадянина з урахуванням установлених вікових обмежень. Враховуючи це, автор вважає, що конституційно-правовий статус дитини найдоцільніше тлумачити як юридично закріплене в нормах Конституції України положення дитини як члена суспільства та спеціального суб'єкта правовідносин, яке визначається системою прав, свобод, обов'язків та відповідальностей дитини, виконання та захист яких забезпечується та гарантується державою.

Перед сучасною Україною як європейською, правовою, демократичною державою одним із пріоритетних напрямків діяльності постає розвиток та конституційне закріплення інституту прав дитини, а також розроблення дієвого механізму його практичної реалізації. Утілення в життя такого напрямку зараз не можна вважати завершеним. Останній, на нашу думку, потребує ґрунтовного наукового та законодавчого дослідження, узагальнення та напрацювання єдиної теоретичної правової основи.

Список літератури

1. Кудрявцева О. М. Конституційно-правові основи захисту прав дитини в Україні / О.М. Кудрявцева: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.02. К., 2014. 21 с.
2. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: Міжнародний документ від 16.12.1966 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/ laws/ show/995_043 (дата звернення 26.05.2018)
3. Конвенція про права дітей від 20.11.1989 р. URL: http: //zakon3.rada.gov.ua/ laws/ show/995_021 (дата звернення: 26.05.2018).
4. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/ show/2947-14. (дата звернення: 26.05.2018).
5. Про ратифікацію Конвенції про права дитини: Закон України від 27 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. 1991. № 13. Ст. 145.
6. Швець І. В. Нормативне регулювання конституційно-правового статусу дитини в Україні / І.В. Швець // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 10. С. 139–146.
7. Шульц О. А. «Права дитини» як категорія сучасного конституційного права / О.А. Шульц // Часопис Київського університету права. 2009. № 3. С. 91–96.
8. Оржаховська А. А. До проблеми визначення конституційно-правового статусу дитини / Алла Оржаховська // Наукові записи Інституту законодавства Верховної Ради України. 2012. Вип. 4 (13). С. 40-43.
9. Швець І. В. Конституційно-правовий статус дитини: поняття, елементи, види / І. В. Швець // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 3. С. 116–123.
10. Крестовська Н.М. Конституційно-правовий статус дитини в Україні / Н.М. Крестовська // Збірник: Правовий вимір конституційної, адміністративної та фінансової юрисдикції в умовах європейської парадигми України: матеріали Всеукраїнської науково – практичної конференції, 17.11.2016 р. м. Одеса. Одеса: МГУ, 2016. С. 31-34.
11. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/ show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 26.05.2018).
12. Кудрявцева О. М. Конституційно-правові основи захисту прав дитини в Україні / О.М. Кудрявцева : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.02. К., 2014. 21 с.
13. Волошина І. В. Конституційно-правовий статус дитини в Україні / І. В. Волошина // Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних

наук. 2016. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/ 123456789/ 38/1/voloshina.pdf (дата звернення: 26.05.2018).
14. Кудрявцева О. М. Конституційно-правові основи захисту прав дитини в Європі: історія та сучасність / О. М. Кудрявцева // Права та свободи людини в контексті модернізації Конституції України / За заг. ред. проф. В. В. Коваленка; матер. наук.-практ. інтернет-конференції ННІЗН НАВС (м. Київ, 23 січня 2014 р.). К. : Видавництво Ліра-К, 2014. С.71–73.
15. Швець І. В. Поняття та класифікація прав дитини в Україні / І. В. Швець // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 12. С.145–153.
16. Швець І. В. Поняття гарантій конституційно-правового статусу дитини в Україні / І. В. Швець // Науково-аналітичний журнал «Митна справа». 2013. № 2 (86). Ч. 2. Кн. 1. С. 394–400.
17. Шульц О.А. Становлення прав дитини в Україні як об'єкта конституційно-правового регулювання / О.А. Шульц // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2009. № 3. С. 103–109.
18. Кудрявцева О. М. Конституційні засади захисту прав і свобод дитини в Україні: досвід, проблеми, перспективи / О. М. Кудрявцева. URL: http://historylaw.eenu.edu.ua/ publ/2014/rozdil_2_konstitucijne_administrativne_informacijne_ta_finansove_pravo/o_kudrjavceva_konstitucijni_zasadi_zakhistu_prav_i_svobod_ditini_v_ukrajini_dosvid_problemi_perspektivi/10-1-0-99
19. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/ aws/show/254к/96-вр/page (дата звернення 26.05.2018).
20. Лінник Н. В. Історичні передумови захисту прав і свобод дитини на різних етапах розвитку суспільства / Н. В. Лінник // Університетські наукові записки. 2006. № 2. С. 41–45.
21. Карпова П. В. Конституційно-правовий статус дитини в Україні / П.В. Карпова // URL: http://legal.duan.edu.ua/ images/ stories/ Files/ 2013/ARTICLES_2/7.pdf (дата звернення: 26.05.2018).
22. Загребельна Я. Ю. Особливості конституційно-правового статусу дітей в Україні / Я. Ю. Загребельна URL: http://dspace.pnpu.edu.ua/ handle/123456789/4598 (дата звернення: 26.05.2018).

Стаття надійшла до редакції 30.05.2018

Л. О. Кадегроб
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ СТАТУС РЕБЕНКА В УКРАИНЕ: ПОНЯТИЕ И ОСОБЕННОСТИ

Резюме

Статья посвящена исследованию конституционно-правового статуса ребенка как объекта конституционного регулирования и особенного члена украинского общества.

Проведя анализ соответствующих международно-правовых договоров, ратифицированных Украиной, и национальных нормативно-правовых актов, изучив теоретический опыт научного сообщества по данному вопросу, автор статьи предлагает свой вариант определения понятия конституционно-правового статуса ребенка.

В статье подчеркивается, что особенностью конституционно-правового статуса ребенка является его проистекание из правового статуса человека и гражданина, при этом учитываются установленные законодателем возрастные ограничения. Автор обосновывает тезис о недопустимости отождествления категорий «правовой статус» и «конституционно-правовой статус».

Автор приходит к выводу о том, что конституционно-правовой статус ребенка может реализовываться лишь при условии его законодательного закрепления и государственного обеспечения. В статье подчеркивается, что институт прав ребенка в Украине еще окончательно не сформирован, находится на стадии развития и требует основательного научного исследования и законодательного закрепления.

Ключевые слова: ребенок, конституционно-правовой статус, интересы ребенка, права ребенка, обеспечение статуса ребенка.

L. O. Kadegrob
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF A CHILD IN UKRAINE: CONCEPTION AND PECULIARITIES

Summary

The article is devoted to the research of the constitutional and legal status of a child as constitutional regulation's object, as well as a special member of the Ukrainian society.

Having analysed and compared the relevant international legal treaties, ratified by Ukraine, and the national normative legal acts, as well as having studied the theoretical experience and conclusions of the academic community on this issue, the author of this paper proposes her own version for the definition of the conception on the constitutional and legal status of a child.

In the paper the author emphasizes, that the peculiarities of the constitutional and legal status of a child are expressed in their adherence to the legal status of a person and a citizen together with consideration of the age limitations, established by the law. The author is giving argumentation to her thesis that it is inacceptable to identify the following categories: "legal status" and "constitutional and legal status".

The author comes to the conclusion, that constitutional and legal status of a child can be realized only with a condition of its statement in the legislation and procurement by the state. It is underlined in the article, that the institute of children rights in Ukraine has not been fully formed till now; it is at the stage of development and requires further scientific research and legislative consolidation.

Key words: child, constitutional and legal status, child's interests, children rights, procurement of child's status.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134146
УДК 342.1/25(477)(0433)

O. V. Prieshkina
Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

MUNICIPALITY: CONSTITUTIONAL AND LEGAL ASPECTS

The article is devoted to the study of the legal status of municipal authorities in the system of constitutional and legal relations. The concept of power as a social phenomenon in the development of the state is argued, the significance of which is especially exacerbated during the period of socio-economic transformations, when economic regimes change and significant transformations occur in the functioning of the political system and the division of state power. The definition of municipal power is given as a special public-law phenomenon, which is implemented through the system of power relations, which are aimed at solving all issues of local-regional significance.

Key words: municipal power, public authority, democracy, local government, municipalities.

Formulation of the problem. One of the topical problems is local self-government as an extremely new system of organizing public power on the ground. This, first of all, determines the theoretical and social significance of this study, which is devoted to determining the place and role of municipal authorities in the system of constitutional and legal relations.

Analysis of recent research and publications. A study of the fundamental foundations of the functioning of municipal government is devoted to the works of many academic jurists: A. A. Akmalova, M. A. Baimuratov, A. V. Batanov, M. F. Orzikh, N. L. Peshin, N. V. Postovoy, V. E. Chirkin.

Objectives of the article. The purpose of this study is to determine the legal status of municipal authorities in a system of public power relations within which the functions and powers of local self-government are realized.

Statement of the main material. The revival of the institution of local self-government in Ukraine requires targeted actions to provide organizational and legal and economic support for decentralization in the sphere of administration, the embodiment of an optimal model for the distribution of functional and economic powers between central and local authorities, improvement of organizational activities, legal and economic bases for the functioning of local self-government bodies [1].

Power as a social phenomenon has always attracted and draws the attention of scholars and researchers of various branches of social and human sciences. This is especially manifested in the critical epochs of social and economic development, when economic regimes change and significant changes occur in the functioning of the political system and the division of state power.

The establishment of a sovereign, independent, democratic, social and legal state in Ukraine (Article 1 of the Constitution of Ukraine) not only objectively actualized the recognition, but also served as the normative base for the scientific and pragmatic legalization of public power (Article 5 of the Constitution of Ukraine). The constitutional position that «the people is the bearer of sovereignty and the only source of power in Ukraine» and that «the people exercise power directly and through state authorities and local self-government bodies» has become the normative and methodological basis for the constitution and legal identification of public power and its differentiation on direct democracy, state and municipal power [2].

Municipal power is a special kind of power; it is not literally a continuation of state power on the ground, although it has a number of features that are inherent in state power. These include: the presence of an apparatus that exercises power functions, the availability of a regulatory framework for activities, the possibility of using the state machinery of coercion, the economic basis, including the receipt of local taxes and fees, the existence of a centralized fund of financial resources in the form of local budgets.

At the same time, the municipal government has a number of features that distinguish it from state power. Among them there is a lack of strict hierarchy and subordination of local self-government bodies, non-state essence of local self-government bodies (therefore they act not on behalf of the state, but on their own behalf), a special range of issues related to their jurisdiction, local issues.

Municipal government is a special public and legal phenomenon and differs from state power in that it has qualitatively separated its features.

Firstly, the presence of a special subject: the population of the municipal formation. Its peculiarity is connected with the fact that in the person of this population there is a coincidence of the object and the subject of municipal legal regulation. This provision was first formulated by the scientist Volkov Y.E. in 1965 [3], while for public administration there is a discrepancy, and sometimes even a contrast, between the subject and the control object. In addition, at the local level, the subject of management is not state bodies or officials appointed from above, but elected representatives of local communities [4].

Secondly, the qualitative difference is that the apparatus that implements the municipal power authority is separate and in its activity relies on legislation on local self-government. The difference is that local self-government does not have its own enforcement apparatus, which in exceptional cases is borrowed to the state.

It should be noted that this position is not shared by all legal scholars. Thus, Postovoi, a scientist, insists that local self-government bodies «are in the broadest sense a continuation of state government on the ground, since public powers are inherent in both state authorities and local self-government bodies». In addition, as the Russian scientist Postov N. bats «the statehood of local self-government, according to Art. 9 of the European Charter of Local Self-Government is manifested in the fact that the state regulates the distribution of financial resources between local governments, granting them subsidies for the financing of certain projects, etc. Provided that the state exists in society, local self-government becomes dependent on the state. Life itself confirms this conclusion. The state adopts a real law on the establishment of local self-government, it is, does not accept - self-government cannot be.

This is especially characteristic of the modern period of Russia, when people are used to the organizing role of the state, to the team from above «[5].

It is hardly possible to agree with such a position of the esteemed scientist. After all, any state powers are of a public nature, but not every public interest necessarily has state significance. As the scientist-researcher Akmalova A.A. correctly notes, «in the context of the significant influence of the state on all socio-political processes, the fate of local self-government depended on the chosen political elite of the course each time» [6].

Local self-government, as a social system, is an aggregate of social relations that arise, change, stop on the territory of municipal entities as a result of joint activity of subjects of local self-government [7]. The meaning of local self-government lies in a special way of decentralizing government in the state. Hence the status of the relevant bodies, as authorities. But this is a public authority, whose decisions are subject to the population of the relevant municipalities [8].

From this it follows that the municipal power is a kind of both social and public power operating within the municipality. Municipal authority can be defined as a form of social relations in which, according to the norms regulating the status of the local community, the activities of some entities direct, change, or stabilize the activities of other actors in accordance with their interests, goals and within the framework of national policy [9].

Domestic scientist-constitutionalist Orzikh M. F. believes that it is the synthesis of the public and state theory of self-government that gives the constitutional opportunity to «enter the legal gates» and not «destroy the municipal fences» that were unsuccessfully built on the ground under the influence of «revolutionary psychology and sovereign outrage local councils «[10].

The same point of view is shared by the Russian scientist-researcher Peshin N. L, who believes that the problem of the nature of municipal power must be solved from the point of view of combining in nature the self-government of «public» and «state» principles. If local self-government is completely separated from the solution of state tasks, it will become completely public, but the state will have to create a territorially «duplicating» system of its power to solve state issues at the local level, which is economically inefficient. If self-government is completely subordinated to state power, then in the end we can get not local self-government in its constitutional understanding (as a form of democracy providing independent activity of the population to address issues of local importance), but the local level of government, which will certainly be effective in the solution of tasks set by the state, but at the same time, the interests of the inhabitants of individual territories will not be of much interest, which will itself level the meaning of local self-government [11].

In this regard, the position of the scientist Chirkin V.E., that «the task of strengthening the state power cannot be solved without strengthening local government, but not on the basis of its further isolation, but on the basis of increasing reasonable centralization, strengthening state began in the management of the field» [12].

Conclusions. Thus, «municipal power is a kind of not only social, but also public power, operates within the municipality, is implemented on behalf of the local community by local government and is based on the rules of law.

Municipal power can be defined as a form of social relations in which, according to the norms of the local community, the activities of certain actors, acting on the activities of other entities, change or stabilize it in accordance with their goals within the framework of a nation-wide policy «[13].

Formation and development of democracy in Ukraine, the formation of civil society are impossible without the institutions of local government and effective mechanisms of municipal democracy. Fundamental studies of municipal legal construction, the formation of the national municipal legal theory will play a fundamental role in the formation of municipal law as a branch of law and institutionalization of municipal power in Ukraine [14].

Based on the foregoing, we can draw a conclusion about the concept of municipal power. Municipal power is a special kind of power, a form of public authority that is implemented through a system of power relations aimed at the realization of the rights and freedoms of the population of municipalities, the solution of all issues of local and regional importance, the implementation and improvement of certain state powers that may be vested in local self-government bodies and ensuring the universality of their decisions through mutually beneficial partnership and mutual responsibility.

Bibliography

1. Prieshkina O. V. Decentralization of state power and extension of local self-government rights: problems and prospects // Law of Ukraine. 2006. № 11. P. 86.
2. Baymuratov M. O., Grigoriev V. A. Municipal authorities: actual problems of formation and development in Ukraine. Odessa, 2003. P. 5.
3. The main theories of local government: the origin and development. M., 1996. P. 25.
4. Shugrina E. S. Municipal Law. M., 2004. P. 9.
5. Postova N. V. Local self-government. Problems and prospects. M., 2002. P. 109.
6. Akmalova A. A. Models of local self-government. M., 2001. P. 246.
7. Kostyukov A. N. Municipal law as a branch of Russian law. M., 2003. P. 26.
8. Kostyukov A. N. Introduction to municipal law. Omsk. 2002. P. 155.
9. Ovchinnikov I. N. Theoretical and legal bases of local self-government in the Russian Federation (system analysis of the concept and methodology of legal regulation): the author's abstract. diss. ... doct. jurid. sciences. M., 2000. P. 25.
10. Orzikh M. P. Self-governing territories in the system of state organization of Ukraine // Local and regional self-government of Ukraine. K., 1993. Issue. 1-2. P. 64.
11. Peshin N. L. Problems of the nature of municipal power in the aspect of centralization and decentralization // Centralism, democracy, decentralization in the modern state: constitutional and legal issues. Materials of the international scientific conference. Moscow, April 7–9, 2005, Ed. S. A. Avakyan. M., 2006. P. 284.
12. Chirkin V. Y. Organizational forms of local self-government: Russia and foreign experience // Journal of Russian Law. 1997. №. 8. P. 104.
13. Shugrina E. S. Municipal Law. M., 2004. P. 13.
14. Batanov O. V. Municipal government in Ukraine: problems of theory and practice: Monograph // Vet. Ed. M. O. Baymuratov. K.: Publishing House "Yuridicheskaya Dumka", 2010. P. 174.

Стаття надійшла до редакції 20.05.2018

О. В. Прієшкіна
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

МУНІЦИПАЛЬНА ВЛАДА: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Резюме

Стаття присвячена дослідженню правового статусу муніципальної влади в системі конституційно-правових відносин. Аргументується поняття влади як соціального феномена в розвитку держави, значення якого особливо загострюється в період соціально-економічних перетворень, коли змінюються економічні режими і відбуваються істотні трансформації у функціонуванні політичної системи і розподілі державної влади. Дається визначення муніципальної влади як особливого публічно-правового феномена, який реалізується за допомогою системи владних відносин, що спрямовані на вирішення всіх питань локально-регіонального значення.

Ключові слова: влада, муніципальна влада, публічна влада, демократія, муніципальні утворення.

О. В. Приешкина
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Украина

МУНИЦИПАЛЬНАЯ ВЛАСТЬ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Резюме

Статья посвящена исследованию правового статуса муниципальной власти в системе конституционно-правовых отношений. Аргументируется понятие власти как социального феномена в развитии государства, значение которого особенно обостряется в период социально-экономических преобразований, когда меняются экономические режимы и происходят существенные трансформации в функционировании политической системы и разделении государственной власти. Дается определение муниципальной власти как особенного публично-правового феномена, который реализуется посредством системы властных отношений, направленных на решение всех вопросов локально-регионального значения.

Ключевые слова: власть, муниципальная власть, публичная власть, демократия, муниципальные образования.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133838
УДК 342.9

В. Ю. Чернишова
аспірант
Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
кафедра адміністративного права
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна

ПРОБЛЕМА РЕАЛІЗАЦІЇ ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

У статті досліджуються юридичні та фактичні причини недосконалості дії інституту адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень відповідно до законодавства України в адміністративно-деліктній сфері, проводиться логічний зв'язок між формуванням уявлення про свободу індивіда у правовій державі та становленням інституту публічної відповідальності вищезгаданих суб'єктів, наводяться приклади підходів до поняття інституту адміністративної відповідальності з їх критичним авторським осмисленням, пропонуються реальні дієві кроки до вирішення закладеної у статті проблематики.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, суб'єкт владних повноважень, публічна відповідальність, свобода індивіда, інститут адміністративного права.

Постановка проблеми. У системі адміністративного права безумовно важливе місце займає правове регулювання захисту прав, свобод та інтересів осіб (як фізичних, так і юридичних), що підтверджується завданнями Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), відповідно до статті 1 якого визначено, що ними є охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством.

Сучасний правовий порядок нашої держави, на жаль, створює умови, за яких порушені права осіб суб'єктами, які наділені повноваженнями

влади, підлягають відновленню за часто складною процедурою. Головною причиною, на нашу думку, є відсутність єдиного і доступного для розуміння механізму захисту прав, свобод та інтересів. Причини ж такої відсутності можуть бути набагато складніші та більш комплексні, ніж відсутність правової норми або неприйнятий нормативний акт: для більш осмисленого розуміння та подальшого формування адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень необхідно також проаналізувати взаємовідносини «особа – влада».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню заданої проблематики приділили увагу такі науковці, як В. Авер'янов, С. Студенікін, Д. Бахрах, І. Галаган, І. Веремеєнко, О. Якуба, Р. Павловський, Є. Додін, Ю. Козлов, А. Альохін, Л. Коваль, В. Колпаков, С. Гончарук, О. Банчук, Д. Лук'янець, А. Комзюк, А. Матіос, Є. Курінний, О. Охотнікова, Л. Смоловата ін.

Мета статті. Метою даної статті є виявлення основних очевидних причин недосконалого, на наш погляд, механізму захисту порушених прав, свобод та інтересів осіб від діянь суб'єктів владних повноважень, а також формування можливої моделі реалізації вищезгаданого інституту для розкриття поставленої мети.

Викладення основного матеріалу. Історичний розвиток інституту громадянського суспільства та держави, а також природне психологічно обумовлене тяжіння людини до змін стають причиною появи різних форм взаємодії між особою та державою. Із точки зору держави, кожна особа (не обмежуючись критерієм громадянства чи підданства) виступає об'єктом впливу, з точки ж зору особи – навпаки: державою можна управляти, використовуючи спеціальні правові, соціальні та інші інструменти. Природа взаємодії вказаних суб'єктів не завжди є паритетною. Із одного боку, якщо взяти за основу підхід Л. Петражицького [1, с. 26], людина – індивід – емоційно, інтуїтивно створює навколо себе таку реальність, у тому числі і правову, в якій кожен член наділений певними правами та обов'язками, а, отже, такий індивід генетично спроможний вступати у відносини влади-підпорядкування, і такі відносини є ніщо інше для індивіда, як психологічна норма його існування. Поміркувавши, із зазначеним твердженням важко не погодитись, оскільки сьогодні практично неможливо уявити наявність держави без регламентованої структури влади. Із іншого ж боку, імператив, який природнім шляхом самою ж владою створюється, буде суперечити ідеї свободи – незалежності людини. Аналіз підходів до трактування свободи та її зв'язок із індивідом дозволяє дійти висновку, що екзистенція свободи неможлива без міри суспільної відповіді, тобто реакції на таку свободу, іншими словами, будь-яке трактування свободи, є вираження цієї свободи в дії, а будь-яка дія – активна чи пасивна – буде мати результат для індивіда та його оточення. І саме з цього ключового моменту починається найважливіша частина існування свободи – момент настання відповідальності – моральної та матеріальної ціни за реалізацію свободи. Якщо ж заперечувати наявність відповідальності як одного з основоположних елементів суспільного порядку, можна вести мову про прийняття всеосяжного хаосу за належне.

Вище мова йшла про такого суб'єкта носія свободи, як людина, або, як було вже сказано, індивіда, якого з легкістю можна ідентифікувати за певними критеріями та характеристиками, в буквальному розумінні знайти

та притягнути до відповідальності, якщо його волевиявлення – вираження свободи – суперечить установленому та санкціонованому суспільному ладу. Набагато важче знайти відповідь на питання, хто буде нести відповідальність за діяння носія влади, якщо таким носієм є колективна організація? Можлива й інша проблема: носієм влади є фізична особа, але її повноваження дублюються та кореспондуються з повноваженнями колективного суб'єкта, а, можливо, і не одного. Ці, на перший погляд, тривіальні питання стають реальними проблемами для існуючих державних порядків, коли права і свободи окремої особи нікчемним чином нівелюються перед державною машиною влади.

Звернувшись до поняття адміністративної відповідальності, варто вказати, що в науковій літературі існують наступні підходи до її розуміння. В. Б. Авер'янов розглядає адміністративну відповідальність як різновид юридичної відповідальності і підкреслює, що вона є сукупністю адміністративних правовідносин, що виникають у зв'язку із застосуванням уповноваженим органом до осіб, які вчинили адміністративний проступок, передбачених нормами адміністративного права особливих адміністративних санкцій [2, с. 91].

А. Т. Комзюк розглядає адміністративну відповідальність як особливий вид юридичної відповідальності, якій притаманні всі ознаки останньої, і тому він пов'язує її із застосуванням заходів державного примусу, передбачених санкціями правових норм, реакцією на правопорушення, застосуванням санкцій, що створює для правопорушника наслідки майнового, морального, особистісного чи іншого характеру, які він зобов'язаний зазнати [3, с. 15].

Д. М. Лук'янець відносить адміністративну відповідальність до виду публічної відповідальності і пов'язує її природу з управлінськими відносинами і публічним примусом, який виходить від органів публічної (спеціальної) компетенції і у виняткових випадках – судів. Автор указує, що адміністративна відповідальність – відповідальність управлінська [4] і підкреслює неновизну даної гіпотези, опираючись на роботу І. О. Галагана [5] 70–х років. Визначення ж інституту адміністративної відповідальності Д. М. Лук'янець пропонує наступне: «сукупність норм, які визначають структуру, принципи і правила функціонування механізму реалізації в адміністративному порядку санкцій правових норм, які мають форму стягнень» [6, с. 9].

Порівняно з попередніми, вельми спірним підходом вважаємо підхід Л. В. Коваль, яка вважає, що «адміністративна відповідальність – це суспільні відносини, що регулюється нормами матеріального і процесуального адміністративного права, а також кримінального та цивільного процесів і націлені на адміністративне покарання громадян, винних у скоєнні адміністративного правопорушення» [7, с. 7]. По-перше, спостерігається конфлікт юрисдикцій при такому підході, по-друге, законодавство не містить такого поняття, як «адміністративне покарання», а впровадження такого лише посилить плутанину в дефініціях, яка існує зараз, і не вирішить проблему поняття адміністративної відповідальності.

У будь-якому випадку, згідно з чинним законодавством, адміністративна відповідальність (якщо мова йде про адміністративно-деліктні відносини) настає лише при наявності єдиного юридичного факту – вчинення адміністративного проступку, перелік яких наведено у КУпАП та інших

численних актах, що ускладнює процес кваліфікації діянь як адміністративних проступків, а, отже, і притягнення до відповідальності також стає проблематичним.

Також слід приділити увагу визначенню місця інституту адміністративної відповідальності в системі права України. Одночасно з існуванням підходу, що адміністративна відповідальність є інститутом Загальної частини адміністративного права [8, с. 23], наприклад, В. К. Колпаков залишається прихильником існування і впровадження абсолютно окремої галузі права – адміністративно-деліктного права, а також чіткого відмежування адміністративних відносин від відносин адміністративної відповідальності. У своїй роботі [9, с. 81] він наводить приклади широкого і вузького тлумачення предмета адміністративного права і підкреслює, що норми і відносини адміністративного проступку і адміністративно-деліктні відносини не «вписуються» в концепцію предмета адміністративного права. В. К. Колпаков на підтвердження своєї гіпотези наводить доводи прихильників, на його думку, традиційного підходу в розумінні предмета адміністративного права і вказує на те, що навіть вони (прихильники) підкреслювали відособленість і своєрідність норм [10, с. 34] і відносин [11, с. 93] адміністративно-деліктної сфери. Проте, якщо розглядати процес притягнення до адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень, починаючи від винесення акту (постанови) про адміністративне правопорушення до оскарження, то, відповідно до положень Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), оскарження рішень, дій чи бездіяльності вищевказаних суб'єктів здійснюється в порядку адміністративного судочинства, яке В. К. Колпаков не включав до адміністративно-деліктної сфери.

За іншим більш поширеним підходом адміністративна відповідальність є частиною особливого адміністративного права, а норми, що регулюють основні засади (принципи) адміністративної відповідальності, належать до загальної частини вітчизняного адміністративного права [8, с. 22-23].

Очевидно, єдиної думки з приводу визначення відносин відповідальності в середовищі взаємин публічної адміністрації та громадян немає.

У ході логічного аналізу положень КУпАП можна зробити висновок, що адміністративна відповідальність має індивідуальний характер і стосується виключно фізичної особи. КУпАП у частині суб'єктів владних повноважень передбачає відповідальність посадових осіб. Згідно із законодавством України, посадові особи – це особи, які постійно або тимчасово здійснюють функції представників влади, а також займають постійно або тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням. Дане визначення законодавець вніс до Кримінального кодексу України і, що зрозуміло, не обмежився критерієм причетності до здійснення влади. Законом України «Про державну службу в Україні» не надане визначення посадової особи, проте є визначення державного службовця, яким є громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті) (далі – державний орган), отримує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого державного органу, а також дотримується принципів державної служби.

Не вдаючись у дискусію про різницю між поняттями «посадова особа» і «службова особа» (що не є предметом статті), зазначимо, що інститут адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень обмежується індивідуальним суб'єктом, тобто суб'єкт колективний не може бути притягнутий до адміністративної відповідальності. Дана законодавча обмеженість не дає можливості говорити про існування в сьогоднішньому правовому полі України такого субінституту, як «адміністративна відповідальність суб'єктів владних повноважень», оскільки не зрозуміло, як законодавець у цьому контексті співвідносить адміністративну деліктологію (регулювання КУпАП) та адміністративне судочинство (регулювання КАС України).

КУпАП сьогодні не задовольняє вимоги громадянського суспільства України через наявність великого масиву застарілих норм, недосконалих складів адміністративних проступків і своєї «радянської» природи. Паралельне актуальне питання – це можливість існування кодифікованого акту для адміністративно-деліктної сфери в цілому. Регулювання відносин адміністративної відповідальності можна спостерігати і в інших кодексах (Митний кодекс України, Повітряний кодекс України, Земельний кодекс України, Кодекс торговельного мореплавства України) і актах (Закон України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності», Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»), а також можна виділити в окремий вид - спільне регулювання КУпАП та іншими актами, як, наприклад, ст. 110 Водного кодексу України, яка передбачає склади правопорушень, за які може наступати в тому числі адміністративна відповідальність. Дане протиріччя необхідно врегульовувати комплексним переглядом норм КУпАП та зміною правового підходу до нормативного закріплення відносин.

Ще десятиліттям раніше О. А. Банчук звернув увагу на те, що застарілий підхід в адміністративно-деліктній термінології, вживаючи поняття «адміністративне правопорушення» і «адміністративна відповідальність», відносить їх лише до фізичних осіб, не беручи до уваги іншу сторону відносин – представника держави. Із огляду на наукові та практичні напрацювання в даному напрямку того часу, автор пропонує підхід, при якому суб'єкт публічної адміністрації (в сучасному розумінні) може бути притягнутий до адміністративної відповідальності лише за рішенням адміністративного суду за вчинення адміністративного правопорушення, тобто до суб'єкта владних повноважень не можуть бути застосовані положення КУпАП, а сам КУпАП слід замінити на Кодекс про діяння фізичних або юридичних осіб [12, с. 289]. Вважаємо, що таким чином «розвантаження» адміністративно-деліктної сфери дії КУпАП за суб'єктним критерієм може мати позитивний результат навіть для сучасної правової та судової системи України.

Додатковим можливим варіантом вирішення завдання з розвантаження адміністративно-деліктної сфери можна вважати виокремлення протиправних діянь, що скоюються суб'єктами владних повноважень, до сфери кримінальних проступків у межах упровадження реформи кримінального законодавства, але дане припущення потребує окремого дослідження.

На окрему увагу заслуговує концепція публічної відповідальності суб'єктів владних повноважень як носіїв публічної влади [13]. Якщо розглядати юридичну відповідальність з точки зору поділу на позитивну та

негативну, то публічна відповідальність матиме прояв і у позитивному, і негативному значенні (на противагу підходу, визначеному КУпАП). Публічна відповідальність у такому розумінні по суті і є реалізацією статті 14 КУпАП. Для вирішення прикладної проблеми інституту адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень можливим є запровадження поняття публічної відповідальності як відповідальності суб'єктів владних повноважень за свою публічну діяльність (у межах наданих суб'єкту повноважень) перед особами. Справи з приводу притягнення вищевказаних суб'єктів до публічної відповідальності мають бути предметом розгляду адміністративних судів України, за виключенням справ з підстав притягнення до інших видів відповідальності.

Висновки. Основними проблемами реалізації інституту адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень є застаріле нормативно-правове регулювання адміністративно-деліктної сфери «радянським» КУпАП, відсутність єдино визначеного підходу до поняття адміністративної відповідальності та поняття посадової особи, а також юрисдикційний конфлікт у судовому регулюванні спорів, пов'язаних із вирішенням справ, у яких відповідачем виступає суб'єкт владних повноважень. Шляхами вирішення зазначених проблем можуть бути: по-перше, віднесення розгляду справ про правопорушення з боку суб'єктів владних повноважень до компетенції виключно адміністративних судів із одночасним внесенням змін до КУпАП. Ця необхідність пояснюється метою статті 14 КУпАП, яка вказує, що посадові особи підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, зв'язані з недодержанням установлених правил у сфері охорони порядку управління, державного і громадського порядку, природи, здоров'я населення та інших правил, забезпечення виконання яких входить до їхніх службових обов'язків. Тобто, простежується очевидний управлінський характер відносин, для таких осіб виділена окрема сфера дії кодексу, а адміністративне стягнення, що може вплинути на їх спеціальний статус – це лише стягнення, що передбачено п. 5 ч. 1 ст. 24 КУпАП, а саме: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Отже, важлива управлінська, контрольна, виконавча та інші цілі діяльності суб'єктів владних повноважень та суспільне очікування зумовлюють необхідність у судовому врегулюванні спорів. По-друге, до сьогодні не визначено єдиного універсального міжгалузевого поняття посадової особи, що унеможливлює однакове тлумачення цього терміну при настанні юридичних фактів. Вирішення цієї задачі для сфери адміністративної відповідальності є вкрай важливим, оскільки ст. 14 КУпАП не дає остаточної відповіді на це питання. До того ж, для розкриття питання адміністративної відповідальності суб'єктів владних повноважень у межах наявного кодифікованого нормативного регулювання адміністративно-деліктної сфери необхідно ввести поняття посадової особи як особи, що виконує свої посадові та службові обов'язки у діяльності публічної адміністрації. По-третє, необхідно визначитись із нормативними межами поняття адміністративної відповідальності, врегулювавши суперечку між КУпАП та КАС України у провадженнях у справах щодо рішень, дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень. По-четверте, одним із можливих шляхів вирішення визначеної проблеми може бути притягнення суб'єктів владних повноважень до абсолютно нового для сучасного вітчизняного праворозуміння виду відповідальності – публічної.

Список літератури

1. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. М.: Издательство Юрайт, 2016. Ч. 1. 295 с.
2. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право: В. Б. Авер'янов та ін. К.: Юстиніан, 2007. 288 с.
3. Адміністративна відповідальність в Україні: навч. посібник / А. Т. Комзюктаін. Х.: Вид-воУн-тувнутр. справ, 2001. 99 с.
4. Лук'янець Д. М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку: монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. 220 с.
5. Галаґан Й. А. Теоретические проблемы административной ответственности по советскому праву : автореф. дис. д-ра юр. наук : 12711. ВНИИСЗ. М., 1971. С. 18-24.
6. Лук'янець Д. М. Розвиток інституту адміністративної відповідальності: концептуальні засади та проблеми правореалізації: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : 12.00.07. К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2007. 35 с.
7. Коваль Л. В. Відповідальність за адміністративні правопорушення. К.: Вид-во Київ. держ. ун-ту, 1975. 65 с.
8. Адміністративне право України. Загальне адміністративне право : навч. посіб / В.В. Галунько та ін. ; за ред. проф. В. В. Галунька. Херс.: Грінь Д. С., 2015. Т. 1. 272 с.
9. Колпаков В. К. Деліктний феномен в адміністративному праві України : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.07. К., 2005. 590 с.
10. Коренев А. П. Нормы административного права и их применение. М.: Юридическая литература, 1978. 144 с.
11. Козлов Ю. М. Предмет советского административного права. М.: Изд. Московского ун-та, 1967. 160 с.
12. Банчук О. А. Шляхи реформування інституту адміністративної відповідальності в Україні // Актуальні проблеми держави і права. 2007. № 35. С. 288–292.
13. Смолова Л. М. Публічна відповідальність представницьких органів місцевого самоврядування: перспективи розвитку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. упр. : 25.00.04. Львів: Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, 2015. 20 с.

Стаття надійшла до редакції 13.06.2018

В. Ю. Чернышева
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко,
кафедра административного права
ул. Владимирская, 60, Киев, 01033, Украина

ПРОБЛЕМА РЕАЛИЗАЦИИ ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУБЪЕКТОВ ВЛАСТНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ

Резюме

Предметом исследования в статье являются юридические и фактические причины несовершенства действия института административной ответственности субъектов властных полномочий согласно законодательству Украины в административно-деликтной сфере, проводится логическая связь между формированием представления о свободе индивида в правовом государстве и публичной ответственности вышеупомянутых субъектов,

приводятся аргументы в пользу привлечения именно к административной ответственности субъектов властных полномочий.

Ключевые слова: административная ответственность, субъект властных полномочий, публичная ответственность, свобода индивида, институт административного права.

V. Iu. Chernyshova
Kyiv Taras Shevchenko National University,
The Department of Administrative Law
Volodymyrska str., 60, Kyiv, 01033, Ukraine

THE INSTITUTE OF AMINISTRATIVE LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES: REALIZATION PROBLEM

Summary

The subject of the research in the article is the imperfection of the public authorities' administrative liability and its legal and factual reasons in order to Ukraine legislation. The research area is the tort liability. There isa logical association between the formation of perceptionof individual's liberty in the state of law and the public authorities' public liability. Also were given arguments that authorities should be held administratively liable.

Key words: administrative liability, public authorities, public liability, freedom of individual, institute of the administrative liability.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134153
УДК 342.92: 342.84

В. А. Стукаленко
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський торговельно-економічний інститут
Київського національного торговельно-економічного університету,
кафедра прикладної економіки
вул. Інглезі, 6, Одеса, 65070, Україна

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРЕДМЕТНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ СПОРІВ, ЯКІ ПОВ'ЯЗАНІ З ВИБОРАМИ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

У статті висвітлено актуальні питання, пов'язані з юрисдикцією виборчих спорів під час виборів Президента України. Зазначено, що на вибір суду першої інстанції впливає суб'єктний склад спору та його предмет, процесуальний статус учасника. Визначено основні механізми захисту прав та інтересів учасників виборчого спору з урахуванням європейських стандартів.

Ключові слова: вибори Президента України, виборчі спори, адміністративні суди, предметна юрисдикція.

Постановка проблеми. Спосіб обрання Президента України – важлива складова його статусу, яка значною мірою зумовлює його місце і роль у механізмі державної влади. При цьому важливо підкреслити, що саме вибори глави держави для будь-якої країни – одна з головних політичних подій.

Актуальність обраної теми обумовлена багатьма чинниками. По-перше, тим, що чергові президентські вибори в Україні – менше ніж за рік. І вже повним ходом йде підготовка до проведення цих виборів, хоча офіційно виборчий процес ще не розпочався. А оскільки результати президентських виборів мають особливе політичне значення, то вони стають підґрунтям для виникнення великої кількості конфліктів між їх учасниками, тому підсилюється зацікавленість до зазначеного правового явища громадськості та міжнародної спільноти. Удосконалення механізмів розгляду та вирішення виборчих спорів дозволяє знизити суспільну напругу під час здійснення виборчого процесу.

По-друге, необхідно враховувати, що найефективнішим способом забезпеченням реалізації природного права громадян на будь-яких виборах, у тому числі і президентських, є судовий захист цього права адміністративними судами. Наприклад, на президентських виборах 2014 р. подано позовних заяв (апеляційних скарг) – 4831(100%); залишено без розгляду, повернуто, відмовлено у відкритті провадження – 1116 (23%); відкрито провадження – 3690(76%); задоволено – 3180 (65%); оскаржено – 35 (0,7%) [1].

По-третє, в Україні здійснюється судова реформа. Відповідно до Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, основні питання, які необхідно вирішити, – це досягти ефективності судового процесу, в тому числі і за рахунок чітко-

го розмежування юрисдикції судів різних спеціалізацій, запровадження ефективних механізмів запобігання зловживанню процесуальними правами, дотримання стадійності судового процесу й розумних строків судового розгляду, розширення та посилення ролі альтернативних способів вирішення спорів, дієвого контролю та нагляду в цій сфері та інші питання, які дозволять зменшити навантаження на судову систему. Тобто, метою судової реформи є утвердження такого правопорядку, який ґрунтується на високому рівні правової культури в суспільстві, діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин на засадах верховенства права та захисту прав і свобод людини, а в разі їх порушення – справедливого їх відновлення [2].

Проведення судової реформи обумовлює потребу у розвитку теоретичних засад, які можуть виступити підґрунтям для розвитку та вдосконалення законодавства у сфері здійснення народного волевиявлення. Результатом такого виваженого реформування може стати покращення рейтингу України у численних міжнародних довідниках, пов'язаних із ефективністю удосконалень судової системи, у тому числі в Governance Indicators and Rule of Law Index (World Bank Institute), World Economic Forum (WEF) Global Competitiveness Report, рейтингах Freedom House, World Justice Project (Rule of Law Index), Transparency International (CPI etc.), Bertelsmann Stiftung Transformation Index (BTI), WB Doing Business Index.

До актуальних питань, які необхідно негайного вирішити, належить і врегулювання процесу гармонізації норм відповідно до європейських стандартів.

Але, на жаль, внесені до Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) зміни, які стосуються президентських виборів, не тільки не сприяли вирішенню існуючих проблем, але й доповнили їх перелік. Наприклад, при розгляді та вирішенні спорів щодо результатів виборів Президента України класична триступенева європейська модель розгляду судових справ – перша, апеляційна та касаційна інстанції, порушується, і все ускладнюється тим, що Верховний Суд по цій категорії справ стає судом першої й останньої інстанції. Дана ситуація напряму порушує норми, закріплені у статтях 55 та 64 Конституції України [3]. Порушення триступеневої моделі розгляду судових справ, пов'язаних із виборами Президента України, призводять також до порушення європейських стандартів функціонування системи правосуддя.

Аналіз останніх досліджень та публікацій дозволяє стверджувати, що запропонована тема є недостатньо розробленою. Категорія «виборчий спір під час президентських виборів» була об'єктом наукового дослідження багатьох науковців. Так, цим питанням займалися Я. В. Давидович, В. Л. Мусіяка, М. І. Смокович, Н. Ф. Коротка, С. В. Ківалов, М. М. Рябець, М. І. Ставнійчук, Г.П. Ткаченко, І. В. Шкурат та інші. Враховуючі, що більшість робіт були опубліковані до 2014 року і, зрозуміло, не могли через об'єктивні умови, враховувати новітні вимоги чинного законодавства, то питання правового розуміння особливості виборчих президентських спорів лишається недостатньо визначеним.

Окремо необхідність переосмислення виборчих спорів обумовлює Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII, який докорінно змінив «правила гри» при

розгляді та вирішенні спорів у сфері здійснення народного волевиявлення під час президентських виборів. І тому наукове осмислення категорії «спори, пов'язані з виборами Президента України» в сучасних умовах актуалізується у зв'язку з необхідністю вироблення зовсім іншого підходу до її змістовного наповнення, а тому є потреба у проведенні нових теоретичних досліджень інституту виборчих спорів узагалі та спорів, які виникають під час президентських перегонів, із метою вивчення, пошуку і вирішення низки проблем у світі й удосконалення чинного законодавства України.

Мета статті. У даній статті, ґрунтуючись на теоретичних дослідженнях й положеннях законодавства, автор пропонує дослідити особливості застосування предметної юрисдикції спорів під час проведення президентських виборів.

Виклад основних положень. Вибори Президента України – ознака демократичної держави та окремий етап реалізації її демократичних засад.

Спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процессом, називають виборчими спорами. Так, відповідно до пункту 6 частини 1 статті 19 КАСУ, спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом, підлягають розгляду в порядку адміністративного судочинства [4]. Виборчі спори є однією з найпоказовіших сфер діяльності адміністративних судів, що дозволяє отримати уявлення про їх відповідність стандартам справедливого та неупередженого суду та міжнародним стандартам.

Однією з ознак таких спорів є наявність суперечності між учасниками виборчого процесу на підставі норм виборчого законодавства. Наприклад, відповідно до ст. 92 Закону України «Про вибори Президента України» № 474-XIV [5], предметом оскарження можуть бути будь-які питання, які стосуються: підготовки і проведення виборів Президента України; рішення, дії чи бездіяльності виборчих комісій та/або їх членів; дій кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб, партій і т.ін.

Враховуючі європейський напрямок інтеграції України, доцільно дослідити законодавство ЄС у цій галузі.

Так, Кодекс належної практики у виборчих справах, прийнятий Європейською комісією за демократію через право (Венеціанська комісія), закріплює стандарт чіткого встановлення законом повноважень судів та виборчих комісій. Однак, із урахуванням української практики виборів, проблему додержання стандарту унеможливлює конфлікт юрисдикцій різних органів вирішення спору [6].

Міжнародне законодавство у сфері виборів передбачає два основних напрямки в оскарженні рішення, дій або бездіяльності учасників виборчого процесу під час виборів Президента.

Перший напрямок – альтернативний шлях оскарження певних порушень, який передбачає звернення до суду або до виборчої комісії. Цей спосіб оскарження застосовується в Україні. Слід відзначити, що у висновках щодо стану законодавства України та відповідних законопроектів Європейська комісія за демократію через право, Бюро демократичних інститутів і прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі вказують на необхідність відмови від нормативно закріпленої альтернативи обрання порядку оскарження, у тому числі через ризик «зловживання правом на оскарження через одночасне звернення до суду та виборчої комісії» [7].

Другий напрямок – поетапне оскарження, яке здійснюється спочатку до органу адміністрування виборів і тільки потім – до суду. Аналіз євро-

пейського законодавства дозволяє дійти висновку, що у більшості країн ЄС закріплено повноваження органів адміністрування виборів (виборчих комісій, рад, бюро тощо) розглядати скарги «у першій інстанції», і лише потім рішення таких органів можуть бути оскаржені до суду. Однак адміністративно-юрисдикційна практика в Україні знає лише поодинокі випадки одночасного звернення заінтересованих осіб до суду та виборчої комісії. Зловживання одночасним зверненням до адміністративного суду та виборчої комісії майже не є можливим у зв'язку з тим, що законодавство встановлює обов'язок суду невідкладно повідомити відповідну комісію про відкриття провадження у справі.

Як уже зазначалося, виборчі спори в Україні можуть розглядатися двома основними шляхами.

Перший шлях – у судовому порядку. Таким способом розв'язується велика кількість виборчих спорів, і тому від розуміння правової природи, структури, сутності зазначених спорів залежить ефективність їх розгляду та вирішення. Судовий захист прав, свобод та інтересів осіб у сфері виборчого процесу здійснюється адміністративними судами - це найефективніше забезпечення реалізації природного права громадян на будь-яких виборах. Дане право передбачене п. 6 ч. 1. ст. 19 КАСУ [4].

Другий шлях – позасудовий порядок вирішення спору. Тобто учасники виборчого процесу можуть захистити свої виборчі права, свободи, інтереси, звертаючись зі скаргою до уповноважених осіб. Застосування цього шляху захисту виборчих прав надає змогу у випадку неприйняття рішення уповноваженими особами або непогодження з цим рішенням заявника скористатися судовим способом урегулювання спору.

Наявність в Україні вибору судового та позасудового порядку оскарження порушень законодавства у сфері виборчого процесу кореспондується із загальноєвропейськими стандартами та збільшує ступінь захисту виборчих прав, свобод та інтересів.

Вибори Президента в Україні проводяться за Законом України «Про вибори Президента України» від 05.03.1999 року № 474-XIV. Із часу прийняття Закону № 474-XIV до нього було внесено 28 змін та поправок. Так, перед останніми виборами Президента України, що відбулись 25.05.2014 року, Закон № 474-XIV лише протягом 2014 року був змінений сім разів [8]. Цей приклад підтверджує тезу, що в Україні «традиційно» оновлення виборчого законодавства здійснюється напередодні виборів. В Україні поки що зберігається негативна тенденція по проведенню заходів щодо вдосконалення виборчого законодавства напередодні виборчого процессу.

Процес зміни законодавства вже стартував із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [9]; Закону України «Про антикорупційний суд» [10].

Дуже важко передбачити, які зміни будуть внесені до законодавства про вибори, але можливо проаналізувати сучасний стан законодавства відносно категорії спорів, пов'язаних із виборами Президента України.

Виборчі спори, пов'язані з виборами Президента України, – це складне правове явище, яке передбачає різноманітні прояви, і, як наслідок, різноманітні алгоритми вирішення цих спорів, але в будь-якому разі всі вони належать до термінових адміністративних справ.

Термінові адміністративні справи мають певні особливості: повідомлення учасників справи про дату, час та місце розгляду справ; подання заяв по суті справи; проголошення та вручення судових рішень; апеляційне та касаційне оскарження судових рішень (у випадках, передбачених законодавством, касаційна інстанція не передбачена); певна кількість судів, які можуть розглядати ці справи; застосування засобів забезпечення позову і т. ін.

Визначення юрисдикції суду, який буде розглядати справи, пов'язані з виборами Президента України, залежить від статусу позивача та його позовних вимог.

Чинним законодавством передбачено, які суди як суди першої інстанції можуть розглядати справи, пов'язані з виборами Президента України.

До таких судів, відповідно до ст.ст. 273, 275, 277 КАСУ, відносять:

А) місцевий загальний суд як адміністративний суд.

Наприклад, у випадках оскарження рішення, дії чи бездіяльності дільничних виборчих комісій, членів цих комісій, вони оскаржуються до місцевого загального суду як адміністративного суду за місцезнаходженням відповідної комісії.

Б) окружний адміністративний суд. Наприклад, оскарження рішення, дії чи бездіяльності територіальних (окружних) виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів Президента України, а також членів зазначених комісій оскаржуються за місцезнаходженням відповідної комісії.

В) Київський апеляційний адміністративний суд. Наприклад, у випадках оскарження рішення, дії або бездіяльності Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії, прийняті у межах виборчого процесу.

Г) Верховний Суд. Наприклад, у в випадках оскарження рішення, дії або бездіяльності Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів.

Статус учасника виборчого процесу впливає на можливість оскаржити рішення, дії або бездіяльність інших учасників процесу. Наприклад, п. 1 ст. 273 КАСУ передбачає за суб'єктом відповідного виборчого процесу (крім виборчої комісії) право оскаржувати рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій та членів цих комісій. Так, залежно від суб'єктного складу спору (особливо від відповідача) спори можуть розглядатися різними судами.

І тут можливі різні варіанти. Київський апеляційний адміністративний суд або Верховний Суд вирішують спори формату «Виборець – ЦВК». Місцеві загальні суди як адміністративні суди за місцезнаходженням ЗМІ вирішують спори формату «Кандидат на пост Президента України – ЗМІ» і т. ін.

На виборчі спори, пов'язані з виборами Президента України, розповсюджується феномен предметної юрисдикції, який полягає у тому, що судами першої інстанції можуть бути не лише місцеві суди, а також апеляційні адміністративні суди та Верховний Суд. Стосовно повноважень Верховного Суду, які закріплені в п. 4 ст. 22 КАСУ, йому як суду першої інстанції підсудні справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів узагалі та Виборів Президента України, зокрема. У цьому випадку, відповідно до ст. 23 КАСУ, Велика палата Верховного Суду є апеляційною інстанцією стосовно даної категорії справ, але, врахо-

вуючи класичну європейську модель правосуддя «перша інстанція – апеляція – касація», виникає ситуація зміни цієї моделі за рахунок усунення касаційної інстанції [11].

Висновки. Чіткість норм виборчого законодавства та їх узгодженість із іншими нормативно-правовими актами, в тому числі й із певними конституційними положеннями, істотно впливають не тільки на перебіг виборчого процесу, але й на визначення законності обрання голови держави та вирішення виборчих спорів.

Спори, пов'язані з виборами Президента України, – це складне правове явище, яке має різноманітні прояви і, як наслідок, різноманітні алгоритми вирішення цих спорів. На цю категорію спорів розповсюджується феномен предметної юрисдикції, який характеризується тим, що законодавством передбачена можливість розгляду та вирішення таких спорів у різних судах: у місцевих загальних судах як адміністративних судах; в окружних адміністративних судах; у Київському апеляційному адміністративному суді; у Верховному Суді. Вибір конкретного суду як суду першої інстанції залежить від трьох основних чинників: позовних вимог, суб'єктного складу спору; процесуального статусу учасника судового процесу.

У зв'язку з наближенням чергових виборів Президента України існує нагальна потреба актуалізувати наукові дослідження щодо виборчого законодавства України.

Список літератури

1. Виборчі спори: експертна оцінка якості судових рішень (місцеві вибори 2015 року) Аналітичний звіт / Проект USAID «Справедливе правосуддя»; ХМГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»: Т. Калмиков, В. Кохан, О. Сердюк, М. Буроменський, С. Кальченко, Ф. Веніславський. Харків, ІПГД. 2016. 58 с.
2. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки. URL: http://jrc.org.ua/strategy (дата звернення: 09.06.2018).
3. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http:.// zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр) (дата звернення: 09.06.2018).
4. Кодекс адміністративного судочинства: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV (Редакція від 05. 05. 2018). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15 (дата звернення: 09.06.2018).
5. Про вибори Президента України: Закон України від 05.03.1999 № 474-XIV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/474-14 (дата звернення: 09.06.2018).
6. Кодекс належної практики у виборчих справах: керівні принципи та пояснювальна доповідь, ухвалені венеціанською комісією на 52-й сесії (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року). URL: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD (2002)023rev-ukr (дата звернення: 09.06.2018).
7. Joint Opinion on the Draft Law on Election of People' Deputies of Ukraine adopted by the Council for Democratic Elections and by the Venice Commission. URL: http: //www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)037-e.aspx (дата звернення: 09.06.2018).
8. Закон «Про вибори Президента України» – владі не на часі вносити зміни, хоча такі зміни вкрай потрібні. URL: https://ridna.in.ua/2018/01/24/zakon-pro-viboriprezidenta-ukrayini-vladi-ne-na-chasi-vnositi-zmini-hocha-taki-zmini-vkray-potribni/ (дата звернення: 09.06.2018).
9. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон від 03.10.2017 № 2147-VIII (редакція – прийняття від 03.10.2017). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2147-19/page (дата звернення: 08.06.2018).

10. Антикоррупционный суд: все что нужно знать о законе. URL: https://fakty.ictv.ua/ru/ukraine/20180607-antykoruptsijnyj-sud-vse-shho-potribno-znaty-pro-zakon-i-golovnyj-spirnyj-moment/ (дата звернення: 09.06.2018).
11. Сергій Штогун. Судова реформа: кодекси нові – проблеми старі. URL: https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/cudova-reforma-kodeksy-novi-problemy-stari/ (дата звернення: 09.06.2018).

Стаття надійшла до редакції 10.06.2018

В. А. Стукаленко
Одесский торгово-экономический институт
Киевского национального торгово-экономического университета,
кафедра прикладной экономики
ул. Инглези, 6, Одесса, 65070, Украина

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРЕДМЕТНОЙ ЮРИСДИКЦИИ СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С ВЫБОРАМИ ПРЕЗИДЕНТА УКРАИНЫ

Резюме

В статье освещены актуальные вопросы, связанные с юрисдикцией избирательных споров во время проведения выборов Президента Украины. Отмечено, что на определение суда первой инстанции влияет субъектный состав спора и его предмет, процессуальный статус участника. Определены основные механизмы защиты прав и интересов участников избирательного спора с учетом европейских стандартов.

Ключевые слова: выборы Президента Украины, избирательные споры, административные суды, предметная юрисдикция.

V. A. Stukalenko
Odessa Trade and Economic Institute
of the Kiev National Trade and Economic University,
The Department of Applied Economics
Inglesi str., 6, Odessa, 65070, Ukraine

ACTUAL ISSUES OF SUBJECT JURISDICTION OF DISPUTES RELATED TO ELECTIONS OF THE PRESIDENT OF UKRAINE

Summary

The article highlights current issues related to the jurisdiction of electoral disputes during the presidential elections in Ukraine. It is noted that the definition of the court of first instance is affected by the subject composition of the dispute and its subject matter, the procedural status of the participant. The main mechanisms for protecting the rights and interests of electoral disputes are taken into account, taking into account European standards.

Key words: election of the President of Ukraine, electoral disputes, administrative courts, subject jurisdiction.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134147
УДК 346.21

А. В. Смітюх
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА СУТНОСТІ КОРПОРАТИВНОГО КОНТРОЛЮ

У статті досліджуються доктринальні визначення поняття корпоративного контролю і пропонується розуміння корпоративного контролю як первинної передумови здійснення корпоративного управління, що постає як вплив, який здійснює чи може здійснювати учасник або група учасників корпоративного підприємства на таке підприємство та його господарську діяльність, реалізуючи коло правомочностей, що визначають обсяг корпоративного права учасника (учасників) корпоративного підприємства брати участь в управлінні справами корпоративного підприємства залежно від розміру належної йому (їм) корпоративної частки або кількості належних йому (їм) корпоративних часток.

Ключові слова: корпоративний контроль, корпоративні права, корпоративні підприємства.

Постановка проблеми. Поняття корпоративного контролю є одним із найважливіших понять науки корпоративного права, оскільки саме здійснення корпоративного контролю забезпечує, врешті-решт, можливість як управляти корпоративним підприємством, так і користуватися результатами його господарської діяльності, утім легальне визначення цього поняття відсутнє, а серед учених існує дискусія як щодо змісту визначення цього поняття, так і щодо самої сутності корпоративного контролю як явища правової дійсності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику, що досліджується у цій статті, розглядали Т. Ю. Басова, Є. П. Губін, І. А. Ігнатьєва та О. І. Гарафонова, О. Н. Костюк, І. Г. Кукукіна, І. В. Лукач, А. В. Мягкий, Д. І. Степанов, А. Є.Черпак, О. С. Цепілова, В. С. Щербина та інші дослідники.

Мета цієї статті полягає у формулюванні вдосконаленого визначення корпоративного контролю та з'ясуванні його сутності як явища правової дійсності.

Деякі вчені розуміють корпоративний контроль як управлінську функцію, зокрема О. Чуб визначає корпоративний контроль як можливість приймати управлінські рішення та здійснювати контрольні функції [1, с. 54]. Утім, формалізовані управлінські рішення щодо корпоративного підприємства приймають та контрольні функції здійснюють його посадові особи та органи, отже, за такого підходу корпоративний контроль співпадає з повноваженнями органів та посадових осіб корпоративного підприємства, як наслідок, саме вони виявляються суб'єктами корпоративного контролю.

На думку А. Є. Черпака, корпоративний контроль - це управлінська функція власників і зацікавлених у діяльності корпорації осіб, що мають право на отримання інсайдерської інформації про АТ та здійснення коригувального впливу на прийняття управлінських рішень [2, с. 12], як одну із специфічних форм контролю й управлінську функцію розглядають корпоративний контроль також І. А. Ігнатьєва та О. І. Гарафонова [3, с. 353], у свою чергу, О. Н. Костюк визначає корпоративний контроль як систему механізмів, за допомогою яких власники і стейкхолдери банку контролюють діяльність його менеджменту з метою забезпечення фінансової стійкості і прибутковості банку [4, с. 231]. Утім, корпоративний контроль варто розуміти скоріше не як систему механізмів, а як обсяг правомочностей особи та практику їх здійснення, також корпоративний контроль не слід, на нашу думку, розглядати у контексті етапів здійснення управління чи то управлінських функцій поряд із плануванням, організацією, координацією та розпорядництвом: слово «контроль» у словосполученні «корпоративний контроль» має зовсім інше значення – це не фінальна функція, не завершальний етап управління, а його передумова, визначена обсягом корпоративних прав особи.

І. Г. Кукукіна характеризує корпоративний контроль як «результат розподілу сил, позицій, можливостей і влади серед суб'єктів корпоративних відносин» [5, с. 19], Д. І. Степанов – як вплив, як можливість визначати рішення, що приймаються корпорацією або окремими її органами, і зауважує, що це скоріше не нагляд за корпорацією, а економічна влада, яку отримує та чи інша особа по відношенню до конкретного корпоративного формування та/або його органів, при цьому жодної влади в публічно-правовому сенсі не виникає, а економічна влада, про яку йдеться, – це не більше ніж можливість здійснювати вплив на конкретну корпорацію [6, с. 146], утім, ці дослідники не визначають підстави виникнення корпоративного контролю та осіб, які його здійснюють.

Слід зазначити, що більшість дослідників, подібно Д. І. Степанову, визначають корпоративний контроль, відштовхуючись від категорії впливу: зокрема, В. М. Кравчук визначає корпоративний контроль. як будь-який вплив на рішення юридичної особи [7, с. 349], В. С. Щербина – як одну з форм впливу на господарську діяльність корпоративних підприємств [8, с. 188], Є. П. Губін – як можливість суб'єктів акціонерних відносин забезпечувати постійний вплив на прийняття стратегічних управлінських рішень [9, с. 18], І. В. Лукач – як можливість одного суб'єкта господарювання забезпечувати вирішальний вплив на прийняття рішення підконтрольним суб'єктом, що здійснюється у випадках, передбачених законодавством [10, с. 120].

З іншого боку – корпоративний контроль має певні ступені, що відображають зростання впливу учасника або групи учасників на управління справами корпоративного підприємства у зв'язку із зростанням розміру його/їх частки у статутному капіталі корпоративного підприємства, і, відповідно, – кількості голосів, отже , корпоративний контроль не завжди є вирішальним – це може бути ініціюючий контроль, що дозволяє розпочати певні корпоративні процедури, або кворумний контроль, сутність якого полягає у можливості своїми голосами сформувати кворум загальних зборів корпоративного підприємства з тим, щоб вони відбулися як юридичний факт за встановленою законом і локальними актами (статутом, положен-

нями) корпоративною процедурою. Також корпоративний контроль може виявлятися не позитивним, а негативним, відповідно – не надавати певні додаткові правомочності, а забезпечувати неможливість набуття іншими певних правомочностей учасниками корпоративних прав чи ініціювання корпоративних процедур, передбачених законом і локальними актами.

Т. Ю. Басова наводить розгорнуте визначення, відповідно якому корпоративний контроль – це можливість впливу на діяльність товариства і опосередковано – на інших його учасників через формування органів управління, прийняття рішень на загальних зборах про реорганізацію, ліквідацію, зміну установчих документів, схвалення угод, виплату дивідендів, розподіл прибутку, визначення напрямів діяльності товариства, блокування прийняття рішень та вчинення інших дій, спрямованих на отримання матеріальних благ, у тому числі тих, які можуть спричинити зміни сутності товариства та (або) його учасників [11, с. 33]. Слід погодитися з тим, що корпоративний контроль дозволяє впливати на прийняття або блокування прийняття рішень, утім, він дозволяє також ініціювати корпоративні процедури, крім того, отримання матеріальних благ не у всіх випадках є безпосередньою метою кожної дії, яку вчиняє особа, що здійснює корпоративний контроль.

А. В. Мягкий надає визначення поняття корпоративного контролю, складене у форматі переліку можливих способів його здійснення: корпоративний контроль - це можливість впливу на господарську діяльність товариства, що здійснюється способами, передбаченими законодавством та локальними актами товариства, в тому числі на реалізацію права володіння або користування всіма активами чи їх частиною, на формування складу органів товариства, а також учинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності товариства, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу товариства [12, с. 164].

Утім, володіння або користування активами здійснює власник майна (корпоративне підприємство) чи особа, якій таке майно передане за договором (контрагент корпоративного підприємства за певним договором), крім того можна бачити, що цей перелік є відкритим, отже, принципово не охоплює всі можливі варіанти. На нашу думку, визначення корпоративного контролю має визначити його сутність, але не повинно встановлювати перелік засобів здійснення.

Слід визначитися з об'єктом корпоративного контролю. На нашу думку, це корпоративне підприємство як таке (оскільки здійснення корпоративного контролю може змінити параметри підприємства як юридичної особи – від змісту окремих положень статуту підприємства та інших локальних актів, до системи і складу органів, місцезнаходження, назви, організаційно-правової форми, і, нарешті, самого буття) і його господарська діяльність у всіх її аспектах.

Також, на нашу думку, дуже важливим є питання про суб'єктів корпоративного контролю та підстави його виникнення.

Зокрема, на думку І. А. Ігнатьєвої та О. І. Гарафонової, корпоративний контроль охоплює не тільки внутрішні управлінські взаємовідносини, але і зовнішні, відповідно, на думку цих дослідниць, корпоративний контроль не можна трактувати у вузькому значенні, отже, ці автори відносять до суб'єктів корпоративного контролю, крім учасників «за розміром акцій»,

ще й менеджерів, працівників підрозділів, ревізійну комісію, службу внутрішнього аудиту, збори засновників, збори власників, а також органи державної влади, територіальні громади і громадськість [3, с. 353].

Інші дослідники інакше співвідносять зовнішній та внутрішній корпоративний контроль, зокрема, В. В. Бурцев ототожнює внутрішній та зовнішній корпоративний контроль [13, с. 34], О. С. Цепілова навпаки – вважає за доцільне розглядати корпоративний контроль окремо від внутрішнього [14, с. 197], Б. А. Аманжолова та О. П. Зайцева розглядають «корпоративний внутрішній контроль» [15, с. 125-130], а О. А. Касюк – «внутрішній корпоративний контроль» як контроль за здійсненням фінансово-господарської діяльності товариства його структурними підрозділами та органами [16, с. 38-44], нарешті, А. В. Мягкий розмежовує корпоративний контроль як діяльність спеціально створених органів товариства та корпоративний контроль, який здійснюється власниками корпоративних прав [12, с. 159] і пише, що «контроль із боку власників корпоративних прав є первісним, оскільки він відображає їх інтереси ... метою цього контролю є забезпечення інтересів учасників товариства як власників корпоративних прав та інвесторів щодо стабільної діяльності товариства як учасника господарських відносин» [12, с. 169].

На нашу думку, контроль є корпоративним не тільки тому, що контролюється корпоративне підприємство, але й тому, що він здійснюється на корпоративно-правових підставах: наприклад, контроль над корпоративним підприємством може здійснюватися у процедурі банкрутства – арбітражним керуючим, призначеним господарським судом, але цей контроль має вочевидь не корпоративно-правове походження. Тобто для з'ясування природи корпоративного контролю має значення не лише об'єкт, але й природа контролю.

Отже, суб'єктом корпоративного контролю є виключно суб'єкти корпоративних прав, корпоративний контроль – це вплив, що здійснюється учасниками корпоративного підприємства, і як такий він відрізняється і від внутрігосподарського чи внутрішнього контролю (фінансового, управлінського), який здійснюють визначені учасниками підприємства відповідно до корпоративних процедур органи корпоративного підприємства та його посадові особи, який можна, на відміну від корпоративного контролю, розглядати як управлінську функцію і який є похідним від корпоративного контролю учасників. Так само корпоративний контроль відрізняється від усіх видів контролю, який здійснюють щодо корпоративного підприємства державні органи чи інші зовнішні суб'єкти.

Надаючи визначення корпоративного контролю, В. М. Кравчук [7, с. 349], В. С. Щербина [8, с. 188] характеризують корпоративний контроль як «вплив», натомість інші – як «можливість впливу» (Т. Ю. Басова [11, с. 33], Є. П. Губін [9, с. 18], І. В. Лукач [10, с.120], А. В. Мягкий [12, с. 164]), «можливість приймати рішення та здійснювати контрольні функції» (О. Чуб [1, с. 54]), тоді як у визначенні Д. І. Степанова корпоративний контроль постає як водночас і вплив, і можливість його здійснення [6, с. 146].

На нашу думку, саме підхід Д. І. Степанова є вірним для розуміння корпоративного контролю: за своєю суттю корпоративний контроль - це можливість здійснення правового впливу на управління справами (потенційний аспект контролю), і, власне, сам вплив, що його здійснює учасник або група учасників.

Корпоративний контроль виявляється у колі правомочностей, що визначають обсяг права учасника корпоративного підприємства брати участь в управлінні справами корпоративного підприємства залежно від розміру належної йому корпоративної частки або кількості належних йому корпоративних часток.

При цьому корпоративний контроль групи учасників корпоративного підприємства, що діють спільно, визначається виходячи з сукупного розміру (кількості) належних їм корпоративних часток, і, відповідно, спільного кола правомочностей щодо участі в управлінні справами корпоративного підприємства.

Висновки. Таким чином, ми можемо визначити корпоративний контроль як вплив (позитивний або негативний, кожен із яких, у свою чергу, виявляється вирішальним, кворумним або ініціюючим), який здійснює чи може здійснювати учасник або група учасників корпоративного підприємства на таке підприємство та його господарську діяльність, реалізуючи коло правомочностей, що визначають обсяг корпоративного права учасника (учасників) корпоративного підприємства брати участь в управлінні справами корпоративного підприємства залежно від розміру належної йому (їм) корпоративної частки або кількості належних йому (їм) корпоративних часток.

Корпоративний контроль є первинною передумовою здійснення корпоративного управління, оскільки саме реалізація правомочностей суб'єктивного корпоративного права брати участь в управлінні справами корпоративного підприємства визначає склад органів корпоративного підприємства, зміст найважливіших локальних актів підприємства і рішення його вищого органу управління, і, як наслідок, – формує параметри середовища, в якому буде здійснюватися корпоративне управління.

Список літератури

1. Чуб О. Банки на ринку корпоративного контролю: проблеми оцінки вартості бізнесу / О. Чуб // Вісник Національного банку України. 2008. №10. С. 54–56.
2. Черпак А. Є. Розвиток корпоративного контролю в умовах трансформації економіки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук: 08.06.01 / А. Є. Черпак. К., 2006. 20 с.
3. Корпоративне управління: підручник / І. А. Ігнатьєва, О. І. Гарафонова. К.: «Центр учбової літератури», 2013. 600 с.
4. Костюк О. М. Корпоративное управление в банке: монографія / О. М. Костюк. Суми: ДВНЗ «УАБС НБУ», 2008. 332 с.
5. Кукукина И. Г. Методология и инструментарий управления финансовыми потоками в условиях трансформации корпоративного контроля: автореф. дис. ... д-ра экон. наук : 08.00.10 / И. Г. Кукукина. Иваново, 2011. 44 с.
6. Степанов Д. И. Феномен корпоративного контроля / Д. И. Степанов // Вестник гражданского права. 2009. № 3. С. 149–206 с.
7. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. К., 2008. 720 с.
8. Щербина В. С. Господарське право: підручник / В. С. Щербина. К., Юрінком Інтер, 2013. 636 с.
9. Губин Е. П. Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе: практическое пособие / Е. П. Губин. М.: Юристъ, 1999. 248 с.
10. Лукач І. В. Правове положення холдингових компаній: монографія / І. В. Лукач. К.: Юрінком Інтер, 2008. 240 с.

11. Басова Т. Ю. Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур / Т. Ю. Басова // Право и экономика. 2011. №12. С. 33–39.
12. Беляневич О. А., Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми. Монографія / О. А. Беляневич, А. В. Мягкий. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. 320 с.
13. Бурцев В. В. Управленческий контроль на предприятии: методология и организация / В. В. Бурцев // Управленческий учет. 2005. № 4. С. 30–38.
14. Цепилова Е. С. Уточнение содержания корпоративного контроля в хозяйствующих субъектах / Е. С. Цепилова // Финансовые исследования. 2015. №4. С.192–199.
15. Зайцева О.П., Аманжолова Б.А. Корпоративный внутренний контроль: принципы, организация, интеграция подходов / О. П. Зайцева, Б. А. Аманжолова // Экономика и менеджмент. 2011. № 6. С. 125–130.
16. Касюк Е. А. Внутренний корпоративный контроль: принципы и интеграция подходов к организации / Е. А. Касюк // Вестник Омского университета. Серия «Экономика». 2014. № 3. С. 38–44.

Стаття надійшла до редакції 05.05.2018

А. В. Смитюх
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОТНОСИТЕЛЬНО ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ И СУЩНОСТИ КОРПОРАТИВНОГО КОНТРОЛЯ

Резюме

В статье исследуются доктринальные определения понятия корпоративного контроля и предлагается понимание корпоративного контроля как первичной предпосылки осуществления корпоративного управления, как влияния, которое осуществляет либо может осуществлять в отношении корпоративного предприятия и его хозяйственной деятельности участник или группа участников предприятия, реализуя круг правомочий, определяющих объем его (их) корпоративного права участвовать в управлении делами корпоративного предприятия в зависимости от размера принадлежащей ему (им) корпоративной доли или количества принадлежащих ему (им) корпоративных долей.

Ключевые слова: корпоративный контроль, корпоративные права, корпоративные предприятия.

A. V. Smitiukh
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

ON THE DETERMINATION OF THE CONCEPT AND THE ESSENCE OF THE CORPORATE CONTROL

Summary

The article examines the doctrinal definitions of the concept of corporate control and suggests an understanding of corporate control as the primary prerequisite for the corporate management. So the corporate control may be regarded as an actual or potential impact of a participant or a group of participants on the corporate company and its economic activities. The corporate control's ground is a range of legal powers of somebody's subjective corporate right to participate in the management of the corporate company's affairs depending on the size of the corporate share or the number of corporate shares owned by the person.

Key words: corporate control, corporate share, corporate company.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО У СФЕРІ ПРИВАТНОГО ПРАВА

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134144
УДК 347.22.02

Є. О. Рябоконь
кандидат юридичних наук, доцент
Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
кафедра цивільного права
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033,Україна

НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ ТА ПРАВОНАСТУПНИЦТВО: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

У роботі розглядаються проблемні питання застосування набувальної давності до правовідносин, що виникають у зв'язку з правонаступництвом у володінні майном. Автором надається критична оцінка висловлювань учених, які кваліфікують давнісне володіння не як фактичний стан, а відносять його до числа суб'єктивних цивільних прав саме внаслідок поширення на володіння за набувальною давністю правонаступництва за ч. 2 ст. 344 ЦК України. На основі аналізу джерел римського приватного права спростовуються думки щодо віднесення давнісного володіння до числа суб'єктивних прав. Стверджується, що необхідною умовою володіння правонаступника за ст. 344 ЦК України є добросовісність у момент заволодіння майном.

Ключові слова: набувальна давність, правонаступництво, давнісне володіння, Публіціанський позов, добросовісне володіння.

Постановка проблеми. Будучи спрямованим на забезпечення усунення безсуб'єктності майна, інститут набувальної давності (usucapio) зобов'язаний своїм становленням римському приватному праву, де він відігравав, без перебільшення, ключову роль для підтримання стабільності цивільного обороту. Важливість і популярність usucapio пояснюється її націленістю на utsitfinislitium, усунення будь-яких спорів із приводу власника речі як при заволодінні безхазяйним майном, так і при набутті від неуправненого відчужувача або на підставі недійсного правочину.

Інститут набувальної давності не був сприйнятий радянським правом, яке не потребувало залучення складних правових конструкцій для забез-

печення регулювання спрощеного економічного базису. Проте повернення до класичної західноєвропейської моделі забезпечення правового регулювання ринкових відносин не могло не призвести до відродження інституту набувальної давності в ЦК України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, що є предметом цього дослідження, тією чи іншою мірою вивчались такими науковцями, як Ю. В. Воронова, В. В. Луць, С. О. Погрібний, Д. С. Спєсівцев, В. І. Цікало та ін.

Постановка завдання. Метою даного дослідження є аналіз проблемних питань застосування набувальної давності до правовідносин, що виникають у зв'язку з правонаступництвом у володінні майном.

Виклад основного матеріалу. Згідно з абз. 1 ч. 1 ст. 344 ЦК України, особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим Кодексом. Із змісту цієї норми можна говорити про наявність підстав (юридичного складу), настання яких перетворює володіння на право власності: 1) за загальним правилом, добросовісність заволодіння чужим майном; 2) законність об'єкту володіння; 3) відкритість володіння; 4) безперервність володіння; 5) презумпція здійснення володіння з наміром набути право власності; 6) володіння протягом установлених строків. При цьому особа, яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чиїм спадкоємцем (правонаступником) вона є (ч. 2 ст. 344 ЦК України).

У науково-практичних коментарях [2, с. 548], спеціальних дослідженнях проблем права власності [15, с. 130], у тому числі строків набуття права власності [6, с. 131], автори переважно обмежуються цитуванням цієї норми і утримуються від з'ясування її змісту. Між тим дане положення заслуговує значно більш прискіпливої уваги, оскільки поширює дію та наслідки правонаступництва не на суб'єктивні цивільні права, як зазвичай, а на фактичний стан особи – володіння. Із цих міркувань буквальне тлумачення ч. 2 ст. 344 ЦК України може давати зовнішні підстави для висновку про доцільність кваліфікації володіння як суб'єктивного цивільного права, яке може змінювати свого носія в порядку правонаступництва. Таке твердження може набувати ще більшої ваги в сучасних умовах, коли поняття володіння суб'єкта, який має намір у майбутньому набути право власності за набувальною давністю, законом чітко не визначено.

Аргумент про поширення на володіння за набувальною давністю правонаступництва є чи не головним для тих авторів, які кваліфікують давнісне володіння не як фактичний стан, а відносять його до числа суб'єктивних цивільних прав. Зокрема, А. Д. Рудоквас при аналізі ч. 3 ст. 234 ЦК РФ, редакція якої є аналогічною ч. 2 ст. 344 ЦК України, відштовхуючись від небезспірної тези про те, що визнання володіння давнісного набувача фактом, а не правом, підриває цивільний оборот, обґрунтовує застосування правонаступництва в цьому випадку якраз тим, що володіння – своєрідне суб'єктивне право [13, с. 249, 250, 281-284].

Дана позиція тією чи іншою мірою виявляться і в роботах інших авторів, які підтримують тезу про наділення давнісного володільця суб'єктивними правами, обсяг і зміст яких може бути співставлений навіть із

правом власності. Наприклад, Н. М. Хайрулліна пише про приналежність давнісному володільцю всієї тріади повноважень власника, щоправда, із забороною відчуження речі. Саме таке тлумачення «дозволяє оптимально поєднати характер цього права з обладанням річчю протягом строку набувальної давності». Цілком органічно, на думку автора, вписується в ці повноваження і положення про право правонаступника приєднати до свого строку володіння строк володіння попередника [18, с. 73].

Аналізуючи сутність набувальної давності, В. І. Цікало зазначає, що з її допомогою право фактичного володіння перетворюється на право власності. Основою для подібного розуміння давнісного володіння стали положення глави 31 ЦК України, присвячені регулюванню інституту права володіння чужим майном. Автор наголошує, що будь-яка особа, яка фактично тримає чужу річ у себе, є водночас суб'єктом права володіння, на якого поширюється закріплена у ч. 3 ст. 397 ЦК України презумпція правомірності володіння, на якій базується і право володіння давнісного володільця [20, с. 48, 55, 122]. Доводиться констатувати, що В. І. Цікало ототожнює фактичне володіння особи за набувальною давністю (ст. 344 ЦК України) і право володіння чужим майном (ст. ст. 397-400 ЦК України), які є різними інститутами зі своїми завданнями, формами реалізації та засобами захисту. Посилання В. І. Цікала на можливість визнання володіння за набувальною давністю правомірним прямо суперечать природі набувальної давності, яка охоплює випадки добросовісного заволодіння (абз. 1 ч. 1 ст. 344 ЦК України), що визнається різновидом незаконного заволодіння майном (ст. ст. 387, 388 ЦК України). Більше того, норма абз. 1 ч. 3 ст. 344 ЦК України пов'язує початок володіння майном із завершенням строку дії договору з власником, тобто визнає можливість застосування набувальної давності і до незаконного недобросовісного володіння.

Деякі автори, прихильники позиції про визнання давнісного володіння суб'єктивним правом, наводять відповідний висновок без його належної аргументації. Зокрема, Д. М. Спєсівцев обмежується вказівкою на те, що відповідна річ може бути об'єктом права володіння (тримання), й утримується від пояснень цього правового феномену [16, с. 121].

Не менше здивування викликають ті роботи, в яких твердження щодо безтитульного характеру володіння давнісного набувача гармонійно співіснують із висновками щодо поширення на давнісного володільця правового статусу універсального та сингулярного правонаступника. Так, В. П. Маковій, називаючи необхідним атрибутом давнісного володіння його незаконність (відсутність правової підстави володіння), водночас зазначає, що правонаступництво не вважається обставиною, що перериває перебіг давності [7, с. 45, 143].

Очевидно, що тлумачення норми про правонаступництво у володінні за набувальною давністю має відбуватися у прямому зв'язку з самим поняттям володіння. Останнє може розглядатися як суб'єктивне право, якщо воно є елементом змісту права власності (ч. 1 ст. 317 ЦК України) або речовим правом на чуже майно (п. 1 ч. 1 ст. 395 ЦК України), а також як фактичний стан. Якраз в останньому значенні поняття володіння зафіксоване у ст. 344 ЦК України. У ч. 1 цієї норми наголошується на добросовісності заволодіння майном; водночас урахування інших умов виникнення права власності у давнісного володільця (відкритість, безперервність і націленість панування над річчю на набуття права власності, що є кінцевою

метою володіння суб'єкта) не залишає сумнівів у тому, що добросовісним має бути також і подальше володіння майном. Ознака добросовісності володіння майном за ст. 344 ЦК України відрізняється від її розуміння за ч. 1 ст. 388 ЦК України, яка регулює питання витребування власником речі від добросовісного набувача, коли добросовісність пов'язується з тим, що набувач не знав і не міг знати про відсутність права контрагента відчужувати майно. Навпаки, за змістом ст. 344 ЦК України, особа може набути право власності на майно іншого власника (наприклад, сторони за договором, яка після закінчення його строку не заявила вимоги про його повернення), який може виступати відповідачем у позові про визнання права власності за набувальною давністю. Між тим, незалежно від особливостей природи добросовісного володіння за набувальною давністю останнє є видом незаконного володіння, тобто не ґрунтується на законі, договорі або іншому правовому титулі, і тому не може розглядатися як суб'єктивне право.

Відсутність права володіння, як, утім, й інших суб'єктивних прав, у ретентора підтверджується і характером захисту його інтересів. В абзаці другому ч. 3 ст. 344 ЦК України йдеться про можливість пред'явлення володільцем позову про витребування майна. Ураховуючи неприпустимість конкуренції володільницького становища з правами власника або носіїв обмежених речових правомочностей, слід констатувати, що у судовій практиці склалося звужене сприйняття характеру такого захисту. Особа, яка володіє майном, має право на захист свого володіння лише від третіх осіб, які не є власниками майна і не мають прав на володіння цим майном в силу іншої передбаченої законом чи договором підстави (абз. 1 п. 12 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ВССУ) «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 07 лютого 2014 р. № 5 [12]). Дане положення має розумітися саме як надання володільницького (посесорного) захисту, втіленого у вигляді охоронюваного законом інтересу щодо набуття права власності в майбутньому, і не може розглядатися як форма захисту суб'єктивного права. Пріоритетність захисту добросовісного володільця перед недобросовісним випливає також зі змісту ст. 400 ЦК України.

Відзначимо, що і ст. 234 ЦК РФ, присвячена регулюванню набувальної давності, при істотному реформуванні цивільного законодавства РФ в останні роки, не зазнала змін. Залишився стабільним і правовий статус суб'єкта, який, не будучи наділений правом власності або якимось іншим правом, здійснює володіння майном як своїм власним і має право на захист свого володіння у разі зазіхань зі сторони неуправомочених осіб (ч. 1, 3 ст. 234 ЦК РФ).

Прихильники позиції про наділення володільця статусом правомочного суб'єкта цивільних правовідносин нерідко посилаються на положення римського приватного права, вбачаючи саме у ньому коріння такого правонадання [13, с. 102–104, 191–228; 17, с. 23]. Зовнішньо правовий захист добросовісного набувача-володільця дійсно нагадує захист, наданий **Публіціанським позовом**. Останній з'явився з метою пом'якшення дії застарілих положень strictijuris, застосування яких призводило до невизнання за набувачем найцінніших для обороту манципних речей статусу власника у випадку порушення встановленої законом ускладненої манципаційної форми. Такий набувач отримував преторський захист і від цивільного власни-

ка, і від усіх третіх осіб попри те, що він прямо не визнавався сингулярним правонаступником відчужувача, річ включалася до його майнової сфери (resinbonis) і уособлювала необхідність охорони його майнових інтересів, що призвело до створення поняття бонітарної власності (Гай 2. 41 [5]). Водночас дія actio Publiciana була поширена також на випадки відчуження майна невласником (Гай. 2. 43; D. 6. 2. 1; 6. 2. 1. 3). Однак добросовісному володільцю, який одержував майно від невласника, на відміну від бонітарного набувача, захист володіння надавався лише проти третіх осіб, але не від самого власника. Правовий зв'язок actio Publiciana та набувальної давності для обох зазначених способів набуття майна полягає в тому, що захист прав бонітарного власника та володіння добросовісного набувача засновувався на фікції про те, що добровісний набувач проволодів спірною річчю протягом усього давнісного строку (Гай. 4. 36). У цьому і полягала головна внутрішня суперечність цього позову: будучи заснованим на фікції виконання всіх умов набуття права власності за давністю, він тим не менш захищав не право власності, а добросовісне володіння.

Зміст наведених постанов дозволяє стверджувати, що незважаючи на існування єдиної форми захисту прав набувача, до якого майно перейшло в порядку звичайної передачі (традиції), та добросовісного володільця, обсяг захисту не був ідентичним. Перший в очах судових магістратів визнавався бонітарним власником і одержував позов, який за змістом прирівнювався до позову про захист права власності. Даний позов міг конкурувати навіть із захистом прав законного (цивільного) власника, віндикаційній вимозі якого щодо повернення майна протиставлялося заперечення (exceptio) набувача щодо недобросовісності відчужувача. Підстава позову останнього спростовувалася висловленим ним самим волевиявленням щодо набуття контрагентом майна у власність у порядку традиції. Навпаки, добросовісний набувач, будучи незаконним, тобто не маючи в основі свого володіння justacausa, не міг наділятися будь-якими правами, чим і пояснюється більш слабкий обсяг його захисту. Річ як об'єкт добросовісного володіння могла бути вилучена не тільки самим власником (як цивільним, так і бонітарним), але й іншими особами, які мали речові права на спірний предмет (питання правомірності вилучення речі особами, які мали особисті права на річ, позовом не регламентувалися).

Таким чином, історично Публіціанський позов мав на меті надати захист тому набувачеві майна, до якого воно перейшло з порушенням жорстких законодавчих вимог щодо форми придбання і лише згодом частково був поширений на добросовісного володільця, який придбав майно не у власника.

Із викладеного випливає ще одна своєрідна особливість Публіціанського позову, яка полягає у його одночасній спрямованості на захист добросовісного набувача та самого власника. Остання риса свого часу була вдало підкреслена юристом Нерацієм: «Публіціанський позов створений не для того, щоб річ була відібрана у власника: доказом цього є, по-перше, справедливість, а по-друге, ексцепція, «якщо ця річ не належить володільцю»; але для того, щоб особа, яка купила добросовісно і одержала за цією підставою володіння річчю, краще зберігала за собою річ» (D. 6. 2. 17). Серед сучасних дослідників досить поміркована позицію з питань оцінки місця Публіціанського позову серед інших способів захисту речових прав та інтересів займає С. О. Погрібний. Спираючись на дослідження

К. П. Побєдоносцева, С. О. Погрібний зауважує, що такий позов займає проміжне місце між захистом права власності, наявність якого «відбиває будь-яку протидію і протиріччя», та преторськими інтердиктами, спрямованими на охорону стану володіння незалежно від його правових підстав [11, с. 31].

Думку щодо кваліфікації володільницького захисту добросовісного набувача як фактичного становища, а не як суб'єктивного права, не розхитує й сам позовний характер захисту. Дійсно, особливістю римського права була похідність багатьох суб'єктивних прав від самої можливості їх судового захисту магістратом. Надання позову означало не тільки створення можливості захисту, а й передусім визнання права. У цьому сенсі захист добросовісного володільця Публіціанським позовом дає формальні підстави припустити, що він міг наділятися суб'єктивними правами.

Даний висновок, утім, може бути поставлений під сумнів у зв'язку з обґрунтованістю позову **юридичною фікцією володіння** протягом установленого строку та виконанням усіх інших умов, необхідних для набуття права власності узукапієнтом (за винятком добросовісності заволодіння майном, яка мала бути доведена). Створення даного позову було продиктоване передусім потребами цивільного обороту, заінтересованого у якнайшвидшому пошуку власника для безхазяйної речі, а не реальною наявністю у добросовісного володільця будь-яких прав. Тому саме по собі надання позову не перетворювало фактичного володільця на власника, який набув майно за давністю, так само як і не створювало для нього прав сервітуарія, суперфіціарія або інших обмежених речових прав. Іншими словами, usucapio в actio Publiciana виступала не об'єктом, а **засобом захисту**, своєрідним інструментом, використання якого дозволяло захистити не існуюче, а лише уявне, потенційне право. Факт володіння не може за своїм значенням прирівнюватися до речового права, що підкреслюється у джерелах. «Юридична приналежність речі не має нічого спільного з володінням», – писав Ульпіан (D. 41. 2. 12. 1). Співставлення володіння і власності дало змогу О. А. Підопригорі та Є. О. Харитонову стверджувати, що перше є фактичним станом, а друге – правом суб'єкта: «Володіння, основане на праві, – це вже не володіння, а право власності» [9, с. 308].

Важливо, шо коментатори римського права, незважаючи на наявність позовного захисту, як правило, використовують термін «право» для позначення фактичного становища володільця з істотними застереженнями або взагалі воліють оминати називати давнісного володільця носієм права. Так, В. М. Хвостов писав про «особливого роду право, але з менш сильним захистом, ніж власність» [19, с. 277], Дж. Хедлі називав давнісного володільця «нібито власником» ("asifhewereowner") , а його володіння – «безспірним володінням» ("anundisputedpossession") [23, p. 95, 155], В. Бакленд позначав його як особу, яка здійснює «тримання речі» ("holdthething") [22, p. 194, 195], С. А. Муромцев оцінював позов про захист добросовісного володільця як «близьку подобу віндикації» [8, с. 17], Ч. Санфіліппо розглядав володіння, яке здійснюється з метою набуття права власності на річ у майбутньому, хоча й як специфічне кваліфіковане володіння, але не як різновид possessiojuris, володіння правами, і вказував, що «давність є несумісною з придбанням права» [14, с. 185, 200].

В аспекті досліджуваного питання доцільно звернутися також до характеру володільницького захисту. Такий захист у римському праві

здійснювався за допомогою преторських інтердиктів, які були спрямовані на недопущення розхитування державного правопорядку та заборону самоуправства при здійсненні права. Із цією метою інтердикти надавали захист тому володільцю, який на момент виникнення спору здійснював володіння річчю, незалежно від правових підстав такого володіння [10, с. 122, 123]. Володільницький інтердикт не вирішував питання про право, а був спрямований на збереження існуючого фактичного стану володіння річчю. У цьому і полягає основна відмінність між володільницьким (посесорним) та петиторним захистом, у межах якого питання про суб'єктивні права сторін спору, навпаки, набувало ключового значення.

Варто підкреслити, що захист добросовісного володіння не є винятковою прерогативою Публіціанського позову. При загальній спрямованості преторських інтердиктів на захист фактичного володіння, аналіз джерел римського приватного права дозволяє виявити випадки, коли **захист надавався інтердиктами не будь-якому фактичному, а лише добросовісному володінню**. Прикладом такого захисту є інтердикт для поновлення володіння, порушеного насильницьким шляхом. Гай відзначав, що такий інтердикт примушує повернути володіння особі, яка була вигнана зі своєї ділянки, якщо тільки ця особа не володіла майном насильницьки, таємно або прекарно (Гай 4. 154). Тим самим захист надавався не кожному фактичному володільцеві, а лише тому, хто міг послатися на відсутність зазначених дефектів володіння.

Цей приклад свідчить про наявність спільної правової умови захисту набувача за Публіціанським позовом та володільницьким інтердиктом, якою є добросовісність набувача, і зближує позови та інші засоби преторського захисту, які беруть свій початок також із позовної форми захисту. Тому лише як загальне правило має сприйматися висловлювання А. Д. Рудоквася про те, що «при наданні володільницького (посесорного) захисту має значення лише сам факт володіння, а не його кваліфікуючі характеристики» [13, с. 195]. Тісний взаємозв'язок преторських інтердиктів та позовів не міг не призвести до створення уніфікованого поняття позову у праві Юстиніана [21, с. 195].

Зближує посесорний і петиторний захист і та обставина, що захист actio Publiciana був установлений лише для добросовісного володільця, який придбав майно від неуправненого відчужувача, і не поширювався на інші випадки заволодіння майном у порядку набувальної давності, насамперед, на той, коли відбувалося заволодіння res nullius, безхазяйним майном. В останньому випадку захист здійснювався преторськими інтердиктами та мав на меті закріпити існуючий стан володіння, без урахування bona fide або інших правових підстав володіння річчю, хоча всі вони були необхідними елементами для подальшого визнання права власності. Ураховуючи викладене, а також фактичну націленість actio Publiciana не на захист особи, яка претендує на визнання права власності за набувальною давністю, а на захист інтересу щодо потенційного набуття права власності в майбутньому, висновок про захист добросовісного володільця позовом, а, отже, і про визнання за ним своєрідного права римськими джерелами видається спірним і нестійким.

Чинне законодавство також сприймає володіння як фактичне становище, в якому перебуває особа. Водночас таке володіння, попри його незаконність, є незвичайним і займає особливе місце серед інших випадків

незаконного володіння майном. При регулюванні такого володіння враховується прагнення суб'єкта набути право власності на об'єкт володіння, яке визнається і заохочується законом, що підкреслюється наділенням фактичного володільця окремими правомочностями, необхідними для реалізації цього прагнення або охорони його майнових інтересів. Правовою основою для висновку про наявність у фактичного володільця окремих повноважень є ст. 390 ЦК України, якою регулюються відносини щодо розрахунків при витребуванні майна з чужого незаконного володіння за віндикаційним позовом власника, відповідачем за яким може бути і давнісний володілець. Застосування частин 2-4 ст. 390 ЦК України до відносин набувальної давності дає можливість стверджувати, що давнісний володілець, по-перше, має право на отримання і залишення за собою доходів, одержаних до моменту, коли він дізнався чи міг дізнатися про незаконність володіння майном, або до моменту, коли йому було вручено повістку до суду у справі за позовом власника про витребування майна; по-друге, право вимагати від власника майна відшкодування необхідних витрат на утримання, збереження майна, здійснених ним із часу, з якого власникові належить право на повернення майна або передання доходів; по-третє, право на залишення за собою здійснених ним поліпшень майна, якщо вони можуть бути відокремлені від майна без завдання йому шкоди, або право вимагати від власника майна відшкодування здійснених витрат у сумі, на яку збільшилася його вартість, якщо поліпшення не можуть бути відокремлені від майна.

Отже, фактичне володіння за набувальною давністю є значно складнішим правовим феноменом, ніж це може здаватися зовні, позаяк фактичний володілець наділяється окремими правами, які слугують реалізації його позитивних інтересів. Проте це не призводить до ототожнення його володіння з суб'єктивним правом володіння, яке має, наприклад, володілець, що здійснює речове право на чужу річ, заставодержатель при закладі або кредитор, який притримує річ, що підлягає передачі боржнику. Ґрунтуючись саме на цих міркуваннях при узагальненні судової практики, Верховний Суд України відзначив, що **«наявність у володільця певної правової підстави для володіння майном виключає можливість набуття права власності за набувальною давністю»** (виділено нами – *Є. Р.*) [1].

Ідея про віднесення володіння в контексті ст. 344 ЦК України до числа суб'єктивних цивільних прав вступає у суперечність також із природою правонаступництва, яким позначається перехід прав та (або) обов'язків від одних суб'єктів до інших. Формальна вказівка закону про можливість приєднання теперішнім володільцем до часу свого володіння строку володіння тієї особи, чиїм правонаступником (спадкоємцем) він є, по суті своїй не має сприйматися буквально, адже володіння, не будучи правом, не є й об'єктом правонаступництва. Очевидно, що при створенні даної норми законодавець керувався передусім практичними міркуваннями – зберегти для потенційного власника ті умови набуття права власності, які вже були виконані попереднім володільцем. Якщо, наприклад, попередній володілець, який відкрито і добросовісно проволодів безхазяйною нерухомістю протягом п'яти років, помер, вважається, що для нового володільця недоцільним є переривання загального строку давності і починати його відлік із початку; йому достатньо проволодіти ще п'ять років для того, щоб мати підстави, достатні для набуття права власності. Адже для

цивільного обороту якнайшвидша поява нового власника майна завжди є бажаним явищем.

Прихильники погляду щодо віднесення володіння ретентора до числа суб'єктивних прав вважають, що приєднання строку давнісного володіння допускається і в порядку універсального (загального), і в порядку сингулярного (спеціального) правонаступництва [3, с. 39; 4, с. 125]. В обґрунтування останньої точки зору іноді навіть стверджується про те, що давнісний володілець нібито наділяється розпорядчою здатністю і може відчужувати річ, укладати розпорядчий правочин [13, с. 252]. Самі приклади таких правочинів наводяться порівняно рідко, що може свідчити про наявність сумнівів щодо можливості практичного втілення таких пропозицій. Хіба що В. П. Маковій у своїй дисертації наводить досить широкий перелік таких прикладів. На його думку, набувальну давність не перериває перехід майна померлого володільця за спадкуванням, а припиненої юридичної особи – до юридичної особи, створеної шляхом реорганізації. У сфері сингулярного правонаступництва зазначаються випадки продажу, дарування, міни майна, що перебувало під дією набувальної давності, а також договори оренди, безоплатного користування, зберігання тощо [7, с. 45].

Вживання у ч. 2 ст. 344 ЦК України загального терміну «правонаступництво» призвело і до механічного сприйняття ВССУ погляду, що «особа, яка заявляє про давність володіння, є сингулярним чи універсальним правонаступником» (абз. 5 п. 9 постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав»), хоча у постанові не роз'яснено, яким чином і в яких формах може відбуватися правонаступництво у фактичному володінні.

Зауважимо, що думка щодо переходу фактичного володіння на підставі універсального правонаступництва (спадкування), є дискусійною. Насправді, складно уявити собі ситуацію, коли б до спадкоємця переходило незаконне володіння. Річ, навіть та, що перебувала у володінні спадкодавця, також не може виступати об'єктом спадкування через визнання такими не речей, а прав та обов'язків померлого спадкодавця, які складають спадщину як єдине ціле (ст. ст. 1216, 1218 ЦК України). Дана річ за певних обставин може опинитися у володінні спадкоємця і він зможе за наявності всіх необхідних підстав перетворити володіння на право власності, однак такі дії здійснюватимуться ним не як правонаступником попереднього володільця, а як новим володільцем, який може набути право власності на підставі первісного, а не похідного правонабуття.

Не є позбавленим певних уразливих місць і твердження про те, що володіння за набувальною давністю може бути об'єктом сингулярного правонаступництва. Слід підкреслити, що давнісний володілець, будучи незаконним, не може мати прав на відчуження речі. Інша справа, що він може свідомо помилятися, будучи помилково впевненим у наявності у нього права власності на річ і права на її відчуження. Наприклад, отримавши в дарунок річ не від власника, добросовісний володілець може помилково вважати себе спроможним розпоряджатися нею і продати її іншій особі. Якщо новий володілець не знає і не може знати про відсутність правових підстав для володіння річчю, у подальшому, при дотриманні умов ст. 344 ЦК України, він може претендувати на набуття права власності на цю річ за набувальною давністю із зарахуванням строку володіння попереднього володільця до свого строку володіння. Таким чином, словосполучення

«сингулярний правонаступник» застосовується до добросовісного набувача умовно, зважаючи на його необізнаність у відсутності правових підстав для набуття майна в момент заволодіння.

Якщо новий володілець знав або повинен був знати про відсутність підстав для заволодіння річчю, тобто є недобросовісним у момент заволодіння, підстав для набуття майна за давністю, як і для зарахування до строку свого володіння строку володіння попередника, не існує. Позиція про те, що «для правонаступника добросовісність не є обов'язковим атрибутом як у момент заволодіння, так і надалі» [7, с. 45], вбачається спірною з двох причин. По-перше, якщо володілець дізнається про незаконність свого володіння, ст. 400 ЦК України на нього покладається обов'язок негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності або інше право відповідно до договору або закону, або яка є добросовісним володільцем цього майна. Іншими словами, продовження володіння майном є неможливим як тільки він дізнається про незаконність свого володіння. Добросовісність володіння майном, поряд із добросовісністю на момент заволодіння, є однією з умов набуття права власності за давністю, адже в протилежному випадку можуть бути поставлені під сумнів й інші умови набуття, передусім, відкритість володіння. По-друге, зміст ч. 2 ст. 344 ЦК України свідчить не про продовження строку володіння правонаступника щодо правопопередника, а про можливість приєднання ним до часу свого володіння всього часу володіння правопопередника. Це означає, що строки володіння правонаступника і правопопередника є за природою не єдиними, а різними строками, що можуть об'єднуватися з практичних міркувань. Відповідно, і володіння правонаступника не є продовженням володіння попереднього володільця, а є виникненням нового володіння, яке має відповідати всім кваліфікаційним ознакам давнісного володіння, в тому числі, й умові добросовісного заволодіння.

Висновки. Таким чином, указівка у ч. 2 ст. 344 ЦК України про право особи, яка заявляє про давність володіння, приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чиїм спадкоємцем (правонаступником) вона є: по-перше, не свідчить про виникнення у давнісного володільця суб'єктивного права; по-друге, продиктована утилітарними вимогами цивільного обороту; по-третє, застосовується не як підстава для виникнення правонаступництва у володінні, а розуміється як два послідовних акти: припинення попереднього володіння і виникнення нового, до строку якого може бути зараховано строк володіння первісного володільця; по-четверте, не спростовує того, що необхідною умовою володіння правонаступника за ст. 344 ЦК України є добросовісність у момент заволодіння майном.

Список літератури

1. Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ, підготовлений Верховним Судом України. Абз. 53 розділу «Набувальна давність». URL: http://www.scourt.gov.ua/ clients/vsu/ vsu.nsf/ (documents)/ 1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419 (дата звернення: 12.03.2018).
2. Безсмертна Н. В. Стаття 344. Набувальна давність. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т., 4-те вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2011. Т. І. С. 547–549.

3. Воронова Ю. В. Приобретательная давность по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 149 с.
4. Вороной В. В. Приобретательная давность по российскому гражданскому праву: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 191 с.
5. Институции Гая. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 15–150.
6. Луць В. В. Строки набуття і припинення права власності. Набуття та припинення права власності в Україні (проблеми теорії та практики): Монографія / За ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. Розд. 2, § 5. С. 121–139.
7. Маковій В. П. Набувальна давність у цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2007. 214 с.
8. Муромцев С. Рецепция римского права на Западе. М.: Типография А. И. Мамонтова и К°, 1886. 155 с.
9. Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: підручник. 2-ге вид. К.: Юрінком Інтер, 2009. 528 с.
10. Подопригора А. А. Основы римского гражданского права: Учеб. пособие для студентов юрид. вузов и факультетов. 2-е изд., перераб. К.: Вентури, 1994. 288 с.
11. Погрібний С. О. Порівняльно-правовий аналіз інституту володіння у континентальній, англосаксонській та східноєвропейській системах права: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2001. 242 с.
12. Про судову практику в справах про захист права власності та іншихречових прав: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07 лютого 2014 р. № 5. URL: http://zakon3.rada.gov.ua / laws/ show/v0005740-14 (дата звернення: 10.03.2018).
13. Рудоквас А. Д. Приобретательная давность и давностное владение: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб, 2011. 389 с.
14. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д. В. Дождева. М.: Издательство БЕК, 2002. 400 с.
15. Скрябин С. В. Вещное право: Учебное пособие. Алматы: Научно-издательский центр КОУ, 2009. 292 с.
16. Спєсівцев Д. С. Юридичні факти у механізмах виникнення, переходу та припинення речових прав на нерухомість в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 221 с.
17. Толстой Ю. К. Давность в Гражданском кодексе Российской Федерации. Правоведение. Санкт-Петербург. 1995. № 1. С.14-24.
18. Хайруллина Н. М. Приобретательная давность: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2011. 182 с.
19. Хвостов В. М. История римского права. Пособие к лекциям. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Типография Тов-ва И. Д. Сытина, 1907. 463 с.
20. Цікало В. І. Давність у цивільних правовідносинах: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2003. 193 с.
21. Яковлев В. Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право: учебник; предисл. С. Д. Бунтов, Н. В. Кузнецова, А. А. Подопригора. М.: Волтерс Клувер, 2010. 960 с.
22. Buckland W. W. A Text-book of Romal Law from Augustus to Justinian. Cambridge: The University Press, 1921.756 p.
23. Hadley J. Introduction to the Roman Law. In Twelve Academical Lectures. New York: D. Appleton and Company, 1902. 333 p.

Стаття надішла до редакції 19.05.2018

Е. А. Рябоконь
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко,
кафедра гражданского права
ул. Владимирская, 60, Киев, 01033, Украина

ПРИОБРЕТАТЕЛЬНАЯ ДАВНОСТЬ И ПРАВОПРЕЕМСТВО: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Резюме
В работе рассматриваются проблемные вопросы применения приобретательной давности к правоотношениям, возникающим в связи с правопреемством во владении имуществом. Автором дается критическая оценка высказываний ученых, квалифицирующих давностное владения не как фактическое состояние, а относящих его к числу субъективных гражданских прав именно в результате распространения на владение по приобретательной давности правопреемства по ч. 2 ст. 344 ГК Украины. На основе анализа источников римского частного права опровергаются мнения об отнесении давностного владения к числу субъективных прав. Утверждается, что необходимым условием владения правопреемника по ст. 344 ГК Украины является добросовестность в момент завладения имуществом.
Ключевые слова: приобретательная давность, правопреемство, давностное владение, Публицианский иск, добросовестное владение.

Ye. O. Ryabokon
Kyiv Taras Shevchenko National University,
The Department of Civil Law
Volodymyrska str., 60, Kyiv, 01033, Ukraine

USUCAPION AND SUCCESSION: THE QUESTIONS OF THE THEORY AND PRACTICE

Summary
The paper deals with the disputable issues of applying usucapion to legal relations arising in connection with the succession in the possession of property. The author gives a critical assessment of the statements of scientists who qualify the usucapion possession not as an actual state, but as a subjective civil right, namely as a result of extending to ownership a legal succession according to the Part 2 of Art. 344 of the Civil Code of Ukraine. On the basis of an analysis of the Roman private law sources, there are refuted opinions on the attribution of usucapion possession to the number of subjective rights. It is stated that the necessary condition for the possession of a legal successor under Art. 344 of the Civil Code of Ukraine is being bona fide at the moment of acquisition of property.
Key words: usucapion, succession, usucapion possession, Publician's action, bona fide possession.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134150
УДК 347.232:340.5

Е. М. Корнеева
старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРИОБРЕТЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА БЕСХОЗЯЙНЫЕ ДВИЖИМЫЕ ВЕЩИ ПУТЕМ ЗАВЛАДЕНИЯ, ПРИСВОЕНИЯ НАХОДКИ И НАХОДКИ КЛАДА ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ И ОТДЕЛЬНЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов приобретения права собственности на бесхозяйные движимые вещи путем завладения, присвоения находки, находки клада по гражданскому законодательству Украины, Германии, Франции, Италии, Чехии, Нидерландов и Китая. Автор анализирует не только нормы действующего гражданского законодательства указанных стран, но и обращается к соответствующим положениям римского частного права.

Ключевые слова: приобретение права собственности, бесхозяйная движимая вещь, завладение, находка, клад.

Постановка проблемы. Адаптация законодательства Украины к законодательству Европейского Союза является приоритетной составляющей процесса интеграции Украины в Европейский Союз и, в свою очередь, приоритетным направлением украинской внешней политики на пути к демократическим изменениям в экономической, политической и правовой сферах деятельности нашего государства.

Восемнадцатого марта 2004 г. Законом Украины была утверждена «Общегосударственная программа адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза», целью которой является приведение в соответствие с правовой системой Европейского Союза законов Украины и иных нормативно-правовых актов Украины (acquis communautaire) [1].

Вполне естественно, что осуществление конкретных мер в указанном направлении невозможно без подробного изучения законодательства стран-участниц Европейского Союза, а также законодательства Украины, в том числе и в сфере вещного права, в котором особое место занимает такая правовая категория, как вещи. Принадлежность вещей к объектам гражданского оборота обусловливает необходимость закрепления их правового режима, что, в свою очередь, влияет на механизмы правового регулирования.

Как с экономической, так и с правовой точки зрения исключение вещи из гражданского оборота путем выбытия нецелесообразно и недопустимо, за исключением законных оснований для ограничения такого обращения. В то же время в отдельных случаях вещь, выбывая из гражданского оборота,

подпадает под категорию бесхозяйных вещей, правовой режим которых имеет ряд особенностей как в действующем законодательстве Украины, так и в законодательстве отдельных зарубежных стран.

Таким образом, имеются теоретические основания и практическая необходимость для рассмотрения проблем отдельных способов приобретения права собственности на бесхозяйные вещи, установленных как отечественным, так и зарубежным законодательством.

Анализ исследований и публикаций. Проблемами приобретения права собственности на бесхозяйные вещи в римском праве (с позиции историографии) занимались Ч. Санфилиппо, Г. Денбург, И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский; проявления рецепции указанного института в гражданском праве исследовали И. А. Покровский, Е. О. Харитонов, А. А. Подопригора. Проблематика приобретения права собственности обстоятельно анализировалась Б. Б. Черепахиным, Ю. К. Толстым и др.

Отдельные способы правового закрепления приобретения права собственности на бесхозяйные движимые вещи в современном украинском законодательстве, а также законодательстве отдельных зарубежных стран рассматривали такие авторы, как И. А. Спасибо, О. С. Яворская, Л. Эннекцерус, С. Ю. Пятин, И. А. Зенин, К. Цвайгерт, Х. Кетци др. Однако исследования приобретения права собственности на бесхозяйные движимые вещи путем завладения, присвоения находки, находки клада в гражданском законодательстве Украины и отдельных зарубежных стран практически не проводились.

Постановка задания. Целью статьи является сравнительно-правовое исследование норм римского права и современного законодательства Украины, Германии, Франции, Италии, Чехии, Нидерландов и Китая, закрепляющих следующие способы приобретения права собственности на бесхозяйное движимое имущество: путем завладения, присвоения находки, присвоения клада.

Изложение основного материала. По общему правилу, приобретение права собственности на движимые вещи осуществляется первоначальными и производными способами. Критерием для соответствующего деления способов приобретения права собственности является наличие либо отсутствие соответствующего волеизъявления собственника, а также наличие правопреемства.

Сторонники критерия воли к первоначальным способам относят такие способы приобретения, при которых право собственности возникает на вещь впервые, либо независимо от воли предшествующего собственника, соответственно к производным – способы, при которых право собственности у приобретателя возникает по воле предыдущего собственника. Другая группа ученых-цивилистов в качестве основания для классификации способов приобретения права собственности рассматривает такой критерий, как правопреемство, причисляя к первоначальным способам такие, в основе которых отсутствует правопреемство, и, соответственно, к производным – в которых правопреемство присутствует.

Значение приведенной классификации заключается в том, что в зависимости от того или иного способа приобретения права собственности правовое положение приобретателя может определяться по-разному.

Древнейшим первоначальным способом приобретения права собственности является фактическое завладение вещью, никому не принадлежа-

щей, либо такой, у которой никогда не было собственника (*res nullius*), с последующим присвоением и намерением удержать за собой.

Еще римскому частному праву был известен захват ничьих земель (завладение – *occupatio rei nullius*) как один из способов возникновения права собственности. В Законах XII таблиц был сформулирован принцип: "*Res nullius cedit primo occupanti*" (ничья вещь – собственность того, кто ею первым завладел).

Исторической предпосылкой к *occupatio rei nullius* являлось, прежде всего, наличие неосвоенных земель, лесов и т.д., соответственно, собственником признавался тот, кто первым начал обрабатывать эту землю. К числу объектов права собственности, которые приобретались таким способом, принадлежали вещи, которые до завладения не находились ни в чьей собственности.

Так, к объектам оккупации были отнесены прежде всего предметы дикой природы (птицы, звери, рыбы и т.п.). Согласно законам Древнего Рима, всякий, кто захватит и убьет дикое животное даже на чужой земле, становится его собственником. Как отмечает известный романист Ч. Санфилиппо, «...среди возможных здесь случаев особенно важны, исходя из римских представлений, охота и рыбная ловля» [2, с. 165-166].

Следующими объектами оккупации являлись вещи врагов. По общему правилу, недвижимые вещи переходили в собственность государства (D. 41.1, 51.1), а движимые – обращались в собственность лица, завладевшего ими [3, с. 171-172].

Брошенные вещи (*res derelicta*), т.е. вещи, от которых отказался собственник, также относили к объектам оккупации. Основное правило приобретения права собственности на такую вещь заключалось в следующем: «первый, кто подбирал такую выброшенную вещь, становился ее собственником» (D. 41.7.2.1) [4, с. 330].

Правила о завладении *res derelicta* изменялись на протяжении существования Римской империи. Так, в юстиниановскую эпоху доминировало мнение сабинианской школы, которая рассматривала ее как res nullius с того момента, как собственник ее оставил (в силу чего она представала как бы изначальным приобретением завладевшего ею лица), в то время, как прокулианская школа считала, что акт оставления, *derelictio*, – это есть *traditio in incertampersonam* (передача неопределенному лицу), т. е. оставление, совершенное с намерением, чтобы *res derelicta* приобрел тот неизвестный, который ими завладеет (и который, в силу этого, приобрел бы их по производному основанию), из чего следовало, что в отношении *res mancipi* соответствующее приобретение полной собственности должно будет осуществиться в связи с последующим приобретением за давностью [2, с. 165-166].

Современное гражданское законодательство Украины, Германии, Франции, Италии, Чехии и других зарубежных стран юридическим основанием признания права собственности на бесхозяйные движимые вещи признает факт завладения вещью, правовой статус которой аналогичен статусу *res nullius*.

Наиболее распространенными случаями завладения являются добыча полезных ископаемых, рыболовство и охота, сбор дикорастущих растений и т.д. [5, с. 363]. Разумеется, в настоящее время завладение осуществляется не стихийно, а регламентируется многочисленными актами лесного,

водного, сельскохозяйственного, горного и экологического законодательства [6, с. 81].

Тем не менее, гражданским законодательством зарубежных стран подробно регулируются отдельные случаи завладения. Так, например, Гражданский кодекс Германии (далее – ГК Германии) [7] содержит правила, предусматривающие возможность завладения диким животным и пчелиным роем, покинувшем свой улей, если собственник не начал немедленно преследовать пчел или отказался от преследования [8, с. 234–236].

Действующее гражданское законодательство стран континентальной системы права также содержит нормы, регламентирующие основания возникновения права собственности на вещь, присвоение которой стало возможным из-за того, что собственник от нее отказался (*res derelicta*). К таким вещам, в частности, относятся брошенные вещи, рыба и животные, добытые ранее на рыбной ловле или охоте. Могут быть присвоены голуби, перелетевшие из одной голубятни в другую, рыбы, переплывшие из водоема одного собственника в водоем другого собственника, если только он не переманил их мошенническим путем [8, с. 226].

В то же время право собственности не возникает, если присвоение вещи было запрещено законом или если захватом владения будет нарушено право присвоения, принадлежащее другому лицу (§ 956 ГК Германии).

Частные лица, как это признает, например, § 958 ГК Германии, а также ст. 6 книги 5 Гражданского кодекса Нидерландов (далее – ГК Нидерландов), могут стать субъектами присвоения исключительно движимых вещей. Государство как субъект присвоения признается собственником в отдельных случаях бесхозяйных движимых вещей, и всех бесхозяйных недвижимых вещей, в частности, земли. Так, согласно ст. 24 книги 5 ГК Нидерландов, недвижимые имущества, не имеющие собственника, принадлежат государству [5, с. 361–362]. Аналогичное правило закреплено в ст. 827 Гражданского кодекса Италии (далее – ГК Италии) [9].

Гражданский кодекс Украины (далее – ГК Украины) [10] также закрепляет правила приобретения права собственности на бесхозяйные движимые вещи путем присвоения, в зависимости от правового режима объекта возникающего правоотношения.

Статья 335 ГК Украины содержит законодательное определение бесхозяйной вещи как вещи, которая не имеет собственника или собственник которой неизвестен. Украинский законодатель, таким образом, указывает на то, что не может быть признано бесхозяйным имущество, собственник которого известен, но в это время неизвестно, где он находится, а также имущество, которым пользуются члены семьи собственника или которым управляют другие лица по поручению собственника.

Пунктом 2 ст. 335 ГК Украины предусматривается общее правило, согласно которому право собственности на бесхозяйные движимые вещи, как правило, приобретают физические лица, и только в исключительных случаях собственником указанных вещей может являться территориальная громада.

Порядок приобретения права собственности на движимую вещь путем завладения регулирует ст. 333 ГК Украины, согласно которой лицо, которое собрало ягоды, лекарственные растения, поймало рыбу либо завладело другой вещью в лесу, водоеме и т.п., является ее собственником, если

оно действовало в соответствии с законом, местным обычаем либо общим разрешением собственника соответствующего земельного участка.

Приобретение права собственности путем фактического завладения допускается только в тех случаях, когда сбор ягод, вылов рыбы, охота на диких зверей, добыча песка и т.д. не противоречит нормам отраслевого законодательства, например, земельного, лесного, водного. Например, в соответствии со ст. 95 Земельного кодекса Украины [11], землепользователь имеет право, если иное не установлено законом, использовать в установленном порядке для собственных нужд имеющиеся на земельном участке общераспространенные полезные ископаемые, торф, лесные угодья, водные объекты, а также другие полезные свойства земли.

Лесной кодекс Украины позволяет гражданам в порядке общего использования лесных ресурсов безвозмездно собирать для собственного потребления дикорастущие травяные растения, цветы, ягоды, орехи, другие плоды, грибы, кроме случаев, предусмотренных законодательством. Статья 66 Лесного кодекса Украины [12] непосредственно закрепляет положение, что «граждане имеют право в лесах государственной и коммунальной собственности, а также с согласия собственника в лесах частной собственности свободно находиться, безвозмездно и без выдачи специального разрешения собирать для собственного потребления дикорастущие травяные растения, цветы, ягоды, орехи, грибы и т.д., кроме случаев, предусмотренных этим Кодексом и другими законодательными актами Украины», при этом максимальные нормы сбора таких объектов устанавливаются специальными нормами.

Возникновение права собственности допускается также и в тех случаях, когда сбор или добыча соответствующих объектов производится согласно местным обычаям. Под местным обычаем следует понимать не предусмотренное законодательством, установившееся и широко применяемое в определенной местности правило поведения.

По нормам ст. 333 ГК Украины, право собственности может также возникать с согласия собственника соответствующего земельного участка при условии, что такое разрешение является общим, т.е. оно предоставлено неопределенному кругу лиц.

Статья 336 ГК Украины устанавливает правило, согласно которому лицо, завладевшее движимой вещью, от которой собственник отказался (сделав соответствующее заявление, либо совершив иные действия, свидетельствующие о его отказе от права собственности), приобретает право собственности на эту вещь с момента завладения ею.

От завладения следует отличать присвоение утерянной вещи. Римские юристы выделяли находку и правовой статус утерянной вещи, но не разработали правил ее присвоения.

По правовому статусу *res derelicta* отличались от утерянных вещей, поскольку собственник, утративший владение вещью, не утрачивал права собственности на нее. Вследствие указанного обстоятельства утерянные вещи не могли являться объектом присвоения, поскольку не являлись *res derelicta*.

Действующее гражданское право названных выше стран придерживается единого подхода относительно присвоения найденной вещи, однако национальное законодательство каждой страны обладает определенной спецификой. Так, способы приобретения права собственности на бесхо-

зяйные вещи сближаются со способами присвоения движимой вещи, вышедшей из владения собственника, который остается неизвестным в момент ее обнаружения другим лицом, то есть присвоения спрятанной вещи (клада) или оставленной вещи (находки). Поскольку предполагается возможность обнаружения собственника, право собственности нового собственника признается лишь по истечении определенного времени и при совершении определенных действий, например, публичного оповещения – в праве Германии, Чехии, Италии и т.д. [5, с. 363–364]. Так, например, ГК Италии в ст. 928 обязует мэра муниципалитета, на территории которого была найдена вещь, публиковать объявление о находке в соответствующем реестре в двух последовательных воскресных выпусках в течение трех дней.

Правила о находке в ГК Германии сформулированы традиционно. Параграф 965 обязывает нашедшего потерянную вещь возвратить ее собственнику или другому лицу, управомоченному на получение вещи, а если последний неизвестен, заявить в компетентное учреждение о находке. Если стоимость вещи составляет более десяти евро, заявление не требуется.

Скоропортящиеся вещи или вещи, которые для своего хранения требуют несоразмерных расходов, продаются с публичных торгов нашедшим их лицом. При хранении вещи нашедший отвечает только за причинение вреда по причине умысла или грубой неосторожности. Надо отметить, что аналогичные правила содержит ст. 337 ГК Украины.

По истечении шести месяцев с момента уведомления соответствующего органа о находке нашедший приобретает на нее право собственности. Исключение составляют случаи, когда в пределах указанного периода нашедшему станет известно лицо, имеющее право на находку.

В случае, если стоимость вещи составляет менее десяти евро– течение срока начинается с момента обнаружения находки. Если нашедший утаит находку в случае запроса, он не приобретает право собственности на нее (§ 973 ГК Германии). Если нашедший вещь откажется от ее приобретения – право собственности на находку приобретет община, на территории которой вещь была найдена.

Лицо, потерявшее вещь, имеет право потребовать ее от нашедшего или от общины, согласно обязательствам о неосновательном обогащении, также после истечения шестимесячного срока. Такое требование прекращается по истечении трех лет с момента перехода права собственности к нашедшему или общине.

Специальные правила установлены в отношении вещей, найденных в служебном помещении или в общественном транспорте. Такие вещи передаются служащим этих учреждений, вознаграждение выплачивается в меньшем размере, причем служащий или водитель транспорта не имеет права на такое вознаграждение (§ 978 ГК Германии), а выручка от продажи вещи, в случае необнаружения лица, ее потерявшего, поступает в федеральную казну либо общину (§ 980, 981 ГК Германии).

Французский гражданский кодекс (далее – ГК Франции) [13] не содержит прямой нормы о возможности присвоения утерянной движимой вещи. Французский законодатель в ст. 713 прямо закрепляет, что бесхозяйное имущество принадлежит коммуне, на территории которой оно находится. Право собственности на такое имущество может перейти к государству в силу закона, если коммуна откажется реализовать свои права.

В Италии найденная движимая вещь либо ее стоимость (в случае, если обстоятельства вынудили ее реализовать) может быть присвоена нашедшим ее лицом, но лишь в случае, если через год после опубликования сведений о найденной вещи не объявился ее собственник (ст. 929 ГК Италии).

Интересен в этом отношении подход чешского законодателя – в том случае, когда были найдены деньги, муниципалитет или иное лицо, которому была поручена вещь (деньги), могут ими только пользоваться, а не присвоить. Такое же правило устанавливается и для выручки за проданную вещь. Право собственности на деньги либо выручку переходит к указанным субъектам по истечении трех лет со дня обнаружения найденной вещи (ст. 1060 Гражданского кодекса Чешской Республики (далее – ГК Чехии)) [14].

В отношении утерянных вещей чешский законодатель закрепляет презумпцию права собственности муниципалитета, на территории которого была найдена вещь, либо иного лица, которому была поручена вещь. Так, согласно § 1052 ГК Чехии, если собственник найденной вещи не известен, нашедший обязан передать ее компетентному государственному органу. Вещь переходит в собственность указанных органов, если собственник не заявил о ее утере по истечении трех лет с момента объявления о находке.

Гражданские кодексы изучаемых стран закрепляют единое правило: в случае обнаружения собственника найденной вещи, нашедший вправе требовать от него вознаграждения. К примеру, в силу § 971 ГК Германии нашедший вещь может требовать вознаграждение за находку от лица, обладающего правом на получение вещи. Размер вознаграждения зависит от цены вещи и составляет при цене вещи до пятисот евро –5%, а свыше этой суммы – 3%, вознаграждение за находку животных – 3% от их цены, а также возмещения необходимых расходов на хранение и поддержание вещи в надлежащем состоянии, на обнаружение потерявшего ее лица.

ГК Чехии в § 1056 устанавливает обязательное вознаграждение нашедшему утерянную вещь в размере десятой части стоимости вещи, а в случае, если потерянная вещь имеет значение только для того, кто ее потерял, – нашедшему полагается вознаграждение за находку в соответствии с нормами приличия.

ГК Италии в ст. 930 устанавливает следующее правило вознаграждения: собственник должен заплатить 10% от суммы или стоимость вещи, однако если цена превышает 5,16 евро, вознаграждение составляет 20%. Если вещь не имеет коммерческой ценности, вознаграждение определяется судьей в соответствии с разумной оценкой.

В Украине правила завладения утерянной движимой вещью содержатся в ст.ст. 337–339 ГК Украины. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 337 ГК Украины, лицо, которое завладело движимой вещью, от которой отказался собственник, приобретает право собственности на эту вещь с момента завладения ею.

Для приобретения права собственности на найденную движимую вещь необходим не только факт ее обнаружения, но и фактическое завладение.

Лицо, которое нашло бесхозяйную движимую вещь, обязано сообщить о находке (как правило, полиции или органу местного самоуправления), а также возвратить найденную вещь собственнику либо титульному владельцу.

Лицо, нашедшее утерянную вещь, приобретает право собственности на нее по истечении 6 месяцев с момента подачи заявления о находке при условии, что не будет установлен собственник, либо иное лицо, которое имеет право требования возврата утерянной вещи, либо собственник или титульный владелец не заявили о своем праве на возврат утерянной вещи.

Интересно отметить, что ГК Украины в некоторых случаях более подробно регулирует особенности приобретения транспортных средств, чего не отмечено в зарубежном законодательстве. Так, например, в специальном порядке возникает право собственности на найденные транспортные средства, которые, по общему правилу, передаются на хранение полиции, о чем делается объявление в печатных средствах массовой информации. И в том случае, если в течение 6 месяцев со дня опубликования указанного объявления собственник или иное лицо, имеющее право требовать его возврата, не будут обнаружены либо не заявят о своих правах на транспортное средство, полиция имеет право продать его, а сумму выручки внести на специальный счет в банке.

В течение трех лет собственник найденного транспортного средства имеет право требования суммы, вырученной от продажи его вещи. По истечении указанного срока вырученная от продажи сумма переходит в собственность территориальной громады, на территории которой было найдено транспортное средство.

Статья 339 ГК Украины содержит правило, согласно которому в случае, если собственник утерянной вещи был найден и заявил требование о ее возврате, лицо, нашедшее вещь, имеет право требовать от собственника компенсации расходов по содержанию вещи, а также требовать вознаграждение (до 20% от стоимости вещи).

В отдельных случаях право собственности на найденную вещь переходит к территориальной громаде, например, по письменному заявлению лица, которое нашло утерянную вещь.

Под кладом (*thesaurus*) римские юристы понимали ценное движимое имущество, которое так долго было скрыто, что после его обнаружения установить собственника невозможно. Поэтому основание приобретения клада связано в большей степени с невозможностью разыскать собственника, нежели с его несуществованием, потому что теоретически собственником должен был бы быть в конечном счете некий наследник лица, сокрывшего в древности этот клад.

Приобретение права собственности на клад напрямую зависело от способа обнаружения клада.

По первоначальным воззрениям, клад рассматривался как элемент поверхности земельного участка, и поэтому к нему применялся принцип *superficies solo cedit*, последовательное применение которого приводит с неизбежностью к выводу, что клад принадлежал только собственнику земли (D. 41. 2. 3. 3) [15, с. 258]. Однако, при императоре Адриане (II в. н. э.) клад стал трактоваться как самостоятельный способ установления права собственности. При этом действовали следующие правила. Нашедший клад (*inventor thesauri*) сохранял клад для себя полностью, если обнаруживал его на собственной земле или на священном участке. Если он находил его случайно на чужой земле (например, арендатор при культивации земли), то получал половину как награду за то, что вернул обществу утраченные сокровища; вторую половину получал собственник земли.

Если клад найден на публичном месте (например, он был закопан рядом с публичной дорогой), нашедший клад делил его с фиском (императорской казной), причем если он не сообщал о находке фиску, то утрачивал право на свою долю и обязан был отдать весь клад государству [15, с. 258].

Намеренно открытый клад, в тайне от собственника, целиком принадлежит собственнику имущества или земли. В неприкосновенном (священном или погребальном) месте искать клад запрещено, но случайно нашедший клад становится его собственником [3, с. 172].

И если римляне относили к кладу, как правило, только монеты, то в современной цивилистике под кладом понимают деньги, валютные ценности и другие вещи, которые имеют особую ценность. Для правовой категории «клад» также важным условием является то, что вещи, представляющие особую ценность, должны быть скрыты (в стене, земле и т.д.), т.е. если такие вещи находятся, что называется, на виду, кладом они признаваться не могут.

В соответствии со ст.ст. 5, 13 Книги 5 ГК Нидерландов, кладом признается такая ценная вещь, которая оставалась скрытой настолько долго, что вследствие этого собственник вещи не может быть установлен, однако даже при таком определении клада для приобретения права собственности на него необходимо заявить о его обнаружении в порядке, установленном законом, и соблюсти иные требуемые формальности [5, с. 363-364].

В § 984 ГК Германии также содержатся правила о приобретении права собственности на клад. Так, кладом признается вещь, скрытая так долго, что установить собственника стало невозможно. Право собственности на клад приобретают в равных долях лицо, нашедшее вещь, и собственник имущества, в котором был сокрыт клад.

Итальянский гражданский кодекс, в ст. 932, определяет клад как ценную вещь, на которую никто не может доказать своих прав, спрятанную или закопанную. Она принадлежит собственнику недвижимого имущества (здания или участка), где эта вещь была найдена. Если клад найден на чужом участке, открыт случайно (без предварительных договоренностей между собственником и лицом, которое его открыло), то стоимость клада делится поровну между нашедшим клад и собственником соответствующей недвижимости [8, с. 242–243].

Аналогичное правило применяется, если клад был обнаружен в чужой движимой вещи. В том случае, если клад представляет собой объект исторического, палеонтологического, художественного интереса, соблюдаются положения специальных законов.

Гражданский кодекс Франции в ст. 716 определяет клад как любую спрятанную либо зарытую вещь, на которую никто не может доказать свое право собственности и которая обнаружена совершенно случайно. Правила присвоения клада, согласно нормам ГК Франции, не отличаются от правил государств – соседей, право собственности на клад принадлежит собственнику земельного участка, на котором он обнаружен, если клад найден на чужом участке – половина клада принадлежит тому, кто его нашел, а другая половина – собственнику участка.

Гражданской кодекс Чехии содержит нормы о находке скрытой вещи в § 1063-1065. Так, § 1063 ГК Чехии определяет клад как вещь, которая зарыта, замурована или скрыта другим способом. В случае открытия клада по аналогии применяются нормы о приобретении права собственности при

находке потерянной вещи, однако нашедшему не положено вознаграждение за находку, если собственник знал о потерянной вещи.

В Чехии, как правило, клад переходит в собственность государства, края либо муниципалитета на основании специальных нормативно-правовых актов, однако если предмет не представляет особой культурной, археологической либо иной ценности, в таком случае нашедший клад делит поровну стоимость клада с собственником земельного участка по взаимной договоренности. В случае, если лицо было привлечено для поиска и обнаружения, последнему полагается вознаграждение за поиски, при условии, что это было оговорено.

Законодательство КНР определяет клад как тайник, собственник которого неизвестен. Он поступает в собственность государства. Организация, которой было сдано обнаруженное, обязана выразить благодарность сдавшей обнаруженное организации или лицу либо материально поощрить их. Найденная потерянная вещь, бродячие животные или потерявшиеся домашние животные должны быть возвращены собственнику; расходы, понесенные в этой связи, возмещаются потерявшим лицом [16].

ГК УССР 1963 г. регулировал отношения, связанные с возникновением права собственности путем присвоения находки, практически аналогично тому, как эти отношения регулируются в настоящее время в КНР. С принятием и вступлением в законную силу ГК Украины 2003г. правовое регулирование присвоения клада (как способа приобретения права собственности) принципиально изменилось.

Так, в соответствии со ст. 343 ГК Украины, кладом являются закопанные в земле или сокрытые иным способом деньги, валютные ценности, другие ценные вещи, собственник которых неизвестен или по закону утратил на них право собственности.

Украинский законодатель в ст. 343 ГК Украины устанавливает следующие правила для приобретения права собственности на клад: право собственности на клад приобретает лицо, которое обнаружило этот клад; если клад был скрыт в имуществе, принадлежавшем на праве собственности другому лицу, то лицо, обнаружившее его, и собственник имущества, в котором клад был скрыт, приобретают в равных долях право общей долевой собственности на него (при наличии согласия собственника на поиск клада); если такого согласия не было, право собственности возникает у собственника имущества, в котором клад был найден.

В отдельных случаях право собственности на клад может возникнуть у государства Украина, например, если обнаруженные вещи представляют культурную ценность (например, являются памятниками истории). В таком случае, лицо, обнаружившее клад, имеет право на получение от государства вознаграждения в размере до 20% от его стоимости на момент обнаружения. Если памятник истории и культуры был обнаружен в имуществе, принадлежащем другому лицу, его собственник, а также лицо, обнаружившее клад, имеют право на вознаграждение в размере до 10% от стоимости клада каждый.

Выводы. Подводя итоги, следует отметить, что положения гражданского законодательства Германии, Нидерландов, Италии, Чехии, Китая, регулирующие приобретение права собственности на движимое имущество, имеют определенное сходство с соответствующими нормами гражданского законодательства Украины. В частности, нормы о завладении бесхозяйной

вещью (ст. 336 ГК Украины), присвоении (ст. ст. 333, 336 ГК Украины), находке (ст. ст. 337, 338 ГК Украины), о находке клада (ст. 343 ГК Украины) имеют, как правило, общие условия для возникновения права собственности у нового собственника. Наряду с этим, отличаются сроки для возникновения права собственности. В некоторых случаях круг новых собственников регулируется в законодательстве отдельных стран по-разному (от возможности приобретения вещи в собственность физическим лицом до приобретения права собственности только государством). Также отличается подход к расчету вознаграждения лицу, нашедшему клад: от вынесения благодарности до 50% от стоимости найденного клада.

Список литературы

1. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: закон України від 18.03.2004 року № 1629–IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435–15 (дата звернення: 02.04.2018).
2. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / Ч.Санфилиппо: под ред. Д. В. Дождева: пер. с итал. И. И. Маханькова. М.: БЕК, 2002. 400 с.
3. Строгецкий В. М. Римское право: учебное пособие / В. М. Строгецкий. М.–Берлин: Директ-Медиа, 2014. 441 с.
4. Римське право: підруч. / О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов: МОН України. 2-ге вид. К.: Юрінком Інтер, 2009. 528 с.
5. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник: отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. Изд. 4-е, перераб. и доп.: в 2-х т. Т. I. М.: Междунар. отношения, 2006. 560 с.
6. Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / И. А. Зенин. М.: Юрайт, 2018. 227 с.
7. Гражданский кодекс Федеративной Республики Германии. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html (дата обращения: 02.04.2018).
8. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование / В. В. Залесский [и др.]. М.: Норма, 1999. 648 с.
9. Гражданский кодекс Италии. URL: http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile (дата обращения: 02.04.2018).
10. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 року № 435–15. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435–15 (дата звернення: 02.04.2018).
11. Земельний кодекс України: закон України від 25.10.2001 року № 2768–III. URL:http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14/ed20130101 (дата звернення: 02.04.2018).
12. Лісовий кодекс України: закон України від 21.01.1994 року № 3852–XII. URL: http: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3852-12 (дата звернення: 02.04.2018).
13. Гражданский кодекс Франции. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=450290 (дата обращения: 02.04.2018).
14. Гражданский кодекс Чешской Республики. URL: http://anesro.com/downl/zakon/89-2012_Sb.pdf (дата обращения: 02.04.2018).
15. Зайков А. В. Римское частное право в систематическом изложении: учебник / А. В. Зайков. М.: Русский Фонд Содействия Образованию и Науке, 2012. 480 с.
16. Законодательство Китая. Гражданское право. Закон КНР «О вещных правах». URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_real_right (дата обращения: 02.04.2018).

Стаття надійшла до редакції 19.05.2018

Є. М. Корнеєва
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА БЕЗХАЗЯЙНІ РУХОМІ РЕЧІ ШЛЯХОМ ЗАВОЛОДІННЯ, ПРИСВОЄННЯ ЗНАХІДКИ І ЗНАХІДКИ СКАРБУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Резюме

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів набуття права власності на безхазяйні рухомі речі шляхом заволодіння, присвоєння знахідки, знахідки скарбу за цивільним законодавством України, Німеччини, Франції, Італії, Чехії, Нідерландів та Китаю.

Зроблено висновок, що незважаючи на певну схожість законодавчих положень, які регулюють відповідні суспільні відносини, у зазначених країнах існують і відмінності, що полягають у встановленні різних строків для набуття права власності; в окремих випадках – кола нових власників (від можливості набуття речі фізичною особою до набуття права власності лише державою); різних підходів до розрахунку винагороди особі, що знайшла річ, тощо.

Ключові слова: набуття права власності, безхазяйна рухома річ, заволодіння, знахідка, скарб.

E. M. Korneyeva
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE ACQUISITION OF OWNERSHIP OF THE ORPHANED MOVABLES BY APPROPRIATION, LARCENY BY FINDER AND FINDING OF TREASURES BY THE CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE AND SEPARATE FOREIGN COUNTRIES

Summary

The article is devoted to the research of separate aspects of the acquisition of ownership of the orphaned movables by appropriation, larceny by finder and finding of treasures by the civil legislation of Ukraine, Germany, France, Italy, the Czech Republic, the Netherlands and China.

The conclusion is drawn that despite a certain similarity of the legislative provisions governing the corresponding public relations in specified countries there are also distinctions which consist in establishment: of the terms for acquisition of property rights; in some cases – the circle of new owners (from a possibility of acquisition of a thing by the natural person before acquisition of property right only by the state); various approaches to calculation of remuneration of the person who found a thing, and so forth.

Key words: acquisition of property right, orphaned movable, appropriation, find, treasure.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134155
УДК 347.9

Т. О. Гуржій
доктор юридичних наук, професор
Київський національний торговельно-економічний університет,
кафедра адміністративного, фінансового та інформаційного права
вул. Кіото, 19, Київ, 02156, Україна

Є. О. Музичка
кандидат економічних наук
Національний університет харчових технологій,
кафедра туристичного та готельного бізнесу
вул. Володимирська, 68, Київ, 01601, Україна

ПРИМУСОВЕ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕНЬ НА МАЙНО БОРЖНИКА

Стаття присвячена аналізу практичних та нормативно-правових питань примусового звернення стягнень на майно боржника. Висвітлено актуальні проблеми примусового виконання рішень майнового характеру, зроблено висновок про їх обумовленість недоліками правового регулювання. Визначено місце звернення стягнення на майно боржника в системі заходів примусового виконання рішень майнового характеру. Розглянуто особливості звернення стягнень на окремі види майна. Обґрунтовано доцільність обов'язкового залучення суб'єкта оціночної діяльності до оцінки майна, що вилучається в примусовому порядку.

Ключові слова: примусове виконання, виконавче провадження, рішення майнового характеру, боржник, стягнення.

Постановка проблеми. Актуальність статті зумовлена тим, що виконання рішень суду та інших юрисдикційних органів – це важливий критерій, за яким громадянське суспільство оцінює спроможність, ефективність і чесність влади. Забезпечення реального виконання таких рішень є безумовним завданням держави, що має виконуватись безкомпромісно. Без реалізації законного рішення втрачається сенс попередньої діяльності органів публічної адміністрації, які уповноважені на забезпечення прав людини. Невиконання таких рішень негативно впливає на авторитет державної влади, оскільки в цьому разі не досягається призначення правосуддя – забезпечення ефективного поновлення у правах.

Протягом останніх років держава здійснила ряд послідовних кроків, спрямованих на вдосконалення правових та організаційних засад виконавчого провадження. Ключовим із них стало прийняття нової редакції Закону України «Про виконавче провадження», яка запровадила інститут приватних виконавців, запровадила Єдиний реєстр боржників, сприяла автоматизації виконавчих процедур, забезпечила оптимізацію строків виконавчого провадження, посилила відповідальність боржників, модернізувала механізми адміністрування авансового внеску та виконавчого збору, надала можливість для реалізації арештованого майна шляхом його прода-

жу на електронних торгах [1]. Крім того, цей крок обумовив системне оновлення підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють відносини в сфері примусового виконання судових рішень, зокрема тих, що передбачають звернення стягнень на майно боржника. Масштабність цих змін диктує необхідність аналізу сучасного стану правового та організаційного забезпечення виконавчого провадження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій дозволяє стверджувати, що правові та організаційні аспекти примусового виконання судових рішень у своїх працях розглядали такі вчені, як О. Б. Верба, А. В. Гуржій, С. П. Корнейчук, С. Я. Фурса та інші. Проте зазначені автори висвітлюють здебільшого питання примусового звернення стягнень на майно боржника лише фрагментарно та, як правило, в контексті суміжної проблематики.

Метою статті є комплексний аналіз правового та організаційного забезпечення звернення стягнень на майно боржника в сучасній Україні.

Виклад основного матеріалу. На сучасному етапі розвитку системи виконавчого провадження важливі аспекти примусового звернення стягнення на майно боржника регламентуються досить широким колом законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів: Законом України «Про виконавче провадження», Цивільним процесуальним Кодексом України [7], Податковим кодексом України [8], Законом України 01.07.2004 № 1952-IV «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [9], Постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.2015 № 1127 «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [10], Наказом Міністерства юстиції України від 30.09.2016 № 2832/5 «Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень» [11] та іншими. Така розгалуженість системи нормативно-правового регулювання потребує від учасників виконавчого провадження (особливо від державних і приватних виконавців) комплексного підходу до їх аналізу та застосування в ході виконання судових та адміністративних рішень

Як свідчить правозастосовна практика, переважна більшість випадків примусового виконання судових або адміністративних рішень стосуються справ майнового характеру, тобто справ про порушення майнового права. Із метою примусового виконання рішень майнового характеру в рамках виконавчого провадження здійснюється комплекс специфічних заходів. Найпоширенішим із них є звернення стягнення на майно боржника, яке полягає в його арешті, вилученні та примусовій реалізації. Без перебільшення можна констатувати, що звернення стягнення на майно боржника треба віднести до найдієвіших та найефективніших способів примусового виконання рішень судів та інших органів.

Так, за даними ДВС України, у 2014–2015 роках звернення стягнень на майно боржника здійснювалось у 13256 та 13765 справах відповідно, що свідчить про суттєве місце звернення стягнення на майно боржника порівняно з іншими видами заходів примусового виконання рішень майнового характеру [12, 13]. Сьогодні (станом на 1.02.2018 року) узагальнений облік із питань примусового виконання судових та адміністративних рішень не здійснюється, що обумовлено інтеграцією Державної виконавчої служби в структуру Міністерства юстиції України та скороченням її аналітичних підрозділів.

Однак про велику питому вагу стягнень на майно боржників можна судити з офіційної доповіді заступника Міністра юстиції С. Шкляра про результати роботи виконавчої служби у 2017 році, оприлюдненої на сайті Мін'юсту. Як випливає з доповіді, за звітний період органами ДВС у рамках примусової реалізації майнових рішень було стягнуто до Державного бюджету понад 1,3 млрд грн, що становить понад 60% від загальної суми стягнутих коштів [14]. Аналогічні показники спостерігаються в діяльності окремих територіальних органів ДВС. Так, за даними Головного територіального управління юстиції в Полтавській області, протягом 2017 року територіальними органами ДВС за рахунок реалізації арештованого та конфіскованого майна було стягнуто 21.227 тис. гривень (тобто, понад 63% від стягнутих коштів [15].

Слід зазначити, що інколи навіть тільки спроби звернути стягнення на майно боржника мають достатній позитивний ефект впливу на боржника. У значній кількості випадків сума боргу сплачується боржником добровільно та необхідність провадження подальших виконавчих дій по реалізації майна відпадає.

Аналіз положень Закону України «Про виконавче провадження» та ЦПК України свідчить, що застосування стягнення на майно боржника можливе з урахуванням наступних умов:

1) стягнення на майно боржника звертається у разі відсутності у боржника готівкових коштів, коштів та інших цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача боржника у гривнях та іноземній валюті, інших цінностей, у тому числі коштів на рахунках і вкладах боржника у банках та інших фінансових установах, на рахунках у цінних паперах у депозитаріях цінних паперів;

2) стягнення на майно боржника звертається в розмірах і обсягах, потрібних для виконання за виконавчими документами, з урахуванням стягнення виконавчого збору, витрат на проведення виконавчих дій, штрафів, накладених на боржника під час виконавчого провадження;

3) у разі якщо боржник володіє майном спільно з іншими особами, стягнення звертається на його частку, що визначається судом за поданням державного або приватного виконавця;

4) у разі якщо сума, що підлягає стягненню за виконавчим провадженням не перевищує десяти розмірів мінімальної заробітної плати, звернення стягнення на єдине житло боржника та земельну ділянку, на якій розташоване це житло, не здійснюється. У такому разі державний виконавець зобов'язаний вжити всіх заходів для виконання рішення за рахунок іншого майна боржника;

5) звернення стягнення на будинок, квартиру, інше приміщення, земельну ділянку, що є нерухомим майном, провадиться у разі відсутності в боржника достатніх коштів чи рухомого майна;

6) боржник має право вказати ті види майна чи предмети, на які необхідно звернути стягнення у першу чергу, хоча остаточно черговість стягнення на кошти та інше майно боржника визначає державний або приватний виконавець;

7) боржник має право визнати черговість реалізації майна, на яке накладено арешт, якщо це не впливає на результативність виконання;

8) звернення стягнення на майно боржника поширюється також на те майно, яке перебуває в інших осіб, але належить боржнику.

При дотриманні зазначених умов слід ураховувати обмеження щодо звернення стягнення на окремі види майна та предмети, що належать боржникові на праві власності або є його часткою у спільній власності, необхідні для боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні, перелік яких визначено законодавством.

Звернення стягнення на майно боржника полягає в застосуванні державними або приватними виконавцями таких заходів забезпечення його виконання: 1) його виявлення; 2) опис та арешт, вилучення; 3) оцінка і примусова реалізація.

Слід зазначити, що залежно від типу майна (рухоме чи нерухоме) конкретні способи його виявлення для звернення можуть бути різними. Стаття 181 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) містить легальні поняття нерухомих та рухомих речей [16]. До нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення (будинки, квартири, гаражі, склади, виробничі споруди). Режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Рухомими речами є речі, які можна вільно переміщувати у просторі (побутова техніка, автомобілі, одяг).

Початковою дією при зверненні стягнення на майно боржника є його виявлення, якщо воно не було описане на забезпечення виконання рішення суду. Способи виявлення майна можуть бути різні, але серед них важливе значення має реалізація виконавцем наданого йому права здійснювати окремі заходи примусу, а саме: входити до приміщень і сховищ, що належать боржникам або зайняті ними, провадити огляд зазначених приміщень і сховищ, примусово відкривати їх в установленому порядку, опечатувати ці приміщення і сховища, а також одержувати від інших осіб необхідні для проведення виконавчих дій пояснення, довідки, іншу інформацію.

Виявленню майна сприяє особиста участь у проведенні виконавчих дій стягувача та залучених до провадження представників поліції, органів опіки і піклування, інших органів і установ.

Шляхи виявлення майна боржника можуть полягати у вчиненні державним або приватним виконавцем таких дій: подання запитів до відповідних органів (Державної фіскальної служби України, Центрів надання послуг у сфері безпеки дорожнього руху, Державної реєстраційної служби Мінюсту тощо); перевірки майнового стану за місцем проживання боржника; перевірки майнового стану в інших місцях, де може знаходитися майно боржника (зокрема, на дачі чи в гаражі фізичної особи; в складських приміщеннях, орендованих юридичною особою-боржником).

При цьому виконавець має право одержувати безоплатно від державних органів, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, посадових осіб, сторін та інших учасників виконавчого провадження необхідні для проведення виконавчих дій пояснення, довідки та іншу інформацію, в тому числі конфіденційну. Відповідне право закріплене у ст. 18 Закону України від 02.06.2016 № 1404-VIII, «Про виконавче провадження» [1, ст.18]. Виходячи з цього, неможливо окреслити все коло заходів для виявлення майна боржника. Пов'язано це з тим, що кожне виконавче

провадження є унікальним. Тому й майно можна виявити різними способами в будь-якому місці.

Досить дієвими є бесіди зі стягувачем та боржником, сусідами останнього (по житлу, гаражу), колегами по роботі тощо. Такі бесіди не можуть бути примусовими, вони мають виключно добровільний характер. При цьому інформація, отримана виконавцем, не може вважатися абсолютно достовірною. Вона підлягає обов'язковій перевірці, зокрема, шляхом виїзду за вказаною адресою для безпосереднього виявлення майна. Законодавчо неможливо передбачити всі життєві ситуації, які можуть виникати в практиці виконавця. Зважаючи на це, йому надається певна процесуальна свобода для прийняття найвдалішого щодо ситуації, яка склалася, рішення.

Результати опитування виконавців, проведеного вітчизняним ученим С. П. Корнейчуком, засвідчили, що найчастіше майно боржника виявляється шляхом подання запитів до відповідних органів (Державної фіскальної служби України, Центрів надання послуг у сфері безпеки дорожнього руху, Державної реєстраційної служби Мінюсту тощо). Крім того, ефективними способами встановлення майна боржника було визнано: перевірку майнового стану боржника за місцем проживання або в інших місцях (зокрема, на дачі чи в гаражі фізичної особи; в складських приміщеннях, орендованих юридичною особою-боржником), а також проведення бесід зі стягувачем та боржником, сусідами останнього (по житлу, гаражу, дачі), колегами по роботі тощо.

Особливості звернення стягнення на рухоме майно полягають у тому, що воно, як правило, ніде не зареєстроване. Єдиний виняток становлять транспортні засоби. Виявлення зареєстрованих на ім'я боржника транспортних засобів виконавцем здійснюється шляхом доступу до Національної автоматизованої інформаційної системи Департаменту превентивної діяльності (НАІС ДПД) Національної поліції України, який надається відповідно до спільного наказу МВС України та Міністерства юстиції України від 08.10.2012 № 1480/5/868 «Про організацію роботи щодо інформаційної взаємодії Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України та Державної виконавчої служби України» [17].

В інших випадках рухоме майно на практиці виявляється шляхом виїзду виконавця на місце проживання (якщо боржником є фізична особа) або місцем знаходження (якщо боржником є юридична особа) [18, с. 361–362] з метою перевірки майнового стану боржника.

Відповідно до Закону України «Про виконавче провадження» (в редакції 2016 року), виконавець має право безперешкодного входження в приміщення боржника, або в приміщення, де знаходиться майно, що йому належить. Але на практиці застосування цієї норми суттєво ускладнене. Пов'язано це з тим, що, відповідно до статті 30 Конституції України, кожному громадянину гарантована недоторканість житла: не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше, як за вмотивованим рішенням суду [19].

Що стосується звернення стягнення на майно боржника, то Конституційний суд України визначив, що питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння боржника – фізичної особи або особи, в якої знаходиться майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб, вирішується судом за місцезнаходженням житла чи іншого володіння особи за поданням державного виконавця [20]. Але, як неважко

помітити, в даному рішенні мова йде про примусове вилучення вже виявленого майна. Що ж стосується проникнення в житло для його виявлення, то відповідного права закон виконавцю не надає.

Отже, виконавець отримує змогу ввійти до житлового приміщення боржника, як правило, лише за згоди останнього. Для примусового входження потрібне вмотивоване рішення суду [21]. Хоча в окремих випадках, зокрема, якщо виконавець виконує рішення суду про стягнення суми заборгованості, таке рішення йому може бути надане.

Під час проведення перевірки майнового стану боржника для здійснення опису майна або складання акту про відсутність майна у боржника слід залучати понятих. Порядок залучення понятих до провадження виконавчих дій урегульовано ст. 22 Закону України «Про виконавче провадження». При цьому будь-які виконавчі дії можуть провадитися за присутності понятих, але є випадки, коли їх присутність є обов'язковою, зокрема при вчиненні виконавчих дій, пов'язаних із примусовим входженням до нежилих приміщень і сховищ, в яких зберігається майно боржника або майно стягувача, яке має бути повернуте йому в натурі; примусовим входженням до жилих будинків, квартир для забезпечення примусового виселення та вселення в них; примусовим входженням до будинків, квартир та інших приміщень, в яких знаходиться дитина, яка має бути передана іншим особам відповідно до рішення суду; при проведенні огляду, арешту, вилучення і передачі майна.

Щодо виявлення майна, яке перебуває під заставою, то відомості про заставу нерухомого майна можна отримати з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, до якого вносяться відомості про зареєстровані речові права на нерухоме майно та їх обтяження. Натомість відомості про заставу рухомого майна за договорами застави, посвідченими в нотаріальному порядку, а також інші відомості про заставу рухомого майна можна отримати у держателя Державного реєстру застав рухомого майна у відповідних обласних відділах Державної реєстраційної служби України. Відомості про заставу рухомого майна за договорами застави, які не посвідчуються у нотаріальному порядку, можна отримати, тільки ознайомившись зі змістом таких договорів, оскільки відомості про них не вносяться до Державного реєстру.

Певну специфіку має порядок звернення стягнення на майно боржника-юридичної особи [23, с. 184–185]. У таких випадках виконавець може звернути стягнення на кошти, що перебувають у касах або інших сховищах боржника, а також у банках чи інших фінансових установах. Інформацію про рахунки боржника він отримує в органах доходів і зборів або в інших органах, підприємствах, установах та організаціях, а також із повідомлень стягувача.

У разі відсутності у боржника-юридичної особи коштів, достатніх для покриття заборгованості, стягнення звертається на інше майно, належне боржникові-юридичній особі на праві власності або закріплене за ним (за винятком майна, виключеного з обороту або обмежуваного в обороті) незалежно від того, хто фактично використовує це майно.

Якщо мова йде про податковий борг, який виник за операціями, що виконувалися в межах договорів про спільну діяльність, у податкову заставу передається майно платника податків, відповідального за перерахування податків до бюджету та/або майно, яке є результатом спільної діяльності

платників податків. У разі недостатності майна такого платника податків у податкову заставу передається майно інших учасників договору про спільну діяльність, пропорційно їх внеску в спільну діяльність.

На зазначене майно накладається арешт. Відповідне рішення оформлюється постановою державного або приватного виконавця, а у разі забезпечення податкового боргу рішення про адміністративний арешт майна приймає керівник (його заступник або уповноважена особа) відповідного органу ДФС України.

Арештоване майно реалізується в такій черговості: у першу чергу – майно, яке безпосередньо не використовується у виробництві (цінні папери, кошти на депозитних та інших рахунках боржника, валютні цінності, легковий автотранспорт, предмети дизайну офісів та інше майно, готова продукція (товари); у другу чергу – інші матеріальні цінності, які безпосередньо не використовуються у виробництві; у третю чергу - об'єкти нерухомого майна, верстати, обладнання, інші основні засоби, а також сировина і матеріали, призначені для здійснення виробництва [24, с. 181–85]. У разі накладення арешту на майно третьої черги, що належить боржнику-юридичній особі, виконавець у 3-денний строк повідомляє власника або уповноважений ним орган, до сфери управління якого належить майно, та у разі необхідності – Фонд державного майна України (далі – ФДМУ) про накладення арешту на майно боржника-юридичної особи, а також дані про склад і вартість майна, на яке накладено арешт, і про розмір вимог стягувача.

Якщо арешт накладається на майно тих підприємств, які мають стратегічне значення для державної та економічної безпеки, виконавець у 3-денний строк повідомляє ФДМУ про такий арешт, інформує його про склад і вартість арештованого майна, а також про розмір вимог стягувача. У разі отримання від ФДМУ або органу, у віданні якого перебуває підприємство-боржник, повідомлення щодо порушення справи про банкрутство боржника, виконавець має право звернутися до суду із заявою про відстрочку виконання рішення.

Слід пам'ятати, що, відповідно до Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» від 29 листопада 2001 року № 2864-III, в Україні встановлено мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств та господарських товариств, частка держави у статутних фондах яких становить 25 відсотків і більше. Разом із тим дія мораторію не поширюється на примусову реалізацію майна з метою погашення заборгованості перед НАК «Нафтогаз України» та її дочірніми підприємствами, які здійснюють постачання природного газу.

Тож, якщо господарським судом було порушено справу про банкрутство боржника, а на вимогу стягувача поширюється дія запровадженого судом мораторію, державний або приватний виконавець зупиняє вчинення виконавчих дій на підставі ст. 34 Закону України «Про виконавче провадження».

У випадку, коли сума коштів, отримана від продажу майна комунального підприємства, внесеного в податкову заставу, не покриває податкового боргу та витрат на проведення публічних торгів, а також за відсутності в нього майна, яке підлягає внесенню в податкову заставу та відчуженню, контролюючий орган повинен звернутися до органу виконавчої влади чи місцевого самоврядування, у віданні якого перебуває таке підприємство,

з клопотанням про: а) виділення коштів місцевого бюджету для сплати боргу; б) схвалення плану досудової санації боржника, якою передбачено погашення податкового боргу; в) ліквідацію платника податків (зокрема, про створення ліквідаційної комісії); г) оголошення банкрутства платника податків.

Якщо ж податковим боржником є державне (в т. ч. казене) підприємство, яке не підлягає приватизації, то в аналогічній ситуації контролюючий орган може клопотати перед уповноваженим органом виконавчої влади про: компенсацію податкового боргу за рахунок бюджетних коштів, призначених для утримання цього органу; досудову санацію платника податків за рахунок держбюджетних коштів; ліквідацію платника податків; виключення податкового боржника з переліку об'єктів, які не підлягають приватизації (таке рішення дає змогу порушити справу про банкрутство).

Існують особливості примусового звернення стягнення на нерухоме майно боржника, які полягають в наступному. Відповідно до чинного законодавства, звернення стягнення на об'єкти нерухомого майна здійснюється у разі відсутності в боржника достатніх коштів чи рухомого майна. При цьому, в першу чергу, звертається стягнення на окрему від будинку земельну ділянку, інше приміщення, що належать боржнику. В останню чергу звертається стягнення на житловий будинок чи квартиру, в якому фактично проживає боржник [25, с. 253–261; 26, с. 7–8].

Аналітичні дані діяльності Державної виконавчої служби свідчать, що звернення стягнення на нерухоме майно раніше здійснювалось не так уже й часто з огляду на складність виявлення такого майна або ж у зв'язку з його відсутністю в боржника. Однак із часом кількість подібних звернень зростає, не в останню чергу завдяки покращенню роботи Реєстрів нерухомого майна та посиленню взаємодії державних і приватних виконавців та реєстраційними підрозділами Міністерства юстиції України.

Відповідно до ч. 3 ст. 50 Закону України «Про виконавче провадження», при зверненні стягнення на будинок, квартиру, земельну ділянку чи інше нерухоме майно, державний або приватний виконавець шляхом подання запиту з'ясовує в реєстраційних органах інформацію про належність майна боржнику, а також про наявність чи відсутність його арешту. У свою чергу, п. 9 Інструкції з організації примусового виконання рішень (див.: наказ Міністерства юстиції України від 30.09.2016 № 2832/5) роз'яснює, що запит виконавця є письмовим документом, обов'язковим для виконання всіма органами, установами, організаціями, посадовими особами і фізичними особами в частині надання документів, необхідних для здійснення виконавчого повноваження та вчинення інших дій, необхідних для виконання рішення.

Але в сучасній практиці примусового виконання майнових рішень ця процедура є значно простішою. Вона здійснюється шляхом безпосереднього доступу виконавців до відповідних державних реєстрів (Реєстру прав власності на нерухоме майно, Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, Державного реєстру іпотек). Так, відповідно до п. 1 Порядку доступу до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.2015 № 1127, інформація з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно надається приватним виконавцям в електронній формі шляхом забезпечення безпосереднього доступу до реєстру, за умови ідентифікації його

особи за допомогою електронного цифрового підпису. У свою чергу, державні виконавці мають аналогічний доступ до цього та інших реєстрів нерухомості на підставі Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» та Порядку надання ідентифікаторів доступу до Єдиних та Державних реєстрів, держателем яких є Міністерство юстиції України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 15 грудня 2015 року № 2586/5.

На наш погляд, положення щодо використання державними та приватними виконавцями інформації державних реєстрів для з'ясування належності майна боржнику на праві власності, повинна знайти відображення у ст. 50 Закону України від 02.06.2016 № 1404-VIII «Про виконавче провадження».

Як зазначалося вище, у випадку виявлення майна, достатнього для здійснення виконавчого провадження, виконавець застосовує такий захід адміністративного примусу, як *арешт майна*, який полягає у проведенні його опису, оголошенні заборони розпоряджатися ним, а при необхідності – в обмеженні права користування майном чи його вилученні у боржника та передачі на зберігання іншим особам.

Арешт майна застосовується з метою: 1) забезпечення збереження майна боржника, що підлягає подальшій передачі стягувачу або реалізації; 2) виконання рішення про конфіскацію майна; 3) виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачу і знаходиться у нього чи інших осіб, зокрема ухвали суду про забезпечення позову.

Існують певні особливості арешту окремих видів майна. Вони полягають у наступному.

По-перше, виявлені під час опису цінні папери, ювелірні та інші побутові вироби із золота, срібла, платини і металів платинової групи, дорогоцінного каміння і перлів, а також лом і окремі частини таких виробів, на які накладено арешт, підлягають обов'язковому вилученню і не пізніше наступного робочого дня передаються на зберігання установам Національного банку України, які зобов'язані прийняти їх на безоплатній основі.

Питання накладення арешту на цінні папери регламентуються «Порядком накладення арешту на цінні папери», який затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 22 вересня 1999 р. № 1774 [28]. Відповідно до цього Порядку, арешт може бути накладений на будь-які цінні папери, незалежно від їхнього виду, форми випуску та кількості власників. При арешті іменних цінних паперів у документарній формі копія постанови про накладення арешту надсилається реєстратору чи емітенту, який веде реєстр власників іменних цінних паперів. У разі, якщо арешт накладається на бездокументарні або знерухомлені цінні папери, копія відповідної постанови має бути надіслана їх зберігачу та іншим особам, визначеним законодавством. При цьому іменні цінні папери, які мають документарну форму, блокуються реєстроутримувачем на особовому рахунку власника одразу після отримання копії постанови державного чи приватного виконавця. У свою чергу, бездокументарні та знерухомлені цінні папери негайно після отримання копії постанови про їх арешт обмежуються в обігу шляхом внесення зберігачем спеціальної облікової операції.

По-друге, після перевірки права власності боржника на будинок, квартиру або інше нерухоме майно за базами даних Реєстру прав власності на нерухоме майно, Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого

майна, Державного реєстру іпотек, державний або приватний виконавець накладає на них арешт та вносить відомості про це до Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна в порядку, визначеному Постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.2015 №1127 «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». У разі накладення арешту на нерухоме майно, заставлене третім особам, виконавець невідкладно повідомляє їм про прийняте рішення. За відсутності документів на об'єкт нерухомості, їх виготовлення здійснюється за рахунок коштів стягувача. Якщо ж стягувач в 10-денний строк після одержання відповідного повідомлення не авансував витрати на підготовку документів про об'єкт нерухомості, арешт із такого об'єкта знімається (виконавчий документ повертається стягувачу, за умови що в боржника відсутнє інше майно, на яке можна звернути стягнення).

По-третє, при виявленні належних боржнику транспортних засобів (як уже зазначалося, таке виявлення здійснюється за інформаційними базами НАІС ДПД Національної поліції України) на них повинен бути накладений арешт. Водночас, слід ураховувати, що саме по собі винесення постанови про арешт належного боржникові транспортного засобу не гарантує його фактичну реалізацію. Транспортний засіб може «проходити» по базам ЦНАП МВС України, але не бути в наявності (як правило, це трапляється у разі його переховування боржником). У подібних випадках арешт накладається заочно. Відповідно до ч. 3 ст. 36 Закону України «Про виконавче провадження», виконавець направляє постанову про розшук транспортного засобу боржника у відповідні підрозділи Національної поліції України, сам же розшук транспортного засобу є підставою для призупинення виконавчого провадження на підставі ст. 34 цього Закону.

Оголошення виконавцем арештованого транспортного засобу в розшук та направлення копії постанови про розшук уповноваженим особам підрозділів безпеки дорожнього руху Національної поліції України є підставою для його негайного затримання [29; 30]. Тимчасове затримання та зберігання на спеціальних майданчиках або стоянці транспортного засобу боржника, виявленого за результатами розшуку, здійснюються в порядку, визначеному Постановою Кабінету Міністрів України від 17.12.2008 р. № 1102 «Про затвердження Порядку тимчасового затримання та зберігання транспортних засобів на спеціальних майданчиках і стоянках» [31].

Після опису та арешту майна боржника повинна бути здійснена його оцінка і примусова реалізація, які є не заходами безпосереднього примусу, а заходами забезпечення звернення стягнення на майно боржника. У разі, якщо сторони виконавчого провадження не досягли згоди в питанні вартості майна боржника, визначення такої вартості здійснюється виконавцем за ринковими цінами, діючими на день визначення вартості. Для оцінки за регульованими цінами, оцінки нерухомого майна, транспортних засобів, повітряних, морських та річкових суден виконавець залучає суб'єкта оціночної діяльності – суб'єкта господарювання, який провадить свою діяльність відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».

Із нашої точки зору, такий підхід до визначення вартості арештованого майна має дискусійний характер. Здійснення оцінки вилученого майна не є фаховою діяльністю (а отже й фаховою компетенцією) виконавця. На практиці це часто призводить до заниження фактичної вартості май-

на та, як наслідок, до судових оскаржень відповідних дій державних чи приватних виконавців. Альтернативний спосіб вирішення цього питання передбачає ч. 5 ст. 57 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з якою, при незгоді боржника або стягувача з оцінкою, здійсненою виконавцем, виконавець залучає до проведення оцінки майна спеціально уповноваженого суб'єкта оціночної діяльності. Однак вважаємо, що, незалежно від обставин, оцінку вартості арештованого майна повинен здійснювати уповноважений суб'єкт оціночної діяльності, який діє на підставі ліцензії, виданої Міністерством юстиції України та несе відповідальність за нефахову оцінку майна відповідно до чинного законодавства.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можемо констатувати, що організаційно-правове забезпечення виконавчого провадження перебуває на етапі динамічного розвитку. Прийняття нової редакції Закону України «Про виконавче провадження» потягнуло за собою кардинальні зміни не лише в системі суб'єктів виконавчого провадження, а й у великій кількості підзаконних нормативно-правових актів, якими регламентуються питання примусового звернення стягнень на майно боржника. Більшість цих змін можна охарактеризувати як позитивні та такі, що сприяли оптимізації механізмів примусового виконання судових рішень майнового характеру. Проте окремі законодавчі новели характеризуються недостатньою обґрунтованістю, що зумовлює необхідність їх подальшого аналізу та приведення у відповідність до об'єктивних потреб правозастовної практики.

Список літератури

1. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 № 1404-VIII // Офіційний вісник України. 2016. № 53. Ст. 1852.
2. Верба О. Б. Особливості визнання судом мирової угоди на стадії виконавчого провадження // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2008. № 3. С. 121–129.
3. Гуржій А. В. Примусове виконання судових рішень у світлі розвитку вітчизняного законодавства / А. Гуржій // Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації Української держави: матеріали VII Міжнародної науково-практичної конференції, (18–19 травня 2017 року) // Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут». Київ: НТУУ «КПІ імені Ігоря Сікорського», Вид-во «Політехніка», 2017. С. 196–201.
4. 4 Gurzhiy A. V. Procedures subjects of the cases regarding violation of freight traffic safety laws / A. V. Gurzhiy // Herald of kyiv national university of trade and economics. 2013. № 6 (92). P. 148–162.
5. Корнейчук С. П. Адміністративний примус в діяльності органів примусового виконання рішень судів та інших органів публічної адміністрації : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Дніпропетровськ, 2015. 208 с.
6. Фурса С. Я., Щербак С. В. Виконавче провадження в Україні : навч. посіб. для вищ. навч. закл. К.: Атіка, 2002. 480 с.
7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–42. Ст. 492.
8. Податковий Кодекс України (у редакції від 27.02.2018) // Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст.112.
9. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 № 1952-IV // Офіційний вісник України. 2004. № 30. Том 1. Ст. 140.

10. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.12.2015 №1127 // Офіційний вісник України. 2016. № 2. Ст. 108.
11. Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень: Наказ Міністерства юстиції України від 30.09.2016 № 2832/5 // Офіційний вісник України. 2016. № 76. Ст. 2559.
12. Звіт про роботу органів державної виконавчої служби у 2014 році // Офіційний вебсайт Державної виконавчої служби України. URL: https:// http://dvs.gov.ua/media/files_for_pages/ 2015_doc.pdf (дата звернення: 14.06.2018).
13. Звіт про роботу органів державної виконавчої служби у 2015 році // Офіційний вебсайт Державної виконавчої служби України. URL: https:// http://dvs.gov.ua/media/files_for_pages/__2016_doc.pdf (дата звернення: 14.06.2018).
14. Мін'юст презентував результати роботи виконавчої служби у 2017 році та плани на поточний рік // Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України. URL: https: // minjust. gov.ua/news/ministry/minyust-prezentuvav-rezultati-roboti-vikonavchoi-slujbi-u-2017-rotsi-ta-plani-na-potochniy-rik (дата звернення: 14.06.2018).
15. Звіт про роботу органів ДВС Полтавської області за 12 місяців 2017 року // Офіційний веб-сайт Головного територіального управління юстиції у Полтавській області Міністерства юстиції України. URL: https://www.just.gov.ua/content/70/ (дата звернення: 14.06.2018).
16. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.
17. Про організацію роботи щодо інформаційної взаємодії Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України та Державної виконавчої служби України: Наказ Міністерства внутрішніх справ України та Міністерства юстиції України від 08.10.2012 р. № 1480/5/868 // Офіційний вісник України. 2012 р. № 80. Ст. 3247.
18. Дешко Л.М. Конституційне право на звернення до міжнародних судових установ та міжнародних організацій: монографія / Л.М. Дешко. Ужгород, 2016. 486 с.
19. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
20. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянки Сінюгіної Ірини Іванівни щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 376 у взаємозв'язку зі статтями 151, 152, 153 Цивільного процесуального кодексу України. Офіційний портал Верховної Ради України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/ laws/show/v004p710-11/card2#Card (дата звернення: 14.06.2018).
21. Gurzhii A. The decision-making process in administrative cases / A.V. Gurzhii // Rocznik Administracji Publicznej. 2017. № 3. S. 387–393.
22. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень: Закон України від 18.11.2003 № 1255-IV // Офіційний вісник України. 2003. №52. Том 1. Ст. 2734.
23. Deshko L. The reasons and motives for national court's decision: the practice of the European Court of Human Rights and national courts / L.N. Deshko // TEISE. 2016. №99. P. 186–193.
24. Притуляк В. М. Процесуальні особливості звернення стягнення на майно боржника // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія "Юридичні науки". 2014. Випуск 3. Том 1. С. 181–185.
25. Коваль О. Звернення стягнення на житло на підставі виконавчого напису нотаріуса: прогалини законодавства та шляхи їх виправлення // Вісник Академії правових наук України. 2013. № 1. С. 253–261.
26. Дешко Л. Основні напрямки вдосконалення конституційно-правового забезпечення права кожного звертатися за захистом своїх прав і свобод до міжнародних судових установ чи до органів міжнародних організацій / Л. М. Дешко // Право і суспільство. 2016. № 4. С. 3–9.

27. Про впорядкування відносин з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Наказ Міністерства юстиції України Міністерства юстиції України від 15.12.2015 р. № 2586/5 // Офіційний вісник України. 2015 р. № 98. Ст. 3383.
28. Порядок накладення арешту на цінні папери: Постанова Кабінету Міністрів України від 22.09.1999 р. № 1774 // Офіційний вісник України. 1999. № 38. Ст. 57.
29. Гуржій А. В. Підстави адміністративної відповідальності за порушення правил перевезення небезпечних, великоваговагових і великогабаритних вантажів / А. В. Гуржій // Наука і правоохорона. 2012. № 1. С. 181–188.
30. Гуржій А. В. Проблеми встановлення суб'єкта порушень правил перевезення небезпечних, великовагових і великогабаритних вантажів у процесі адміністративно-парвової кваліфікації / А. В. Гуржій // Вісник Запорзького національного університету. Серія: Юридичні науки. 2012. № 1. Ч. 2. С. 111–117.
31. Про затвердження Порядку тимчасового затримання та зберігання транспортних засобів на спеціальних майданчиках і стоянках: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.12.2008 р. № 1102 // Офіційний вісник України. 2008. № 98. Ст. 3240.

Стаття надійшла до редакції 15.06.2018

Т. А. Гуржий
Киевский национальный торгово-экономический университет,
кафедра административного, финансового и информационного права
ул. Киото, 19, Киев, 02156, Украина

Е. А. Музичка
Национальный университет пищевых технологий,
кафедра туристического и гостиничного бизнеса
ул. Владимирская, 68, Киев, 01601, Украина

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ОБРАЩЕНИЕ ВЗЫСКАНИЙ НА ИМУЩЕСТВО ДОЛЖНИКА

Резюме

Статья посвящена анализу практических и правовых вопросов принудительного обращения взысканий на имущество должника. Освещены актуальные проблемы принудительного исполнения решений имущественного характера, сделан вывод об их обусловленности недостатками правового регулирования. Определено место обращения взыскания на имущество должника в системе мер принудительного исполнения решений имущественного характера. Рассмотрены особенности обращения взыскания на отдельные виды имущества. Обоснована целесообразность обязательного привлечения субъекта оценочной деятельности к оценке имущества, изымаемого в принудительном порядке.

Ключевые слова: принудительное исполнение, исполнительное производство, решение имущественного характера, должник, взыскания.

T. O. Gurzhiy
Kyiv National University of Trade and Economics,
The Department of Administrative, Financial and Information Law
Kyoto str., 19, Kyiv, 02156, Ukraine

E. O. Muzychka
Kyiv National University of Food Technologies,
The Department of Tourism and Hotel Business
Vladimirskaya str., 68, Kyiv, 01601, Ukraine

FORCED TREATMENT OF LOANS AT THE PROPERTY OF THE DEBTOR

Summary

The article is devoted to the analysis of practical and legal issues of compulsory enforcement of levies on the debtor's property. The actual problems of compulsory execution of decisions of property character are highlighted, the conclusion about their condition by lacks of legal regulation is made. Determined the place of foreclosure on the property of the debtor in the system of measures of enforcement of decisions of a property nature. The features of foreclosure treatment for certain types of property are considered. The expediency of compulsory attraction of the subject of appraisal activity to the valuation of property seized in compulsory order is grounded.

Key words: compulsory execution, enforcement proceedings, decision of property nature, debtor, recovery.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133063
УДК 347.4

Н. Ю. Філатова
кандидат юридичних наук
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
кафедра цивільного права № 1
вул. Пушкінська, 77, Харків, 61024, Україна

О. С. Бережняк
студентка
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
кафедра цивільного права № 1
вул. Пушкінська, 77, Харків, 61024, Україна

ДОГОВОРИ ТИПУ CLICK-WRAP І BROWSE-WRAP: ОСОБЛИВОСТІ І ПРИЗНАЧЕННЯ

У статті проаналізовано особливості договорів типу click-wrap і browse-wrap. Визначено сфери їх використання та відмінності. Проаналізовано судову практику використання цих договорів у США та ЄС. Здійснено аналіз підходів до визначення критеріїв дійсності click-wrap та browse-wrap договорів: тест на розумну взаємодію між сторонами (суди США) та durable medium тест (Суд правосуддя ЄС). Зроблено спробу відповісти на питання, чи потрібно окреме регулювання процедури укладення таких договорів у вітчизняному законодавстві. На основі проведеного дослідження сформульовано такий висновок: внесення спеціальних змін до відповідних положень чинного законодавства є недоцільним, проте необхідно прагнути до застосування на практиці цих нових договірних конструкцій із урахуванням тлумачення чинного законодавства та принципів договірного права.

Ключові слова: онлайн-контракти, click-wrap agreements, browse-wrap agreements, тест на розумну взаємодію між сторонами, критерій durable medium.

Постановка проблеми. Завдяки стрімкому розвитку інформаційних технологій та мережі Інтернет суттєво активізувався цивільний і господарський оборот та рух підприємництва в напрямку світової глобалізації, з'явився новий суспільний інститут – "електронна комерція" (e-commerce), що стало причиною перегляду традиційного уявлення про регулювання договірних відносин.

Саме завдяки розвитку інформаційних технологій в 90-ті, 2000-ні роки та їх інтеграції в бізнес-процеси вперше з'явилась необхідність у створенні спеціальних правових конструкцій, які дозволяли б укладати договори в максимально спрощеній формі. Таким чином, поява click-wrap і browse-wrap договорів була зумовлена початком застосуванням інформаційних технологій з боку бізнесу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З огляду на те, що договори типу click-wrap і browse-wrap відносно нові договірні конструкції, а, як

відомо, право не завжди встигає за змінами суспільних відносин, особливо коли вони змінюються надто швидко, це питання недостатньо досліджене. В юридичній науці України та інших країн лише окремі автори торкались цієї проблематики. Так, А.І. Савельев приділяє увагу історичному розвитку онлайн-договорів та прогнозує їх майбутнє у правовому полі [1]. Серед зарубіжних науковців, які займались вивченням цього питання, необхідно згадати Nancy Kim [2], Andreas Johansson [3] та ін.

У вітчизняній теорії та практиці досі залишається невирішеним питання щодо правової природи договорів типу click-wrap і browse-wrap та їх відмінностей. Нагальною проблемою є розуміння механізму їх укладення у практиці правозастосування, а також можливості його законодавчої регламентації на рівні вітчизняного законодавства.

Постановка завдання. Головною метою цієї роботи є дослідження правової природи договорів типу click-wrap і browse-wrap та їх відмінностей, а також призначення.

Виклад основного матеріалу. Історія виникнення click-wrap і browse-wrap контрактів тісно пов'язана з укладенням договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на програмний продукт. Зокрема, це ліцензійні договори і ліцензії, умови яких розміщувалися публічно, тобто, були доступними необмеженому колу осіб.

Укладання ліцензійного договору на використання програмного забезпечення в традиційній письмовій формі шляхом обміну документами не було економічно вигідним при масових продажах комп'ютерів, дисків та іншого подібного обладнання. Тому першими серед онлайн-контрактів з'явились так звані обгорткові ліцензії (*shrink-wrap* – від англ. "запаковувати в поліетиленову плівку"). Обгортковий ліцензійний договір розміщувався на зовнішньому боці упаковки під прозорою плівкою або всередині коробки. Відкриття покупцем упаковки тлумачилось як конклюдентна дія, яка виражала згоду покупця з усіма умовами договору [4].

Наступним етапом розвитку ліцензування програмного забезпечення стали click-wrap agreements (з англ. "click" – натискання кнопки, "wrap" – упаковка), тобто договори, при укладанні яких акцепт здійснюється кліком. Укладання цих договорів здійснюється у такий спосіб: на сайті розміщуються їхні умови, які користувач міг бачити на екрані свого комп'ютера, і для того, щоб укласти відповідний договір, користувач повинен був висловити свою згоду з умовами шляхом натискання кнопки або піктограми. Отже, у цьому типі договорів споживач має можливість ознайомитись із умовами договору до процесу оплати, і виражає свою згоду на укладення договору, натиснувши відповідну кнопку (наприклад, "ОК", "Я згоден з умовами") або поставити галочку [5].

Click-wrapagreements здебільшого використовуються для:

1) установлення умов завантаження та використання програмного забезпечення через Інтернет;

2) викладення Загальних положень та умов використання веб-сайту (так званих "Termsofuse"), тобто правил, за якими користувачі можуть отримати доступ до веб-сайту або до частини веб-сайту, наприклад, служби чату або повідомлень;

3) встановлення умов продажу товарів та послуг в Інтернеті.

Договір типу browse-wrap – це договір, розміщений на сайті, що зобов'язує користувача дотримуватись умов цього договору через самий лише

факт перегляду відповідного сайту, а не внаслідок вираження згоди на це певним чином. Для того, щоб договір типу browse-wrap було укладено, власник веб-сайту повинен повідомити користувача про умови такого договору. Але, на відміну від договорів типу click-wrap, він не повинен вчиняти активні дії, щоб підтвердити свою згоду. Замість цього в договорі типу "browse-wrap" зазвичай міститься умова про те, що використання сайту вважається акцептом [6].

Часто browse-wrap договори також містять твердження про те, що коли користувач продовжує використовувати веб-сайт або завантажений програмний продукт, він виявляє свою згоду з умовами договору [7].

Із практики можна навести такі приклади browse-wrap договорів: на сайтах британських видань "Times" і "The Guardian" після завантаження сторінки відразу з'являється повідомлення з привітанням і пропозицією ознайомитися з умовами користування (Termsofuse). У цьому випадку правила користування сайтом і є умовами browse-wrap договору.

Порівняння ознак click-wrap і browse-wrap договорів неодноразово проводилось у практиці судів США. Однією з найцікавіших справ у цьому контексті є Rachel Cullinane, Jaqueline Nunez, Elizabeth Schaul, and RossMcDonagh, andallothers v. Uber Technologies, Inc., в якій окружний суд штату Массачусетс дійшов таких висновків.

На думку суду, договір типу browse-wrap характеризується тим, що користувач при перегляді веб-сторінки може взагалі не бачити його умов. Однак насправді на сайті міститься посилання на умови цього договору, які передбачають, що використання веб-сайту є вираженням згоди на укладення договору, незалежно від того, чи знає про це користувач. При цьому посилання на умови договору часто сховані у нижній частині сторінки або містяться в непомітних частинах веб-сайту, де користувачі навряд чи побачать це.

Натомість договір типу click-wrap – це онлайн-контракт, в якому користувачі веб-сайту повинні натиснути кнопку "Я згоден" після того, як побачать список умов використання сайту".

Суд зауважив, що договори типу "click-wrap" відрізняються від "browse-wrap" за здатністю претендувати на примусове виконання і судовий захист. Так, договори типу "click-wrap" дозволяють судам зробити висновок, що користувач, як мінімум, мав можливість ознайомитися з умовами договору і виразив свою згоду з ними шляхом натискання на кнопку. Тому click-wrap договори завжди можуть претендувати на судовий захист і примусове виконання, а от browse-wrap – лише якщо буде доведено, що посилання на умови цих договорів були достатньо помітними для користувача [8].

Із аналізу практики судів США випливає, що умови browse-wrap договорів можуть мати юридичну силу, якщо на веб-сайті:

1. міститься *помітне* повідомлення про умови такого договору;
2. визначено, що використання веб-сайту є згодою з умовами договору;
3. чітко вказано, в якій частині інтернет-сторінки можна знайти умови browse-wrap договору або посилання на них (зазвичай вони представлені в нижній частині веб-сайту).

Таким чином, договори типу browse-wrap є більш "уразливими" порівняно з click-wrap і не завжди можуть мати судовий захист. Але це не означає, що вони самі або їхні окремі умови не мають юридичної сили взагалі.

Спільним для договорів типу click-wrap та browse-wrap є те, що вони є договорами приєднання (contracts of adhesion), тобто їхні умови не "народжуються" шляхом переговорів між сторонами, а викладаються в односторонньому порядку і споживачі, щоб отримати бажане, змушені погоджуватися з ними ("take it or leave it"). Тому законодавці та суди різних країн світу визнали, що такі види договорів потребують наявності певних захисних механізмів для того, щоб права сторони, яка приєднується до їхніх умов, були захищені від можливих зловживань із боку сторони, яка пропонує умови відповідного договору.

Захисні механізми за судовою практикою США. Суди США визнали, що користувачі веб-сайту є слабшою стороною онлайн-договорів, і розробили доктрину недоброчесності (the doctrine of unconscionability), а також правила, що визначають особливості тлумачення договорів, наприклад, правило contraproferentem, тест на розумну взаємодію між сторонами (reasonable communicativeness test) і доктрину розумних очікувань (the doctrine of reasonable expectations) [9].

Із появою у правовому полі онлайн-контрактів суди США почали розглядати такі спори, застосовуючи традиційні принципи договірного права, які встановлюють, що для того, щоб укласти юридично обов'язковий договір через Інтернет, має бути наявний прояв взаємної згоди сторін, яка може виражатися шляхом кліку (click-wrap agreement), певної поведінки (browse-wrap agreement) або мовчанням чи бездіяльністю. Хоча торгівля в Інтернеті відкрила судам багато нових ситуацій, основні засади укладення договорів суттєво не змінились. Однією з таких засад є обов'язковість взаємної згоди сторін. Саме цю засаду договірного права було названо "наріжним каменем договору" (*touchstone of the contract*) у справі Nguyen v. Barnes&Noble, Inc. [10].

Із метою визначення того, чи мала місце в конкретному випадку взаємна воля сторін на укладення онлайн-договору, практикою американських судів було вироблено два основні тести: тест на обґрунтоване повідомлення («reasonable notice test") та так званий тест на розумну взаємодію між сторонами ("reasonable communicativeness test").

Яскравим прикладом у цьому контексті є справа Sgouros v. Trans Union Corp. Фабула цієї справи полягала в тому, що пан Gary Sgouros придбав кредитний звіт, скористувавшись для цього послугами веб-сайту компанії TransUnionCorp., яка спеціалізувалась на питаннях споживчого кредиту. При укладенні договору щодо придбання цього звіту позивачу була запропонована онлайн-форма, яка містила такі дані: поле, позначене «Договір про надання послуг»; посилання на версію умов цього договору; кнопку «Я приймаю», яка дозволила користувачеві перейти до наступного кроку покупки; дозвіл TransUnion отримати доступ до особистої інформації споживача про кредит.

Суд визнав, що компанія Trans Union Corp. «активно вводила в оману» клієнтів щодо того, з чим вони погоджувалися: у нижній частині веб-сторінки з'являлася кнопка «Я приймаю», яку користувачі повинні були натиснути, щоб продовжити процес покупки кредитного звіту, а над цією кнопкою виникала інша стрічка, яка повідомляла, що, натискаючи цю кнопку, споживачі дозволяють компанії отримувати інформацію зі свого особистого кредитного профілю. Іншими словами, веб-сторінка Trans Union не повідомляла користувачам про те, що натискання кнопки «Я приймаю»

при укладенні відповідного договору означатиме не лише прийняття умов цього договору, а й надання доступу до їх персональних даних, не пов'язаних безпосередньо з укладенням такого договору.

Апеляційний суд США Сьомого округу, розглядаючи цю справу, визнав, що для того, щоб відповідні умови договору були обов'язковими для користувача веб-сайту, йому повинно бути обґрунтовано повідомлено (reasonable notice) про те, що, використовуючи цей веб-сайт і натискаючи на відповідну кнопку, договір буде укладено саме на цих умовах, а не на інших.

Інший тест, а саме тест на розумну взаємодію між сторонами ("reasonable communicativeness test") складається з 2 етапів:

1) визначення того, чи зрозуміло та однозначно власник веб-сторінки повідомляє клієнту про всі умови договору;

2) встановлення того, чи надають обставини справи змогу зробити обґрунтоване припущення, що клієнт отримав обґрунтоване повідомлення (reasonable notice) про умови договору [11].

У підсумку, суд визнав, що між Sguas і TransUnion не існувало жодної угоди, оскільки не було взаємної згоди на укладення договору.

Отже, проаналізувавши підхід американських судів до питання порядку укладення договорів типу click-wrap та browse-wrap, можна дійти висновку, що взаємний прояв згоди є основоположним принципом договірного права, наріжним каменем договору. При цьому форма вираження згоди на укладення договору не має значення для визнання його обов'язковості для сторін. Увагу потрібно зосередити на способі повідомлення акцептанта про наявність договору і про його зміст, здатності акцептанта помітити і ознайомитися з цими умовами до того, як договір буде укладено, і т. ін.

Захисні механізми за судовою практикою ЄС. ЄС не має такої історії судової практики щодо договорів типу click-wrap та browse-wrap, як США, але Суд справедливості ЄС неодноразово надавав свою правову позицію у справах щодо онлайн-контрактів.

На запит Вищого земельного суду Відня Суд справедливості ЄС розглядав справу Content Services Ltd v. Bundesarbeitskammer. Компанія Content Services Ltd надавала різноманітні послуги в Інтернеті через свій веб-сайт, а саме, дозволяла споживачам завантажувати безкоштовне програмне забезпечення або пробне програмне забезпечення. Для того, щоб користуватися сайтом, споживач повинен був зареєструватися на сайті, відмітити у відповідному полі "галочкою", що він погоджується з умовами користування сайтом. При цьому умови користування сайтом не відображались для користувачів як частина процесу реєстрації, а були доступні лише шляхом переходу до цих умов за гіперпосиланням. Після завершення процесу реєстрації користувачеві надсилався електронний лист із підтвердженням від ContentServices, який знов-таки містив гіперпосилання на умови користування сайтом.

Отже, в даному випадку йшлося про договір типу click-wrap, оскільки споживач повинен був поставити відповідний символ «галочку», що він згоден із умовами договору, перед тим, як його укласти..

Суд постановив, що інформація про умови договору, надана шляхом перенаправлення споживача по гіперпосиланню, не відповідає критеріям ст. 5 Директиви 97/7/ЕС, оскільки сайт із розміщеною на ньому інформацією не може бути класифікований як довготривалий носій інформації, що є вимогою ст. 5 Директиви № 97/7/ЕС (ст. 7 Директиви № 2011/83/ЕС),

оскільки зберігання інформації на такому носії має гарантувати її незмінність, а також можливість споживача скористатися реквізитами компанії в разі необхідності захисту прав та законних інтересів [12].

Отже, Суд встановив порушення вимог Директиви 97/7/ЕС, поставивши в "голову кута" не сам факт наявності згоди на укладення договору і наявність у користувача можливості ознайомитися з його умовами до моменту укладення, як американські суди, а формальні вимоги, які встановлені законодавством у сфері захисту прав споживачів.

Проте в іншій справі, El Majdoub v Cars On The Web. Deutschland GmbH, яка стосувалась онлайн-договору купівлі-продажу автомобіля, укладеного між професійними автодилерами, Європейський суд справедливості дійшов протилежних висновків. У цій справі умови договору містили арбітражне застереження, яке передбачало юрисдикцію суду в м.Левені, Бельгія. Покупець стверджував, що "click-wrapping" як форма акцепту не відповідала вимогам, викладеним у статті 23(2) Брюссельського Регламенту, згідно з якою арбітражне застереження повинно бути виражено в письмовій формі або на довготривалому носії інформації (durablemedium). Покупець пояснював це тим, що умови договору не були відкриті для ознайомлення автоматично, а лише надавалось за гіперпосиланням. У цій справі Суд відзначив, що метод "click-wrapping" є прийнятним. Це пояснюється тим, що у покупця існувала можливість роздрукувати або зберегти текст умов договору до моменту його укладення [13].

Таким чином, у цьому випадку, як і в попередній справі, також йшла мова про click-wrap договір, але цього разу Суд справедливості ЄС визнав прийнятним такий спосіб вираження згоди з умовами договору і не знайшов порушень формальних вимог. Цю обставину Суд пояснив тим, що на відміну від Content Services Ltd v. Bundesarbeitskammer, де стороною у справі виступав споживач («слабка сторона»), у цій справі обидва учасники справи були суб'єктами підприємницької діяльності.

Отже, можна зробити висновок, що підхід Суду справедливості ЄС до розгляду цієї категорії справ залежить від суб'єктного складу правовідносин. У спорах щодо захисту прав споживачів (контракти типу B2C) Суд застосовує критерій "durable medium"(довготривалий носій інформації).

Під указаний критерій підпадають носії інформації, які дозволяють:

— отримувати інформацію одержувачу особисто;

— зберігати інформацію таким чином, щоб вона була доступною для подальшого використання протягом достатнього періоду часу (зберігання);

— відтворювати збережену інформацію у незміненому вигляді (відтворення) [14].

Варто відзначити, що регулювання процедури укладення онлайн-договорів у ЄС тісно пов'язане зі встановленням формальних вимог. Черговим прикладом цього є положення нещодавно прийнятого Загального регламенту захисту даних, який набирає законної сили 25 травня 2018 року. Вивчення положень цього нормативного акту в контексті досліджуваної тематики є вкрай необхідним у зв'язку з тим, що укладення онлайн-контрактів майже завжди пов'язане зі збором персональних даних, їх використанням і обробкою.

У п. 32 Преамбули до GDPR визначено, що згода суб'єкта персональних даних повинна бути надана чітким актом, що виражає вільно надану, конкретну, обгрунтовану та однозначну вказівку на його згоду на обробку

його персональних даних такими способами, як письмова, в тому числі електронна, або усна заява. Вираження згоди може включати відзначення певною позначкою у вікні під час відвідування веб-сайту, вибір технічних параметрів для служб інформаційного суспільства або шляхом іншої поведінки, яка чітко вказує, що суб'єкт дозволяє обробку його персональних даних. Мовчання, попередньо зроблені позначки (pre-ticked boxes) або бездіяльність не є формою надання згоди [15].

Також у ч. 1 ст. 7 цього нормативного акту зазначено, що "якщо обробка даних здійснюється на основі згоди, контролер повинен мати можливість продемонструвати, що суб'єкт персональних даних погодився на обробку його або її особистих даних" [16].

Проаналізувавши останню тезу, можна дійти висновку, що застосування договорів типу browse-wrap, якщо під час укладення таких договір відбувається обробка персональних даних, згідно з положеннями GDPR, стає достатньо ускладненою, оскільки суб'єкту обробки даних буде непросто довести наявність згоди користувача сайту на обробку його даних.

У свою чергу, click-wrap договори вимагають модернізації – змін форми акцептування на більш конкретну та однозначну. Згідно з рекомендаціями ICO (Information Commissioner's Office – структура, яка займається захистом персональних даних підданих Великої Британії), прийнятною є концепція activeopt-in, яка передбачає, наприклад, введення користувачем свого e-mail у відповідне вікно або вибір між опціями "так" чи "ні" [17].

Практика України. Електронні договори, укладені шляхом прийняття умов (наприклад, кліком/згодою) покупцем на Інтернет сторінці (у Законі України "Про електронну комерцію" йдеться про "вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції" (ч. 6 ст. 11), є приєднанням до договору конклюдентними діями. Так, Закон окремо зазначає, що зміст таких дій має бути чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею. Так, вважається, що додавання товарів у віртуальний кошик та оформлення замовлення є прийняттям пропозиції з боку покупця [18].

Згідно з ч. 2 ст. 642 ЦК України, якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір або не встановлено законом.

Із аналізу положень цієї статті випливає те, що в ній мова йде лише про конклюдентні дії по виконанню умов договору. Однак про такі дії, які спрямовані на надання згоди на саме його укладення, у вказаній статті не зазначається.

Тому варто погодитись із висловленою в науці думкою, що в контексті ч. 2 ст. 642 ЦК України конклюдентні дії, які можуть вважатися акцептом, мають бути спрямовані на виконання умов майбутнього договору, зазначених в оферті, проте натискання клавіші (клік) навряд чи можна вважати дією щодо виконання умов договору: скоріше це дія, спрямована на укладення договору [19].

В Україні має місце укладання як browse-wrap, так і click-wrap договорів (покупки в інтернет-магазинах, згода з умовами використання будь-якого веб-сайту тощо). Однак виникають проблеми щодо юридичної кваліфіка-

ції цих договірних конструкцій. У договорах типу click-wrap не можна визначити "клік" як форму акцепту з огляду на положення ч. 2 ст. 642 ЦК України, проте ця норма є диспозитивною і сторони можуть самостійно визначити дії, спрямовані на надання згоди на його укладення як акцепт.

Порядок укладення електронного договору визначено ч. 6 ст. 11 Закону України "Про електронну комерцію" [20], в якій йдеться саме про дії, спрямовані на укладення договору (надсилання електронного повідомлення, заповнення формуляра заяви вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі), а не про бездіяльність. Отже, можна зробити висновок, що від користувача вимагається підтвердження вираження своєї згоди з пропозицією саме шляхом вчинення активних дій як гарантія захисту "слабшої" сторони договору. А тому використання договорів типу browse-wrap у вітчизняній договірній практиці видається досить сумнівним.

Висновки. Отже, проаналізувавши різні визначення договорів типу "click-wrap" і "browse-wrap" та судову практику, можна зробити висновок, що відмінність цих договорів полягає в такому:

1. Різна форма здійснення акцепту – в договорах типу click-wrap згода виражається шляхом кліка на відповідному інтерактивному зображенні на екрані, тобто для надання згоди користувач має вчинити дію, конструкція browse-wrap взагалі може не передбачати висловлення згоди користувачем в явній формі, – його згода висловлюється шляхом простого завантаження певної сторінки, повторного звернення до сторінки веб-сайту або непокидання цієї сторінки протягом певного часу (згода презюмується (implied consent).

2. При укладанні click-wrap договору користувачі отримують помітне повідомлення (reasonable not ice) про умови угоди, оскільки перед її укладанням користувачеві надається можливість з ними ознайомитись. В browse-wrap умови договору відображаються користувачам тільки в тому випадку, якщо вони натискають на гіперпосилання, яке виводить їх на сторінку "Умови та положення" (terms and conditions).

3. Для вчинення певної дії в мережі Інтернет (наприклад, завантаження програмного забезпечення або покупки квитків в Інтернеті), користувачі не можуть не бути поінформовані про наявність договору, і презюмується, що вони обізнані про умови договору при натисканні на кнопку. При browse-wrap користувачі можуть здійснювати дії в Інтернеті, так жодного разу і не побачивши правила користування.

4. Як видно, конструкція browse-wrap угоди є досить спірною. Основна претензія іноземних судів, актуальна і в контексті українського права, полягає в тому, що умови таких угод не доводяться до відома іншої сторони належним чином. На практиці дуже невелика кількість положень даного договору визнається судами як дійсні, оскільки найчастіше користувач не знайомиться з даними документами, а адміністратори сайту явно не повідомляють його про таку необхідність.

Договори типу "click-wrap" і "browse-wrap" за своєю правовою природою є різновидами онлайн-договорів.

Слід погодитися з висловленою у доктрині думкою, що недоцільним є внесення спеціальних змін до відповідних положень чинного законодавства спеціально для того, щоб передбачити в них новітні форми й способи

вираження акцепту, оскільки на практиці завжди будуть виникати якісь нововведення, які не в повній мірі будуть відповідати існуючим положенням закону [16, с. 72]. Проте необхідно прагнути до застосування на практиці цих нових договірних конструкцій із урахуванням тлумачення чинного законодавства та принципів договірного права.

Список літератури

1. Савельев А.І. Електронна комерція в Росії без ЕЦП: ілюзія чи реальність? (рос.). URL:http://barton.ru/arhiv-novostej/elektronnaya-kommerciya-v-rossii-bez-ecp-illyuziya-ili-realnost/ (дата звернення: 25.03.2018).
2. Kim Nancy S. [2014] Two Alternate Visions of Contract Law in 2025. URL: https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=fs (дата звернення: 25.03.2018).
3. Johansson Andreas [2015] The En for ceability of Click-wrap Agreements URL:http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:807840/FULLTEXT01.pdf (дата звернення: 25.03.2018).
4. Носова І. Що таке обгорткова ліцензія (рос.). URL: https:// www. itweek.ru/themes/detail.php?ID=41814?ID=41814 (дата звернення: 25.03.2018).
5. Паламарчук І. Огляд ліцензійних угод, які укладаються нестандартними способами: click-wrap, browse-wrap, open-source і вільні ліцензії з позиції поправок в ГК РФ (рос.). URL: https://www.audit-it.ru/articles/soft/a115/757840.html (дата звернення: 25.03.2018).
6. Browse-wrap Agreement (Glossary). URL:https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-508-6048?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1 (дата звернення: 25.03.2018).
7. Furtad, Rebecca [2016] E-contracts Whatare Shrink Wrap, Click-Wrap, and Browse-Wrap Agreements? URL: https://blog.ipleaders.in/e-contracts-shrink-wrap-click-wrap-browse-wrap-agreements/ (дата звернення: 25.03.2018).
8. Rachel Cullinane, Jaqueline Nunez, Elizabeth Schaul and Ross Mc Donagh, andallothers v. Uber Technologies, Inc. Case 1:14-cv-14750-DPW [2016]. URL:https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-mad-1_14-cv-14750/pdf/USCOURTS-mad-1_14-cv-14750-1.pdf (дата звернення: 25.03.2018).
9. Kim Nancy S. [2014] Two Alternate Visions of Contract Law in 2025. URL: https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=fs (дата звернення: 25.03.2018).
10. Johansson Andreas [2015] The En for ceability of Click-wrap Agreements URL: http://www.diva-portal.org/ smash/get/diva2:807840/FULLTEXT01.pdf (дата звернення: 25.03.2018).
11. The 2-step "Reasonable Communicativeness" test .URL: https:// termsfeed.com/ blog/reasonable-communicativeness/ (дата звернення: 25.03.2018).
12. Content Services Ltd v. Bundes arbeits kammer. Case C-49/11 [2012].URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX% 3A62011CJ0049 (дата звернення: 25.03.2018).
13. El Majdoub v Cars On The Web. Deutschland GmbH. Case C-322/14 [2015]. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164356&doclang=EN (дата звернення: 25.03.2018).
14. FCA Explores Meaning of "Durable Medium" on Website. URL: https://www.natlawreview.com/article/fca-explores-meaning-durable-medium-website (дата звернення: 25.03.2018).
15. General Data Protection Regulation. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex% 3A32016R0679 (дата звернення: 25.03.2018).
16. General Data Protection Regulation. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex% 3A32016R0679 (дата звернення: 25.03.2018).

17. ICO recommends opt-in communications units GDPR guidance URL: https://www.civilsociety.co.uk/news/ico-recommends-active-opt-in-communications-in-its-gdpr-guidance.html (дата звернення: 25.03.2018).
18. Порядок укладення договорів в електронній формі за законодавством України. URL: https://bg.od.court.gov.ua/sud1507/pres-centr/news/293345/ (дата звернення: 25.03.2018).
19. Філатова Н.Ю. Регулювання особливостей укладення електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз // Проблеми законності. 2017. Вип. 139. С. 70–73.
20. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII // Голос України від 29.09.2015 № 180.

Стаття надійшла до редакції 30.03.2018

Н. Ю. Филатова
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого,
кафедра гражданского права № 1
ул. Пушкинская, 77, Харьков, 61024, Украина

О. С. Бережняк
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого,
кафедра гражданского права № 1
ул. Пушкинская, 77, Харьков, 61024, Украина

ДОГОВОРЫ ТИПА CLICK-WRAP И BROWSE-WRAP: ОСОБЕННОСТИ И НАЗНАЧЕНИЕ

Резюме

В статье проанализированы особенности договоров типа «click-wrap» и «browse-wrap». Определены сферы их применения и отличия. Проанализирована судебная практика использования этих договоров в США и ЕС. Осуществлен анализ подходов к определению критериев действительности click-wrap и browse-wrap договоров: тест на разумное взаимодействие между сторонами (суды США) и durable medium тест (Суд правосудия ЕС). Предпринята попытка ответить на вопрос о том, нужно ли отдельное правовое регулирование заключения этих договоров в отечественном законодательстве. На основе проведенного исследования сформулирован следующий вывод: внесение специальных изменений в положения действующего законодательства нецелесообразно, однако нужно стремиться к использованию этих новых договорных конструкций, учитывая толкования действующего законодательства и принципы договорного права.

Ключевые слова: онлайн-контракты, click-wrap agreements, browse-wrap agreements, тест на разумное взаимодействие между сторонами, критерий durable medium.

N. Yu. Filatova
Yaroslav Mudryi National Law University
The Civil Law Department N 1
Pushkinskaya str., 77, Kharkiv, 61024, Ukraine

O. S. Berezhniak
Yaroslav Mudryi National Law University
The Civil Law Department N 1
Pushkinskaya str., 77, Kharkiv, 61024, Ukraine

TYPES OF CLICK-WRAP AND BROWSE-WRAP TYPES: FEATURES AND APPOINTMENTS

Summary

In this paper features of click-wrap and browse-wrap agreements are analyzed. Are as of their usage and differences are determined. The Judicial Practice Of The USA and the EU is analyzed. The analysis of approaches to determining the criteria for the validity of the click-wrap and browse-wrap agreements: reasonable communicativeness test (US courts) and the durable medium test (EU Court of Justice). An attempt to answer the question whether a separate regulation of conclusion of such contracts in Ukrainian Legislation Is Necessary Has Been Made. On the basis of this research the following conclusion is made: special amendments to the current legislation is not needed, however, it is necessary to use these new contract structures, taking into account the interpretati on of the current legislation and principles of contract law.

Key words: online contracts, click-wrap agreements, browse-wrap agreements, reasonable communicativeness test, durable medium test.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133826
УДК 347.77

Н. М. Булат
аспірант
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПОНЯТТЯ БРЕНДОВОГО КІБЕРСКВОТИНГУ ТА ШЛЯХИ БОРОТЬБИ З НИМ

У статті досліджується явище брендового кіберсквотингу та шляхи боротьби з ним. Запропоновано визначення поняття «брендовий кіберсквотинг». Розглянуто зарубіжну та українську судову практику вирішення доменних спорів. Проаналізовано дієвість можливих шляхів боротьби з брендовим кіберсквотингом. Обґрунтовується доцільність сприйняття в українському законодавстві концепції Єдиних Правил розгляду спорів про доменні імена.

Ключові слова: доменне ім'я, брендовий кіберсквотинг, доменні спори.

Постановка проблеми. Загальновідомо, що у сучасному інформаційному світі доменні імена виконують не просто функції з адресації певного ресурсу, вони слугують своєрідною «візитною карткою» сайту, засобом його індивідуалізації. Адже від того, наскільки доменне ім'я буде легким для запам'ятовування, відповідатиме інформації, що розміщена на сайті, яке воно позначає, простим для введення в адресну строку, привабливим для користувачів мережі Інтернет, залежить відвідуваність сайту, активність на ньому, а, отже, – його популярність. Із огляду на те, що безліч сайтів містять рекламу товарів чи послуг, обладнані під онлайн-магазини, іншим чином використовуються з комерційною метою, популярність сайту дуже важлива. Однак цінність та значущість доменного імені зумовила поширеність практики так званої «недобросовісної реєстрації» доменного імені, яка отримала назву «кіберсквотинг». При цьому найпроблемнішим та найпоширенішим видом кіберсквотингу лишається брендовий кіберсквотинг.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню проблеми брендового кіберсквотингу присвячено ряд наукових праць, зокрема Н. О. Попової, Т. В. Коваленко, А. Г. Серго, К. І. Гладкої. Так, Н. О. Попова, Т. В. Коваленко, досліджуючи проблему кіберсквотингу, пропонують виділяти певні його види, у тому числі й брендовий кіберсквотинг. А. Г. Серго, К. І. Гладкая досліджують проблему брендового кіберсквотингу, співвідносячи доменне ім'я із засобами індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів, послуг.

Утім явище брендового кіберсквотингу вимагає подальшого дослідження. Зокрема, важливим є конструювання поняття брендового кіберсквотингу, аналіз судової практики розв'язання доменних спорів та окреслення можливих шляхів боротьби з брендовим кіберсквотингом.

Мета статті. Метою роботи є конструювання визначення поняття «брендовий кіберсквотинг» як одного з видів кіберсквотингу, аналіз практики

розв'язання доменних спорів, виявлення найбільш доцільних заходів боротьби з брендовим кіберсквотингом.

Виклад основного матеріалу. Варто погодитися з Н. О. Поповою, Т. В. Коваленко у тому, що брендовий кіберсквотинг є одним із видів кіберсквотингу [1, с. 135-136; 2, с. 42]. Відтак, для конструювання визначення поняття «брендовий кіберсквотинг» необхідно звернутися до визначення поняття «кіберсквотинг».

Учасники Інтернет-відносин термін «кіберсквотинг» найчастіше трактують як протизаконну бізнес-діяльність, що полягає у реєстрації, використанні та пропонуванні до продажу доменного імені з несумлінним наміром отримати прибуток від паразитування на гудвілі або торговельній марці, яка належить іншій особі. Спонукальними мотивами до діяльності у ролі кіберсквотерів є невелика потреба у початкових капіталовкладеннях та значні прибутки після продажу доменів [1, с. 135]. Щодо поняття «брендовий кіберсквотинг», Т. В. Коваленко визначає його як «захоплення доменних імен, ідентичних або схожих із торговельними марками» [2, с. 43]. Н. О. Попова звертає увагу на те, що брендовий кіберсквотинг «характеризується захопленням співзвучних доменних імен або таких, що мають назву торгових марок» [1, с. 136].

Утім, на нашу думку, дані визначення потребують певного коригування. По-перше, кіберсквотинг варто розуміти як правопорушення. Адже термін «протизаконна бізнес-діяльність» не одержав належного обґрунтування. По-друге, кіберсквотинг полягає у недобросовісній реєстрації доменного імені, при цьому його використання та пропонування до продажу не є обов'язковим. По-третє, метою недобросовісної реєстрації доменного імені може бути не лише отримання прибутку від його перепродажу, а також введення в оману споживачів, обмеження діяльності конкурента тощо. Окреслити повне коло можливих намірів правопорушника у даному випадку не є можливим. Та й навряд чи це доцільно. Адже власне поняття «недобросовісність» уже свідчить про реалізацію права на реєстрацію доменного імені з метою, що суперечить даному праву. Таким чином, на нашу думку, кіберсквотинг варто розуміти як порушення прав інтелектуальної власності на знаки для товарів і послуг, комерційні (фірмові) найменування, об'єкти авторського права тощо, а також на самі доменні імена, та порушення прав на ряд інших об'єктів, які не є об'єктами права інтелектуальної власності (наприклад, ім'я фізичної особи), вчинене шляхом недобросовісної реєстрації доменного імені, що містить позначення, яке є тотожним (схожим) з охоронюваним об'єктом (його частиною).

Залежно від кола позначень, які використовуються кіберсквотерами, можна виділити наступні види кіберсквотингу: брендовий, іменний, галузевий, географічний, авторський, тайпосквотинг. При цьому, коли вживають термін «кіберсквотинг», то мають на увазі частіше за все саме брендовий кіберсквотинг [3].

Виходячи з вищенаведеного поняття кіберсквотингу, брендовий кіберсквотинг слід розуміти як порушення прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, учинене шляхом недобросовісної реєстрації доменного імені, що містить позначення, яке є тотожним (схожим) із охоронюваним об'єктом (його частиною). Із такого визначення випливають наступні положення. По-перше, брендовий кіберсквотинг характеризується використанням у

доменному імені позначень, що є тотожними (схожими) із знаками для товарів і послуг, комерційними (фірмовими) найменуваннями, географічними зазначеннями (їх частинами). Адже не доцільно під брендовим кіберсквотингом розуміти лише порушення прав на торговельні марки, а порушення прав на інші засоби індивідуалізації виділяти як окремі види кіберсквотингу, з огляду хоча б на те, що дані об'єкти традиційно об'єднуються в одну групу об'єктів права інтелектуальної власності – засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. По-друге, визначальною ознакою брендового кіберсквотингу, як і кіберсквотингу загалом, є недобросовісність реєстрації доменного імені. Адже сама по собі реєстрація відповідних позначень у доменному імені ще не створює кіберсквотингу. І, перш за все, необхідно враховувати саме мету такої реєстрації.

Для розуміння того, яка реєстрація доменного імені визнається недобросовісною, звернімося до практики вирішення доменних спорів. Так, канадський суд у справі "Bell Express Vu Limited Partner ship" проти "Tedmonds & Co. Inc." дійшов висновку, що, оскільки позивачу належить доменне ім'я "expressvu.com", а відповідач використовує доменне ім'я "expressvu.org" і його комерційне застосування (тим більше у некомерційній доменній зоні) не доведено, немає підстав для задоволення вимог позивача про переделегування йому доменного імені "expressvu.org", і використання доменного імені відповідачем є правомірним [4, с. 39]. Цікавою є також справа з приводу доменного імені "arial.nt". Компанія "Procter & Gamble/Magenta" звернулася з позовом до одного із судів Нідерландів, вважаючи, що використання відповідачем доменного імені "arial.nt" порушує її права як володільця прав на товарний знак "Arial". Відповідач у суді пояснив, що сайт використовується ним для особистих потреб, а назва домену перекладається як «лев», що є його улюбленою твариною. Суд врахував таке використання доменного імені законним [4, с. 42]. Ще однією справою, розглядаючи яку, суд вирішив, що реєстрація доменного імені не є кіберсквотингом з огляду на те, що у доменному імені використовується позначення, що є загальновживаним словом, є справа за позовом "EFax.com Inc" до володільця доменного імені "efax.co.uk", що розглядалася англійським судом. Так, у даній справі суд відмовив у задоволенні позову через те, що у доменному імені відповідачем використовувалося описове (не унікальне) позначення, і тому явного суміщення з бізнесом позивача бути не може [4, с. 39]. На добросовісність реєстрації доменного імені може також вказувати і те, що така реєстрація відбулася раніше за реєстрацію торговельної марки.

Та одна з найскладніших проблем у правозастосовній практиці виникла через унікальність доменного імені у межах усього світу та неунікальність знаків для товарів і послуг та інших засобів індивідуалізації. Так, виникає питання: якщо для різних класів товарів зареєстровані однакові товарні знаки, кому надати перевагу у праві використовувати позначення у доменному імені. Аналогічна проблема була поставлена перед англійським правосуддям ще у 1998 році. Сутність питання зводилася до з'ясування правомірності (неправомірності) використання дилером у доменному імені товарного знаку або назви компанії постачальника. Позивачами у справі виступили відомі англійські компанії "Marks & Spencer plc", "Ladbroke Group plc", "J Sainsbury plc", "Virgin Enterprises Ltd" та "British

Telecommunications plc", а відповідачами – група компаній-дилерів, що використовувала у доменних іменах позначення товарних знаків та назв компаній-позивачів. Суд прийняв рішення на користь позивачів [4, с. 39]. Іншу позицію в аналогічній справі зайняв нідерландський суд у 2000 році, дійшовши висновку, що дилер має законний інтерес у реєстрації доменного імені, що збігається з товарним знаком його партнера. Вплинуло на позицію суду і те, що на сайті дилер указав, що це сайт не володільця товарного знаку, а дилера, тому, на думку суду, був відсутній ризик уведення в оману споживачів [4, с. 40].

Проблема унікальності доменного імені у межах усього світу та неунікальності знаків для товарів і послуг була поставлена також і перед українським правосуддям. Так, розглядаючи справу щодо доменного імені "24.ua", Господарський суд м. Києва зіткнувся із ситуацією, коли дві особи були володільцями однакових знаків для товарів і послуг, зареєстрованих для різних класів товарів. Відмовляючи у визнанні за позивачем права на спірне доменне ім'я, суд виходив, зокрема, з того, що першість у реєстрації доменного імені належить іншій особі, і тому переделегування даного доменного імені не є можливим [5]. Аналогічну позицію зайняв і Господарський суд Донецької області. Розглядаючи позовні вимоги щодо зобов'язання відповідача припинити використання знака для товарів і послуг «САДКО» у доменному імені "sadko.ua", суд зазначив, що позов у цій частині задоволенню не підлягає, оскільки відповідач є володільцем майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку «САДКО». При цьому судом враховано, що позивач також є володільцем майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку «САДКО», однак дані торговельні марки зареєстровані для різних класів товарів і послуг та їх використання не призводить до змішування діяльності суб'єктів та не порушує прав інтелектуальної власності на торговельну марку кожного з них [6]. Отже, при вирішенні спорів між володільцями тотожних знаків для товарів і послуг суди виходять насамперед із першості реєстрації доменного імені, наголошуючи, що делегування особі вже зареєстрованого доменного імені є неможливим.

Що стосується конкуренції інтересів володільців доменних імен із володільцями комерційних найменувань, при вирішенні питання, чи є реєстрація доменного імені кіберсквотингом, також необхідно перш за все виявляти добросовісність (недобросовісність) реєстрації. У даному контексті варто додати наступне. Відповідно до ч. 2 ст. 489 Цивільного Кодексу України, «право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, є чи не є комерційне найменування частиною торговельної марки» [7, ч. 2 ст. 489]. Що ж до моменту першого використання комерційного (фірмового) найменування, то, відповідно до Постанови Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 року, такий момент може встановлюватися, зокрема, за даними «реєстрації доменного імені» [8, п. 80]. Отже, у випадку якщо реєстрація доменного імені є використанням певного позначення як комерційного найменування, то подальше використання іншою особою цього ж позначення, якщо це може вводити в оману споживачів, є порушенням прав реєстранта доменного

імені. Звідси також випливає, що у випадку, коли реєстрація доменного імені є використанням комерційного найменування та при цьому таке позначення збігається з комерційним найменуванням іншої особи, однак це не вводить в оману споживачів, така реєстрація не повинна трактуватися як кіберсквотинг.

Що стосується конкуренції інтересів володільців доменних імен із володільцями географічних зазначень, то варто погодитися з А. Г. Серго, К. І. Гладкою у тому, що використання географічного зазначення у доменному імені повинно бути перш за все пов'язане з уведенням товару в цивільний оборот. Так, якщо на сайті, індивідуалізованому спірним доменним ім'ям, розміщена інформація, наприклад, загальноосвітнього характеру, опис місцевості, історії, населення, то, вочевидь, таке використання географічного зазначення ніяк не пов'язане з уведенням товару в цивільний оборот, а тому безумовно така реєстрація доменного імені не може вважатися кіберсквотингом. Однак, як зазначають А. Г. Серго, К. І. Гладкая, якщо сайт використовується для реклами чи продажу товарів (особливі властивості якого виключно або головним чином зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами та (або) людським фактором) суб'єктом, що не має свідоцтва про реєстрацію права на використання кваліфікованого зазначення походження товару, то таке використання варто вважати правопорушенням [4, с. 22].

Існує кілька варіантів того, як боротися з брендовим кіберсквотингом. Так, український законодавець в абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» запровадив пріоритет прав на знаки для товарів і послуг над правами на доменні імена: «Порушенням прав власника свідоцтва вважається також використання без його згоди в доменних іменах знаків та позначень, указаних у пункті 5 статті 16 цього Закону» [9, абз. 2 ч. 1 ст. 20]. Таким знаками та позначеннями є наступні:

— зареєстровані знаки стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг;

— зареєстровані знаки стосовно товарів і послуг, споріднених із наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману особу, яка виробляє товари чи надає послуги;

— позначення, схожі із зареєстрованим знаком, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання ці позначення і знак можна сплутати;

— позначення, схожі із зареєстрованим знаком, стосовно товарів і послуг, споріднених із наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати [9, п. 5 ст. 16].

Таким чином, із комплексного аналізу норм абз. 2 ч. 1 ст. 20 та ч. 5 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» можна зробити наступні висновки. Із одного боку, такі норми є досить справедливими. Адже, як вбачається зі змісту ч. 5 ст. 16 вищезгаданого Закону, у доменному імені не просто забороняється використання позначень чужих торговельних марок, така заборона діє тільки за умови, якщо позначення у доменному імені здатне вводити в оману споживачів (наприклад, володілець доменного імені пропонує на своєму сайті товари (послуги), що є спорідненими з тими, що надає володілець прав на торговельну марку). Однак із іншого боку, для застосування абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» зовсім не важливо, що

зареєстроване раніше – торговельна марка чи доменне ім'я. Так, припустимо, особа зареєструвала певне доменне ім'я, під яким розробила сайт, де пропонує надання певних послуг. Із плином часу даний сайт стає досить популярним. Інша особа реєструє торговельну марку, тотожну доменному імені такого сайту, для аналогічних послуг. Думається, за такої ситуації вводитиме в оману споживачів саме володілець прав на торговельну марку. Однак, відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», незаконним є використання доменного імені. На необхідності скасування пріоритету прав на торговельні марки над правами на доменні імена наголошують ряд учених [10; 11]. На нашу думку, такий пріоритет має бути скасований через те, що, по-перше, норма абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не знімає питання кіберсквотингу (зрештою, окрім брендового кіберсквотингу, існують також інші його види, до того ж навіть поняття «брендовий кіберсквтинг» охоплює не лише порушення прав на знаки для товарів і послуг) та, по-друге, дана норма не сприяє справедливому захисту прав і законних інтересів суб'єктів прав на доменні імена.

На практиці застосування даної норми пов'язане зі ще однією проблемою, а саме: українська судова практика не однозначна у відповіді на питання, хто саме є порушником прав володільця торговельної марки: реєстратор чи реєстрант доменного імені. Так, можна виділити принаймні три підходи у вирішення даної проблеми.

1. Реєстратор, так само як і реєстрант, є порушником прав володільця торговельної марки. Так, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, переглядаючи справу № 6-36781св12, зазначає, що саме реєстратор надав послуги реєстранту доменного імені в мережі Інтернет, порушивши переважне право володільця торговельної марки на використання спірного знаку для товарів і послуг [12]. Господарський суд міста Києва у справі № 910/1185/15-г задовольнив позовні вимоги володільця торговельної марки до реєстратора доменного імені, заборонивши реєстратору порушувати права позивача на знак для товарів і послуг «АМСТОР» шляхом незаконного делегування доменного імені "amstor.ua" на користь інших осіб та зобов'язавши реєстратора скасувати делегування доменного імені "amstor.ua" [13]. Із таким висновком погодився і Київський апеляційний господарський суд [14]. Вищий господарський суд України, переглядаючи дану справу, передав її на новий розгляд, наголосивши на необхідності з'ясувати, чи здійснювалося використання реєстратором у доменному імені "amstor.ua" торговельної марки «АМСТОР» щодо товарів і послуг, тотожних (споріднених) із товарами і послугами володільця торговельної марки [15]. Установивши, що на сайті "amstor.ua" пропонувалися до продажу товари тих саме класів, що наведені у свідоцтві володільця торговельної марки, Господарський суд м. Києва заборонив реєстратору порушувати права позивача на знак для товарів і послуг «АМСТОР» шляхом незаконного делегування доменного імені "amstor.ua" на користь інших осіб та зобов'язав реєстратора скасувати делегування доменного імені "amstor.ua" [16].

2. Порушником прав володільця торговельної марки є реєстрант, реєстратор не відповідає за використання спірних позначень у доменних іменах. Разом із тим у даних справах реєстратор є відповідачем і до нього задовольняються позовні вимоги щодо зобов'язання припинити делегування

доменного імені або переделегувати доменне ім'я на користь позивача. Так, Печерський районний суд м. Києва у рішенні у справі № 757/45200/16-ц зазначає: «ТОВ «ІНТЕРНЕТ ІНВЕСТ» [реєстратор] не несе відповідальності за використання доменних імен, зареєстрованих за його допомогою, а також за зміст будь-яких матеріалів на сайтах, що розміщені під цими іменами або на сервісах служби. Разом з тим...саме ТОВ «ІНТЕРНЕТ ІНВЕСТ» уповноважене на внесення змін до реєстру щодо запису в доменне ім'я... а також скасувати делегування доменного імені»[17]. Солом'янський районний суд м. Києва у рішенні у справі № 760/21375/13-ц зазначає: «...спосіб захисту прав позивача з приводу переделегування доменного імені підлягає застосуванню судом, оскільки такий спосіб відповідає змісту порушених прав інтелектуальної власності позивача, характеру порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Також даний спосіб... є ефективним засобом захисту прав позивача від будь-яких подальших зловживань правом» [18]. Аналогічну позицію зайняли, зокрема, Солом'янський районний суд м. Києва у справах № 760/26510/14-ц [19] та № 760/21182/15-ц [20], Апеляційний суд м. Києва у справі № 760/4672/14-ц [21]. Цікаво також те, що, задовольняючи позовні вимоги як до реєстрантів, так і до реєстраторів, суди у даних справах приймали рішення про стягнення судових витрат лише з реєстрантів, а не з реєстраторів. Так, Солом'янський районний суд м. Києва у рішенні у справі № 760/21182/15-ц зазначає: «Ураховуючи те, що ТОВ «Хостінг Україна» [реєстратор], відповідно до покладених на нього повноважень, не відслідковує порушення прав власників свідоцтв України на знаки для товарів і послуг та добре відомі знаки, суд уважає, що з відповідача ОСОБА_1 [реєстранта] підлягають стягненню на користь позивача судові витрати» [20].

3. Порушником прав володільця торговельної марки є реєстрант, позовні вимоги до реєстраторів не задовольняються. «Суд не може перебирати на себе повноваження Реєстратора, тому суд не вбачає підстав для задоволення заявлених вимог позивача в частині зобов'язання фізичної особи-підприємця ОСОБА_7 [реєстратора] внести зміни до Реєстраційної системи реєстру публічного домену .UA», – зазначає Шевченківський районний суд м. Києва у рішенні у справі № 761/39376/16-ц [22]. «Суд приходить до висновку, що, оскільки діяльність з адміністрування доменних імен передбачає здійснення реєстраційних функцій та забезпечення умов доступу абонентів до відповідних телекомунікаційних послуг, особа, яка здійснює лише делегування та адміністрування доменних назв, не є фактичним користувачем делегованих доменних імен. Адже реєстрація домену є, по суті, внесенням обумовленої інформації до реєстраційної бази даних, а не власне використанням такого домену... Оскільки відповідач є реєстратором доменного імені... тобто не є його користувачем, вимоги позивача про зобов'язання відповідача припинити неправомірне використання знаків для товарів... є необґрунтованими та позов у цій частині не підлягає задоволенню», – до такого висновку приходить Господарський суд м. Києва у справі№ 910/14013/17 [23]. Аналогічна правова позиція міститься у Постанові Вищого господарського суду України від 14.03.2006 у справі № 21/71 [24].

На нашу думку, кіберсквотером може визнаватися лише реєстрант доменного імені. Адже фактично саме він, а не реєстратор, використовує доменне ім'я. Реєстратор може бути залучений до участі у справі як третя

особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору. Утім, для розв'язання проблеми брендового кіберсквотингу потрібні передусім актуальні вимогам сьогодення законодавчі положення. Адже, як бачимо, встановлений у абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» пріоритет прав на знаки для товарів і послуг над правами на доменні імена не вирішує проблему кіберсквотингу.

На відміну від законодавця, Адміністратор зони .UAвдався до ще однієї «крайності», встановивши, що приватне доменне ім'я другого рівня у зоні .UA може зареєструвати лише та особа, що має право на знак для товарів і послуг, і за умови, що заявлене доменне ім'я співпадає з цим знаком (словесною частиною). [25, п. 3.3].«Реєстрація та делегування доменних імен у доменній зоні другого рівня .UA є привілеєм для власників відповідних торговельних марок, належним чином зареєстрованих на території України», – зазначає з цього приводу Вищий господарський суд України [15]. Із огляду на встановлене Адміністратором зони .UA положення виникає принаймні два питання:

1. Як боротися з кіберсквотингом, скажімо, у доменах третього рівня, наприклад, у зоні .COM.UA?

2. Що робити тим особам, які не мають прав на знаки для товарів і послуг (скажімо, благодійним організаціям) або мають таке право, але хочуть зареєструвати доменне ім'я співзвучне, наприклад, їх комерційному найменуванню, та як зареєструвати як доменне ім'я позначення, що є загальновживаними термінами, назвами відомих творів літератури, деякі інші об'єкти, що хоча і перелічені у ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» як такі, що не можуть одержати правову охорону за цим Законом [9, ст. 6], однак їх використання як доменних імен не порушувало б права інших осіб? Так, якщо власник літературного сайту, присвяченого творчості Т. Шевченка, хоче надати такому сайту доменне ім'я "t_shevchenko.ua", то навряд чи він автоматично повинен потрапляти у ряди кіберсквотерів. І у таких випадках доведеться йти в обхід Регламенту і або реєструвати домен третього рівня у зоні, наприклад, .IN.UA, причому тільки якщо адміністратор даної зони це дозволить, або взагалі «забути» про зону .UA та скористатися іншим доменом вищого рівня (тут у нагоді стануть домени вищого рівня загального користування), зареєструвавши, наприклад, доменне ім'я "t_shevchenko.org".

Із огляду на вищезазначені проблеми, цікавою є пропозиція створення єдиного правового механізму реєстрації доменних імен усіх підрівнів зони .UA, «який передбачав би надання права на доменне ім'я будь-якій юридичній чи фізичній особі незалежно від характеру її діяльності та наявності у неї права на використання торговельної марки. При цьому, на заявника доцільно покласти обов'язок у переліку документів, які необхідні для реєстрації домену, надати відомості, що свідчать про наявність у нього права на використання даного позначення як торговельної марки чи про відсутність у Державному реєстрі свідоцтв України на знаки для товарів та послуг щодо однорідних товарів тотожних чи схожих словесних позначень, зареєстрованих чи заявлених на реєстрацію як торговельні марки на ім'я інших суб'єктів. Тим самим будуть створені сприятливі умови для розвитку інформаційних ресурсів національної частини Всесвітньої мережі та попереджатимуться можливі колізії прав між власниками тотожних чи схожих торговельних марок і доменних імен» [3].

Однак варто пам'ятати, що, окрім брендового, існують також інші види кіберсквотингу, а власне кіберсквотинг полягає у недобросовісній реєстрації доменного імені. Із огляду на це, гнучкими та дієвими є Єдині Правила розгляду спорів про доменні імена (UDRP), розроблені Всесвітньою організацією інтелектуальної власності та прийняті Інтернет-корпорацією з присвоєння імен та номерів, у яких для вирішення питання, чи є реєстрація доменного імені кіберсквотингом, пропонується використовувати критерій добросовісності [26]. Отже, сутність Єдиних Правил розгляду спорів про доменні імена становить закладена у них так звана «концепція добросовісності застосування доменних імен». Дана концепція зводиться до презумпції добросовісності суб'єкта права на доменне ім'я, якщо він має щодо нього законні інтереси. Наявність законного інтересу визнається в таких трьох випадках (кожен із випадків має самостійне значення):

1) до отримання повідомлення про наявність спору щодо доменного імені володілець останнього має розпочати його використання (чи використання позначення, яке відповідає доменному імені) або продемонструвати підготовку до такого використання у зв'язку з добросовісною пропозицією товарів, послуг;

2) володілець імені має бути загальновідомим саме завдяки цьому доменному імені (навіть якщо він не має товарних знаків);

3) володілець доменного імені повинен здійснювати законне некомерційне використання або інше добросовісне використання останнього без намірів отримати комерційну користь шляхом введення в оману споживачів або дискредитації товарного знаку чи знаку обслуговування, із приводу яких пред'явлені претензії [26, параграф 4 (c)].

У свою чергу, на недобросовісність поведінки особи, яка зареєструвала ім'я, за правилами п. 4 (b) UDRP можуть вказувати такі обставини:

(i) доменне ім'я було зареєстроване або придбане, головним чином, із метою наступного продажу, здавання в оренду або іншого роду передачі зареєстрованого доменного імені заявнику, який є володільцем схожого товарного знаку, або його конкуренту за гроші чи інші цінності, що перевищують витрати, документально підтверджені й напряму пов'язані з доменним іменем; або

(ii) доменне ім'я зареєстровано виключно з метою перешкодити володільцю торговельної марки використовувати відповідне доменне ім'я; або

(iii) доменне ім'я зареєстроване головним чином з метою перешкодити діяльності конкурента; або

(iv) при використанні доменного імені його володілець свідомо прагнув із метою отримання комерційної вигоди привернути увагу користувачів Інтернету до свого веб-сайту (або іншої адреси в режимі онлайн), створюючи за допомогою чужого товарного знаку введення публіки в оману щодо ймовірності походження, джерела фінансування, належності або підтримки сайту (чи онлайн адреси) або товарів чи послуг, які пропонуються на сайті [26, параграф 4 (b)].

Таким чином, для вирішення питання, чи є реєстрація доменного імені брендовим кіберсквотингом, Єдині правила розгляду спорів про доменні імена встановлюють за необхідне з'ясувати мету, наміри реєстрації доменного імені, оцінити ступінь його відомості. Такі положення цілком відповідають змісту поняття «брендовий кіберсквотинг», тому є дієвим механіз-

мом боротьби з даним явищем, за якого виключається також порушення законних інтересів володільців прав на доменні імена.

Висновки. Таким чином, брендовий кіберсквотинг – порушення прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, вчинене шляхом недобросовісної реєстрації доменного імені, що містить позначення, яке є тотожним (схожим) з охоронюваним об'єктом (його частиною). Український законодавець для боротьби з даним явищем запровадив пріоритет прав на знаки для товарів і послуг над правами на доменні імена. На відміну від законодавця, Адміністратор зони .UA вдався до ще однієї «крайності», встановивши, що приватне доменне ім'я другого рівня у зоні .UA може зареєструвати лише та особа, що має право на знак для товарів і послуг, і за умови, що заявлене доменне ім'я співпадає з цим знаком (словесною частиною). Однак такі заходи є несправедливими, такими, що не дозволяють захистити права на доменні імена тих суб'єктів, які не є кіберсквотерами. До того ж на практиці вони породжують ряд проблем. Із огляду на це вбачається необхідним сприйняти в українському законодавстві концепцію добросовісності, закладену в Єдиних правилах розгляду спорів про доменні імена, що буде більшою мірою відповідати реаліям сьогодення.

Список літератури

1. Попова Н. О. Кіберсквотинг як основний вид правопорушень в доменних спорах // Вітчизняний та світовий досвід правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності : Збірник наукових праць за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції / За заг. ред. О. В. Черевка, О. П. Орлюк. Черкаси: Черкаський національний університет ім. Б. Хмельницького, 2015. 145 с. С. 134–137.
2. Коваленко Т. Кіберсквотинг, ринок купівлі та продажу доменів // Теорія і практика інтелектуальної власності. 2013. № 6. С. 40–45.
3. Цивільнеправо України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., К. : Юрінком Інтер, 2010. 976 с.
4. Серго А., Гладкая Е. Правовое регулирование доменных имен // Хозяйство и право. Приложение. 2010. № 3. 49 с.
5. Рішення Господарського суду м. Києва від 26 червня 2014 року у справі № 910/1116/14. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39554980 (дата звернення: 04.04.2018).
6. Рішення Господарського суду Донецької області від 14 січня 2013 року у справі № 2/59 пн. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59284488 (дата звернення: 04.04.2018).
7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV зі зм. та доп., внес. зг. законів України; станом на 07.03.2018 р. Електрон. дан. (21 файл). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 04.04.2018).
8. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Вищого господарського суду від 17.10.2012 № 12. Електрон. дан. (3 файли). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12 (дата звернення: 04.04.2018).
9. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII зі зм. та доп., внес. зг. законів України; станом на 21.05.2015 р. Електрон. дан. (2 файли). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення: 04.04.2018).
10. Бонтлаб В. В. Цивільно-правове регулювання доменних імен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2006. 15 с.

11. Майданик Н. Здійснення права на доменне ім'я в мережі Інтернет // Юридична Україна. 2009. № 7 (79). С. 62–67.
12. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 жовтня 2012 року у справі № 6-36781св12. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/26933128 (дата звернення: 04.04.2018).
13. Рішення Господарського суду м. Києва від 2 березня 2015 року у справі № 910/1185/15-г. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43006782 (дата звернення: 04.04.2018).
14. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 26 квітня 2016 року у справі № 910/1185/15-г. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57460793 (дата звернення: 04.04.2018).
15. Постанова Вищого господарського суду України від 16 серпня 2016 року у справі № 910/1185/15-г. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59774981 (дата звернення: 04.04.2018).
16. Рішення Господарського суду м. Києва від 8 грудня 2016 року у справі № 910/1185/15-г. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63370458 (дата звернення: 04.04.2018).
17. Рішення Печерського районного суду м. Києва від 30 листопада 2016 року у справі № 757/45200/16-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/64013904 (дата звернення: 04.04.2018).
18. 18. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 25 листопада 2013 року у справі № 760/21375/13-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua /Review/35717827 (дата звернення: 04.04.2018).
19. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 24 грудня 2014 року у справі № 760/26510/14-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua / Review/42172960 (дата звернення: 04.04.2018).
20. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 18 травня 2016 року у справі № 760/21182/15-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua / Review/57798485 (дата звернення: 04.04.2018).
21. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 5 жовтня 2016 року у справі № 760/4672/14-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua / Review/65581064 (дата звернення: 04.04.2018).
22. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 16 листопада 2017 року у справі № 761/39376/16-ц. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70704102 (дата звернення: 04.04.2018).
23. Рішення Господарського суду м. Києва від 13 жовтня 2017 року у справі № 910/14013/17. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69718253 (дата звернення: 04.04.2018).
24. Постанова Вищого господарського суду від 14 березня 2006 року у справі 21/71. Електрон. дан. (1 файл). URL: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1207087.html (дата звернення: 04.04.2018).
25. Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA від 1 квітня 2014 року : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами / ТОВ «Хостмайстер». [б. м. : б. в.]. 8 с.
26. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy : Approved by ICANN on October 24, 1999/ ICANN.Electronic data (1 file). URL:https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en (date of access: 04.04.2018).

Стаття надійшла до редакції 19.05.2018

Н. Н. Булат
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПОНЯТИЕ БРЕНДОВОГО КИБЕРСКВОТТИНГА И ПУТИ БОРЬБЫ С НИМ

Резюме

В статье исследуется явление брендового кибersквоттинга и пути борьбы с ним. Предложено определение понятия «брендовый кибersквоттинг» как одного из видов кибersквоттинга. Рассмотрена зарубежная и украинская судебная практика разрешения доменных споров. Проанализирована действенность возможных путей борьбы с брендовым кибersквоттингом. Рассмотрена сущность и проблемы применения приоритета интересов владельцев прав на знаки для товаров и услуг над интересами владельцев прав на доменные имена. Проанализированы меры борьбы с брендовым кибersквоттингом, применяемые Администратором зоны .UA. Рассмотрена концепция добросовестности применения доменных имён, которая нашла своё выражение в Единых Правилах рассмотрения споров о доменных именах, разработанных Всемирной организацией интеллектуальной собственности и принятых Интернет-корпорацией по присвоению имён и номеров. В статье обосновывается целесообразность восприятия в украинском законодательстве концепции данных Правил, положения которых являются действенным механизмом борьбы с брендовым кибersквоттингом, при котором исключается также нарушение законных интересов владельцев прав на доменные имена.

Ключевые слова: доменное имя, брендовый кибersквоттинг, доменные споры.

N. M. Bulat
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

A CONCEPT OF A BRAND CYBERSQUATTING AND WAYS TO COMBAT IT

Summary

The article presents an exploration of the phenomenon of a brand cybersquatting and ways to combat it. A definition of the term “brand cybersquatting” as a kind of a cybersquatting is proposed. The foreign and Ukrainian court practice of domain disputes resolution is addressed.The effectiveness of ways to combat a brand cybersquattingis analyzed. It is argued that a priority of trademarks over domain names and the means for fighting with a brand cybersquatting that are applied by the Administrator of a domain zone .UA are not effective. A concept of a good faith domain names use that is expressed in the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy is analyzed.

It is substantiated a conclusion about the efficiency of implementation in the Ukrainian legislation this concept because it is an effective mechanism to combat a brand cybersquatting, using which a violation of domain names holders' interests is excluded.

Key words: domain name, brand cybersquatting, domain disputes.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133966
УДК 347.772:340.5

А. С. Кисель
студентка
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВА ОХОРОНА ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄС (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)[1]

Стаття присвячена дослідженню особливостей правової охорони торговельних марок, які є засобами індивідуалізації учасників цивільного обороту, відповідно до внутрішнього законодавства України, міжнародних договорів та національного законодавства окремих країн Європейського Союзу. Вказано, що даний об'єкт права інтелектуальної власності сьогодні є дуже важливим стратегічним активом, передумовою для успішного розвитку країни та підтримання міжнародних економічних відносин, тому законодавство у цій сфері повинно відповідати сьогоденню. Обґрунтовується необхідність удосконалення законодавства України з урахуванням досвіду зарубіжних країн.

Ключові слова: торговельна марка, знак для товарів і послуг, правова охорона.

Постановка проблеми. У сучасному світі (у зв'язку з розвитком ринкового конкурентного середовища) значно зросла роль такого об'єкта права інтелектуальної власності, як торговельна марка. Уже станом на 2015 рік кількість зареєстрованих знаків для товарів і послуг у світі становила 30 мільйонів [1, с. 108].

Використання торговельних марок сприяє збільшенню попиту, становленню репутації виробника, забезпечує охорону суб'єктивних прав та інтересів споживача. Провідні країни-члени ЄС приділяють значну увагу охороні знаків для товарів та послуг із метою усунення перешкод для вільного руху товарів та запобігання негативного впливу на конкуренцію [2, с. 125].

Актуальність обраної теми полягає в тому, що торговельні марки та система їх охорони сьогодні є дуже важливим стратегічним активом, який є передумовою для успішного розвитку країни, підтримання міжнародних економічних відносин. Проте українське законодавство в сфері охорони прав на торговельні марки є недосконалим, а окремі норми не повністю відповідають реаліям практики. У зв'язку зі стрімким розвитком суспільства законодавство нашої держави також повинно вдосконалюватись, використовуючи при цьому досвід зарубіжних країн [3, с. 91].

[1] Стаття підготовлена в рамках науково-дослідної теми кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету імені І. І. Мечникова «Забезпечення прав і законних інтересів учасників правовідносин, що виникають у сфері приватного права: проблеми теорії та практики» (державний реєстраційний номер: 0118U004432). Науковий керівник теми і даного дослідження А. С. Кисель – І. С. Канзафарова, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика правової охорони торговельних марок досліджується в працях таких вчених, як: О. В. Басай, Ю. М Капіца, О. А. Рассомахіна, Т. В. Рудник та ін. Особливостям даного об'єкту права інтелектуальної власності присвячені дисертаційні дослідження Т. С. Демченко, П. Ф. Немеша, Л. Д. Романадзе. Однак, незважаючи на підвищений інтерес науковців до даної теми, вона все ж залишається не повністю розкритою. Деякі з дослідників, наприклад, Т. Є. Ромат, стверджують, що сучасне законодавство України в цій сфері в цілому відповідає міжнародним стандартам [4, с. 294]. Однак інші, зокрема Ю. М. Капіца, О. О. Ковальчук, вважають, що національне законодавство України (у відповідній частині) потребує змін та доповнень [5, с. 84].

Постановка завдання. Метою даного дослідження є визначення особливостей правової охорони торговельних марок в Україні та окремих країнах Європейського Союзу (ЄС) і з'ясування можливих шляхів удосконалення вітчизняного законодавства, що регулює відповідні суспільні відносини.

Виклад основного матеріалу. Особливості правової охорони знаків для товарів та послуг в Україні закріплені в Цивільному кодексі України, Господарському кодексі України, Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», інших нормативно-правових актах нашої держави, а також у міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України.

Першим нормативно-правовим актом України, що встановлював особливості використання і охорони знаків для товарів та послуг, стало «Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні», затверджене Указом Президента України від 18 вересня 1992 р., яким було врегульовано майнові та особисті немайнові відносини, пов'язані зі створенням, правовою охороною та використанням торговельних марок [6].

У 1993 році було прийнято Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг», що встановлює умови надання правової охорони знаку для товарів та послуг, порядок одержання свідоцтва, права та обов'язки, що виникають із нього. Відповідно до цього Закону, знаки для товарів та послуг виконують функцію індивідуалізації вироблених товарів та наданих послуг, захищають інтереси сумлінних продавців та споживачів [7]. Із моменту прийняття даного Закону почалась сучасна епоха торговельних марок в Україні.

У подальшому у ст. 492–500 Цивільного кодексу України з'явились норми, присвячені суб'єктам права на торговельну марку, майновим правам інтелектуальної власності на даний засіб індивідуалізації тощо [8].

Торговельні марки в усьому світі пройшли досить довгий шлях становлення. Свою сучасну функцію вони отримали у XIX ст., що відобразилось у Паризькій конвенції про охорону промислової власності 1883 р. (діє до цього часу в редакції від 14 липня 1967 року), де вперше згадувався термін «фабрична марка». Першою зареєстрованою маркою прийнято вважати «Червоний трикутник «Бесс». Вона з'явилась в Англії у 1876 р. і була створена з метою доведення товару до покупця. У зв'язку з постійним розвитком торгівлі та ускладненням процесу надходження товарів від продавця до споживача товарні знаки стали набувати все більшої популярності. Однак таке широке використання товарних знаків призвело до збільшення випадків їх копіювання, підробки, що стало поштовхом до встановлення

правової охорони торговельної марки на законодавчому рівні. Перший в Європі закон, присвячений правовому регулюванню торгових марок, було прийнято у Франції. В Англії для захисту від цих порушень були сформовані суди, які забороняли видавати товари одного виробника за товари іншого [3, с. 95].

На підставі ст. 19 Паризької конвенції в галузі охорони торговельних марок, було прийнято значу кількість спеціальних міжнародних договорів, присвячених охороні цього об'єкта права інтелектуальної власності. Неможливо залишити поза увагою Мадридську Угоду про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 року, яка встановлює необхідність охорони товарного знака в країні походження і можливість країни відмовити в охороні, якщо це суперечитиме національному законодавству [9, с. 324].

Мадридська Угода про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 року та Мадридський протокол до Угоди 1989 р. в країнах ЄС були розвинуті прийняттям у 1988 р. Першої Директиви Ради Європейського Союзу про наближення законодавства держав-членів, що стосується торговельних марок (89/104/ЄЕС), та у 1993 р. – Регламенту Ради (ЄС) № 40/94 про торговельну марку Спільноти [10, с. 82–83].

У 2009 – 2011 рр. на замовлення Європейської комісії Інститутом інтелектуальної власності та конкуренції Макса Планка було проведене дослідження особливостей використання товарних знаків у Європі. За результатами цього дослідження Європейською комісією в 2013 р. було підготовлено та згодом прийнято Регламент 2015/2424 та Директиву 2015/2436 [5, с. 83]. Директива містить ряд новел, серед яких: надання можливості зареєструвати нетрадиційні торговельні марки; закріплення положення про те, що незастосування торговельної марки відповідачем протягом п'яти років буде враховуватись при розгляді справ щодо порушення прав власника марки; розширення обсягу захисту прав власників торговельних марок шляхом заборони здійснювати порівняльну рекламу, що не відповідає вимогам Директиви; ввезення на територію європейських держав товарів зі схожою маркою; розповсюдження етикетки з ідентичними товарними знаками; зближення законодавства країн-членів ЄС завдяки уточненню підстав для відмови в реєстрації товарного знаку, закріпленню особливостей колективних торгових марок, встановленню особливостей ліцензійних договорів тощо [11].

Ринкова економіка створила сприятливі умови для маркування товарів. У зв'язку зі стрімким розвитком багатьох сфер господарювання ринок поповнився значною кількістю товарів різних виробників. Покупець постав перед вибором, який із них йому обрати. Боротьба за споживачів зумовила появу на ринку недобросовісних продавців, які почали використовувати чужі знаки для своїх товарів. Із часом торговельна марка стала вважатись результатом інтелектуальної діяльності, отримала належну правову охорону та захист [3, с. 96].

Для визначення особливостей правової охорони торговельних марок в Україні та окремих країнах ЄС, на нашу думку, насамперед необхідно розглянути питання про визначення поняття «торговельна марка» у законодавстві зазначених країн.

Так, наприклад, законодавство Німеччини до торговельних марок відносить усі позначення (слова, малюнки, звукові сигнали, тривимірні зображення, колір або сукупність кольорів), які допомагають відрізняти товари

одного виробника від товарів іншого. Законодавство Франції закріплює, що як торговельна марка можуть реєструватись такі види позначень, як найменування, звукове позначення, форма та колір [12].

Стаття 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» визначає знак для товарів та послуг як «позначення, за яким товари й послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб» [7, ст. 1]. Згідно з п. 1.4. Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг до об'єктів правової охорони належать: словесні знаки; зображувальні знаки; об'ємні знаки та їх комбінації [13].

Зазначимо, що сьогодні в різних нормативних джерелах ми можемо зустріти як термін «торговельна марка» (Цивільний кодекс України), так і термін «товарний знак» (Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України), а також поняття «знак для товарів та послуг» (Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг»). В українському законодавстві ці терміни є синонімічними. У ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності до об'єктів правової охорони належать два різних об'єкти – «товарний знак» та «знак обслуговування» [14].

Проте, враховуючи схожість за своєю основною функцією, – розрізняти товари та послуги різних суб'єктів господарювання, у даній роботі ми будемо розуміти «торговельну марку» і «знак для товарів і послуг» як синонімічні категорії.

Не так давно законодавство багатьох європейських країн надавало правову охорону тільки обмеженому колу торговельних марок залежно від форми їх зовнішнього вираження. Однак протягом останніх років коло таких позначень значно розширилось.

Неможливо залишити поза увагою особливості правової охорони звукових торговельних марок. Протягом досить тривалого часу в країнах ЄС не підлягали реєстрації ті звукові торговельні марки, які було неможливо викласти у вигляді нотного запису. Однак після внесення змін до Розпорядження Комісії ЄС № 1041 (2005 р.) у справі торговельної марки ЄС, у країнах Європейського Союзу з'явилась можливість реєструвати звукові торговельні марки, які можна представити не тільки графічним способом. З'явилася можливість представляти звуки в електронній формі, під якою розуміють «виконання вимоги графічного представлення у вигляді долученого до заявки аудіофайлу із записаним звуком, який публікується в електронній базі товарних знаків» [15, с. 96].

Проаналізувавши Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг», можна побачити, що у ньому не передбачена можливість вираження позначення, що заявляється як торговельна марка, у звуковій формі. Але детальне регулювання такого виду знаку можна побачити в Методичних рекомендаціях із окремих питань проведення експертизи заявки на знак для товарів і послуг від 7 квітня 2014 р., де зазначено, що правової охорони набувають «лише такі звукові знаки, які можна перекласти на музичні ноти, зокрема у вигляді акорду, музичного твору чи його фрагмента» [16].

Як зазначає Л. Д. Романадзе, важливим питанням сьогодні є можливість надання охорони описовому позначенню іноземного походження. У більшості випадків суди дотримуються точки зору, що описове позначення не виконує функцій торговельної марки та не підлягає правовій охоро-

ні, однак єдиного підходу стосовно такої категорії справ не вироблено. Для прикладу розглянемо судову справу Великої інстанції Парижа стосовно визнання недійсною ТМ «Flower», яке широко вживається в англійській мові. Суд визнав це слово таким, що може застосовуватись як торговельна марка, аргументуючи це тим, що воно не увійшло до повсякденної французької мови. Проте така думка видається суперечливою, адже дане описове позначення відоме широкому колу населення [10, с. 38].

У Німеччині забороняється використовувати позначення на іноземній мові, яку середньостатистичний споживач може не знати. В Іспанії та Данії важливу роль в оцінці описового характеру терміна відіграє його статус у країні походження. У законодавстві України не містяться вказівки щодо того, чи можливо надати правову охорону таким позначенням. У зв'язку з цим підтримуємо думку Л. Д. Романадзе щодо необхідності внесення змін до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» шляхом заборони на реєстрацію описових позначень іноземного походження [10, с. 38].

Не менш актуальною сьогодні є проблема, пов'язана з правовим регулюванням колективних торговельних марок. Такий різновид знаків для товарів та послуг досить детально регламентований ст. 7 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. Як вірно зазначає Р. О. Кононенко, використання колективної марки є досить ефективним порівняно з ліцензуванням індивідуального товарного знака насамперед для тих осіб, які мають право використовувати колективну марку, зокрема, якщо вони в силу свого членства здатні впливати на об'єднання, яке є власником такої марки. До того ж їх можуть застосовувати асоціації та спілки замість використання значної кількості індивідуальних знаків [17, с. 70].

Однак у законодавстві України колективна торговельна марка не знайшла свого закріплення [2, с. 125]. Лише в ч. 5 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» згадується, що право на одержання свідоцтва на торговельну марку має, серед інших, також і об'єднання осіб [7, ст. 5]. При цьому на практиці такий особливий вид торговельної марки застосовується досить часто.

Ми погоджуємося з думкою П. Ф. Немеша, який підкреслює, що відсутність належної правової бази щодо колективних марок «створює загрозу для підприємців, які здобувають ділову репутацію під такою маркою, ускладнює залучення іноземних інвестицій під марковану нею продукцію, створює умови для зловживання у цій сфері недобросовісними конкурентами» [18, с. 107].

Тому вбачається за необхідне в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» закріпити визначення колективного товарного знаку, а також положення, що даний знак належить до об'єктів виключного права об'єднання, спілки тощо.

Однією з найголовніших ознак охороноздатності торговельних марок є те, що вони повинні мати розрізнювальну здатність (тобто не бути схожими до ступеня змішування з іншими марками) та не бути оманливими. Відповідно до Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, не підлягатимуть правовій охороні торговельні марки, які:

1) є ідентичними і використовуються на ідентичних товарах або для ідентичних послуг;

2) не є ідентичними, але при цьому споживачі можуть бути введені в оману. Наприклад, якщо на звичайній футболці зазначений логотип ТМ «Renault» і при цьому власники торговельної марки не повідомлені про використання торговельної марки, це буде вважатися введенням споживача в оману, навіть незважаючи на те, що ТМ «Renault» випускає авто, а не футболки. Таке позначення здатне породжувати в уяві споживача переконання, що футболки випущені на замовлення відомого бренду [4, с. 290].

Досить важливим аспектом при наданні охорони торговельній марці є також установлення її відповідності моралі та громадському порядку. Принцип моральності закріплено в ст. 6 quinquies (B), (C) Паризької конвенції про охорону промислової власності: якщо знаки суперечать моралі та якщо вони можуть ввести в оману громадськість, вони можуть бути відхилені при реєстрації [14]. Даний принцип знайшов своє відображення і в законодавстві України. Так, у ст. 5 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» вказано, що правова охорона надається знаку, який не суперечить суспільним інтересам, принципам гуманності і моралі [7, ст. 5].

Науковці пропонують різні визначення поняття торговельних марок, що суперечать моралі та публічному порядку. Наприклад, О. А. Рассомахіна розуміє під ними такі позначення, які суперечать основам конституційного ладу і здатні викликати невдоволення в суспільстві у зв'язку з порушенням правил, які склались у ньому на основі норм моралі, традицій та культурних цінностей [19, с. 14]. Л. Д. Романадзе стверджує, що принципам гуманності та моралі суперечать марки із зображенням оголеної людської статури, культових споруд за відсутності дозволу конфесій, елементи, що ображають живу чи покійну особу або можуть нашкодити її репутації і т.п. [10, с. 47].

Як вважають П. Б. Меггс та А. П. Сергєєв, найскладнішим у судовій практиці є питання встановлення факту аморальності торговельної марки у зв'язку з постійною зміною уявлень про мораль у суспільстві, неможливістю встановити критерії аморальності того чи іншого явища або процесу [20, с. 378].

На сьогодні не існує чіткої методики визначення того, чи відповідає дана норма моральним засадам суспільства. Рішення про надання охорони торговельній марці ґрунтується на суб'єктивній оцінці [21, с. 80 – 81].

Дослідивши думки науковців, пропонуємо задля полегшення встановлення факту аморальності закріпити в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» визначення торговельної марки, що суперечить принципу гуманності та моралі, як такої, що містить нецензурні, образливі вислови, компрометує особу та зачіпає її особисті немайнові права.

Важливою проблемою є те, що сьогодні ані Директиви, ані українське національне законодавство не містять чіткого визначення принципу добросовісності при реєстрації торговельної марки, що є суттєвим недоліком. Зважаючи на це, необхідно звернути увагу на досвід деяких зарубіжних країн, зокрема Великої Британії, де цей принцип розкрито детальніше. Відповідно до Закону Великої Британії «Про товарні знаки» 1994 року заявник при реєстрації повинен включити в заявку те, що він має добросовісний намір почати використання даного знаку. Така вказівка допомагає вирішувати проблеми недобросовісності при поданні заявки на торговельну марку [2, с. 126].

Останнім часом в охороні торговельних марок значно посилилась роль споживача. Результатом цього стало впровадження в практику країн-членів ЄС моделі пересічного споживача. Така модель була введена Судом Справедливості ЄС при розгляді справи «6-Кот-Еіег» на запит Німецького вищого адміністративного суду при вирішенні ним питання про те, на що необхідно орієнтуватись при визначенні здатності марки вводити в оману. Було відзначено, що суд має спиратись на позицію «достатньо поінформованого, спостережливого та розсудливого споживача», а думка експерта або інших споживачів на предмет відповідності торговельної марки законодавчим вимогам застосовуються тільки для уточнення точки зору пересічного споживача. Ця модель була перейнята й іншими європейськими державами і отримала у них широке застосування. Зокрема, у польському законодавстві пересічний споживач – це особа, достатньо поінформована, уважна та обачна; при цьому враховується також культурний, мовний чинник, уразливість до нечесних комерційних практик у зв'язку з віком і т. п. [22].

Як зазначає С. С. Савич, пересічний споживач – це «певна юридична конструкція активної поведінки» особи, він не є реальним суб'єктом права, тобто це функціональне поняття [23, с. 211].

Українське законодавство не містить жодних вказівок на такого споживача, проте в експертних висновках щодо можливості марки вводити в оману досить часто вказується, що аналіз подібності товарів здійснюється в розрахунку на споживача. Таке посилання видається недостатньо конкретизованим та не дозволяє зробити висновок про наявність у споживача певної чіткої позиції щодо товару. Тому законодавство України в цій частині потребує вдосконалення [23, с. 211]. У зв'язку з вищенаведеним, вважаємо за необхідне закріпити модель пересічного споживача (тобто особи з середнім рівнем поінформованості в цій сфері), яка застосовувалась би при визначенні того, чи може певний знак ввести в оману.

Варто відзначити, що охорона торговельної марки здійснюється шляхом захисту прав, що належать чітко визначеним суб'єктам. Відповідно до положень Паризької конвенції, Угоди TRIPS та Директиви 89/104/ЄЕС фізичні та юридичні особи не можуть обмежуватись у набутті прав на торговельні марки. Як зазначається в ст. 5 Регламенту Ради (ЄС) № 40/94, власником торговельної марки Спільноти може бути будь-яка фізична або юридична особа [24]. Відповідні норми міжнародних договорів закріплені і в національних законодавствах країн-членів ЄС [10, с. 49].

Згідно з ч. 1 ст. 7 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» подати заявку для отримання свідоцтва на торговельну марку можуть будь-які особи, які бажають його одержати (проте в ст. 14 встановлюється, що свідоцтво видається особі, яка має право на його одержання) [7, ст. 7, 14]. Тобто в Законі України чітко не визначено, яка саме особа може подати заявку, та не встановлено жодних обмежень. Таке формулювання не є вдалим, оскільки суперечить головній меті торговельної марки – відрізняти товари одного виробника від товарів іншого. Виходячи з цього, таким суб'єктом є тільки та особа, діяльність якої пов'язана зі створенням товарів або наданням послуг [10, с. 50]. Вважаємо, що таке положення національного законодавства не суперечить європейським стандартам, проте може спричинити низку проблем (наприклад, недобросовісну реєстрацію прав на торговельну марку фізичною особою, яка не має наміру використовувати їх при здійсненні господарської діяльності).

Одразу зазначимо, що проблеми, пов'язані з недобросовісністю заявників, є поширеними у багатьох європейських країнах. Законодавство Італії, Іспанії та країн Бенілюксу не відносить наявність підприємницької діяльності до умов, необхідних для одержання права на торговельну марку. Кодекс інтелектуальної власності Франції визначає торговельну марку як позначення, що служить для розрізнення товарів чи послуг фізичних або юридичних осіб без зазначення вимог до правового статусу таких осіб. Досить ефективно ця проблема була вирішена в законодавстві Німеччини, а саме в Законі «Про охорону товарних знаків та інших позначень» 1994 р., відповідно до норм якого набувати право на торговельну марку може виключно підприємство [25].

Проблемним сьогодні видається питання вичерпання виключних прав на знаки для товарів. За загальним правилом, для використання торговельної марки не безпосередньо власником свідоцтва необхідна наявність дозволу на її використання. Відповідно до ст. 21 Угоди ТРІПС власник може «передавати право на товарний знак разом з передачею підприємства або без передачі підприємства, якому належить товарний знак» [26]. За власником закріплено право здійснювати перший продаж товару, що позначений його торговельною маркою, або дозволити це іншій особі шляхом укладення договору. Винятком із такого правила є вичерпання прав (тобто неможливість власника забороняти іншим особам використовувати торговельну марку після введення товарів в обіг). Виділяють три види вичерпання прав: національне, відповідно до якого заборона подальшого продажу товару вичерпується після першого продажу тільки на території певної країни; міжнародне, за якого подальший продаж без згоди можливий не тільки у певній країні, а й поза нею; регіональний, коли вичерпання права відбувається на території об'єднання держав [27, с. 74].

Науковці не виробили єдиного підходу до того, який вид вичерпання прав існує в Україні. У ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» встановлено лише те, що виключне право не поширюється на використання знака для товару, введеного в цивільний оборот власником свідоцтва за умови, що відсутні вагомі підстави забороняти таке використання [7, ст. 6]. Тобто, вид вичерпання прав в Україні не визначений ані на теоретичному, ані на законодавчому рівні, що може негативно вплинути на правозастосовну практику.

Цікавою з цього приводу видається позиція Вищого господарського суду, викладена в Листі від 28.02.2017 № 01-06/521 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності», згідно з якою українське законодавство не пов'язує вичерпання прав із продажем лише на обмеженій території; тобто підтверджується застосування міжнародного виду вичерпання прав [28]. У цьому ж Листі ВГСУ зазначив, що у справі про заборону використовувати позначення «BLUM» за міжнародною реєстрацією № 1171363 при здійсненні пропонування до продажу товарів JULIUS BLUM GmbH у мережі Інтернет, суд вдався до оцінки обставин, пов'язаних із реалізацією товарів на території нашої держави, проте не врахував, що вичерпання прав на торговельну марку не пов'язано з обігом товару виключно на території України [27, с. 74].

Проаналізувавши вітчизняне та зарубіжне законодавство, ми можемо стверджувати, що задля ефективного захисту торговельної марки необхід-

но передбачити перелік дій, під якими розуміють порушення прав власника. У багатьох європейських країнах такий перелік існує, проте не є вичерпним. Існують два основні напрями закріплення переліку порушень права власності на торговельну марку.

Відповідно до першого з них, норми національного законодавства лише відтворюють ст. 5 Директива N 2008/95/ЕС Європейського Парламенту і Ради «Про зближення законодавств держав-членів» і не включають інших положень. Наприклад, відповідно до п. 3 § 14 Закону Німеччини «Про охорону товарних знаків та інших позначень», заборонено наносити мітку на товари або їх упаковку; пропонувати товари під таким позначенням; використовувати позначення в бізнес-документах або в рекламі; імпортувати або експортувати товари під цим позначенням [29].

Згідно з іншим підходом, при розробці відповідних нормативно-правових актів законодавець враховує власну судову практику. Такий підхід закріплено в Кодексі інтелектуальної власності Франції 1992 р., який містить такі специфічні заборони, як заборона відтворювати, використовувати або наносити знаки навіть із додаванням таких слів, як «наслідування, вид, спосіб», імітувати знак та використовувати його для ідентичних товарів або послуг (ст. L713-2, L713-3) [30].

У Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» закріплені досить широкі повноваження власника щодо захисту своїх прав. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 20 даного Закону України, будь-яке посягання на права власника свідоцтва, вчинення без згоди власника свідоцтва дій, що потребують його згоди, належить до порушень прав власника свідоцтва [7, ст. 20]. Тобто вітчизняне законодавство не містить переліку конкретних дій, що становлять порушення прав власника знака, що дає можливість йому захищатись від будь-яких незаконних дій третіх осіб. Проте, як вдало зазначає А. А. Герц, не завжди сам власник розуміє, чи було порушено його право на марку. До того ж закон не встановлює, які саме збитки та в яких розмірах мають відшкодовуватись у разі порушення права на позначення [31, с. 51–52].

Вважаємо за необхідне закріпити в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» чіткий перелік видів порушень із боку третіх осіб, а саме: імпорт або експорт товарів під відповідним знаком, видалення або зміна нанесеного знака, використання такого позначення в рекламі тощо.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, ми можемо стверджувати, що законодавство України у сфері охорони торговельних марок у цілому відповідає європейським стандартам, проте містить певні недоліки.

Серед позитивних аспектів можна зазначити те, що Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» містить визначення основних понять у цій сфері, встановлює можливість вичерпання прав, закріплює загальні положення щодо захисту власником своїх прав на знак.

Однак багато в чому українське законодавство поступається національному законодавству європейських країн. А саме:

1) виробники у країнах ЄС, на відміну від вітчизняних виробників, мають можливість при реєстрації звукових марок представляти звуки в електронній формі. До того ж законодавство Франції, Німеччини, Іспанії та Данії забороняє реєстрацію описового позначення іноземного походження, про що не згадується в нашому законодавстві. Тому вважаємо за необхідне

закріпити на законодавчому рівні особливості правової охорони звукових торговельних марок та заборону на використання описових позначень іноземного походження;

2) в Україні недостатньо уваги приділяється колективному товарному знаку, який на сучасному етапі є актуальним для підприємців. Необхідно звернути увагу на Паризьку конвенцію про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року, де такому позначенню приділяється більше уваги. Задля узгодження Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» із відповідною Конвенцією потрібно закріпити у ньому визначення колективного товарного знаку;

3) нормативно-правові акти України у сфері охорони прав на знаки не містять ознак торговельної марки, що суперечать моралі та публічному порядку, що є недоліком із огляду на існування відповідного положення у Паризькій конвенції про охорону промислової власності. Пропонуємо закріпити визначення торговельної марки, що суперечить принципу гуманності та моралі як такої, що містить нецензурні, образливі вислови, компрометує особу та зачіпає її особисті немайнові права;

4) законодавство нашої держави не містить визначення поняття пересічного споживача, незважаючи на те, що посилання на такого споживача на практиці відбувається досить часто. Натомість у нормативно-правових актах Німеччини та Польщі відображені основні ознаки такого споживача. Тому актуальним є впровадження в законодавство моделі пересічного споживача, тобто особи з середнім рівнем поінформованості в цій сфері, яка застосовувалася би при визначенні того, чи може певний знак ввести в оману;

5) національное законодавство не суперечить Паризькій конвенції, Угоді TRIPS та Директиві 89/104/ЄЕС стосовно того, хто може отримати свідоцтво на торговельну марку. Як в Україні, так і в Італії, Іспанії та країнах Бенілюксу набувати прав на торговельну марку можуть будь-які фізичні чи юридичні особи. Однак вважаємо за потрібне звернутися до досвіду Німеччини та закріпити визначення суб'єкта права на торговельну марку як фізичної або юридичної особи, яка здійснює підприємницьку діяльність;

6) на відміну від країн-членів ЄС, в Україні на законодавчому рівні не визначено виду вичерпання прав. Доцільним було б встановити у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» міжнародний вид вичерпання прав, що повністю підтверджувало б позицію Вищого господарського суду з цього питання;

7) українське законодавство не містить роз'яснення того, які саме дії належать до порушення прав власника. При цьому законодавство Німеччини, Франції та інших європейських країн надають їхній перелік відповідно до міжнародних договорів або власної судової практики, що значно спрощує захист таких прав. Тому пропонуємо закріпити у нашому законодавстві перелік дій, що становлять порушення прав власника на торговельну марку, який ураховував би не тільки положення директив, а й ті дії, які досить часто відбуваються на практиці.

Законодавство у сфері охорони торговельних марок повинно враховувати не лише міжнародний досвід у цій сфері, який також не є досконалим, а й власну судову практику та особливості розвитку національної системи охорони об'єктів інтелектуальної власності.

Список літератури

1. Бабецька І. Я. Особливості реєстрації знаків для товарів та послуг / І. Я. Бабецька // Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. 2015. № 12. С. 108–112.
2. Балашов І. А. Вдосконалення правової охорони знаків для товарів і послуг в Україні відповідно європейському законодавству у цій сфері / І. А. Балашов, О. І. Булахова, П. Д. Антонець, Т. М. Матяшова // Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності. 2012. Вип. 1. Том 3. С. 124–127.
3. Бабенко В. А. Торговельна марка: еволюція, історія, сучасність / В. А. Бабенко // Історія торгівлі, податків та мита. 2014. № 1. С. 91–97.
4. Ромат Т. Є. Захист торговельних марок як об'єктів інтелектуальної власності / Т. Є. Ромат // Теорія та практика державного управління. 2011. Вип. 3. С. 286–294.
5. Капіца Ю. М. Реформа охорони торговельних марок в Європейському Союзі та її вплив на законодавство України / Ю. М. Капіца // Актуальні проблеми міжнародних відносин: збірник наукових праць. Київ, 2016. Вип. 127 (ч. 1). С. 80–86.
6. Про Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні: Указ Президента України від 18.09.1992 № 479/92. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/479/92 (дата звернення: 10.04.2018).
7. Про охорону прав на знаки для товарів та послуг: Закону України від 15.12.1993 № 3689-XII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення: 10.04.2018).
8. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 10.04.2018).
9. Шинкарук Н. В. Міжнародні угоди щодо охорони торговельної марки / Н. В. Шинкарук // Міжнародні читання, присвячені пам'яті професора Імператорського Новоросійського університету П. Є. Казанського: матеріали Міжнародної конференції (м. Одеса, 22-23 жовтня 2010 року). Одеса: Фенікс, 2010. С. 323–325.
10. Романадзе Л. Д. Захист прав на торговельні марки у міжнародному приватному праві: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03: «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Луїза Джумберовна Романадзе. Одеса, 2008. 217 с.
11. Директива Европейского парламента и Совета «О сближении законодательств государств-членов в отношении товарных знаков»: Международный документ от 16.12.2015 № 2015/2436. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=15947 (дата обращения: 10.04.2018).
12. Орлюк О. Співвідношення правової охорони промислових зразків і торговельних марок / О. Орлюк, Л. Работягова // НДІ інтелектуальної власності АпрН України. 2009. URL: http://www.ndiiv.org.ua/ua/library/view-spivvidnoshennja-pravovoji-okhorony-promyslovykh-zrazkiv-i-torhovelnykh-marok.html (дата звернення: 10.04.2018).
13. Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг: Наказ Міністерства юстиції України від 28.07.1995 № 116. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95 (дата звернення: 10.04.2018).
14. Паризька конвенція про охорону промислової власності: Міжнародний документ від 20.03.1883 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_123 (дата звернення: 10.04.2018).
15. Немеш П. Ф. Особливості правової охорони звукових торговельних марок у країнах ЄС та в Україні / П. Ф. Немеш // Судова апеляція. 2016. № 1. С. 92–98.
16. Методичні рекомендації з окремих питань проведення експертизи заявки на знак для товарів і послуг: Наказ Державного підприємства «Український інститут промислової власності» від 07.04.2014 № 91. URL: http://www.uipv.org/i_upload/file/metod-rek-tm-08022016.pdf (дата звернення: 10.04.2018).

17. Кононенко Р. О. Коллективный товарный знак: особенности правового режима / Р. О. Кононенко // Общество и право. 2011. № 1 (33). С. 70–73.
18. Немеш П. Ф. Правова охорона колективної торговельної марки / П. Ф. Немеш // Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 6. С. 107–110.
19. Рассомахіна О. А. Правове регулювання використання торговельних марок у господарському обороті: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Ольга Андріївна Рассомахіна. К., 2008. 21 с.
20. Мэггс П. Б. Интеллектуальная собственность / П. Б. Мэггс, А. П. Сергеев. М.: Юристъ, 2000. 400 с.
21. Савицький О. Торговельна марка як об'єкт права інтелектуальної власності / О. Савицький // Вітчизняний та світовий досвід правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності: Збірник наукових праць за матеріалами V Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції. 2016. С. 78–83.
22. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dnia 23 sierpnia 2007 r. // Dziennik Urzędowy z dnia 20 wrzenia 2007 r. URL: http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20071711206/T/D20071206L.pdf (дата звернення: 10.04.2018).
23. Савич С. С. Споживач у системі цивільно-правової охорони торговельних марок / С. С. Савич // Часопис Київського університету права: український науково-теоретичний часопис. 2011. № 3. С. 210–214.
24. Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=126861 (дата звернення: 10.04.2018).
25. Коросташова І. М. Торговельна марка спільноти / І. М. Коросташова. URL: http://ir.nmu.org.ua/jspui/bitstream/123456789/147359/1/155-163.pdf (дата звернення: 10.04.2018).
26. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: Міжнародний документ від 15.04.1994. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (дата звернення: 10.04.2018).
27. Коренюк О. Міжнародно-правове регулювання обороту торгових марок / О. Коренюк // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2017. № 3 (92). С. 69–77.
28. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності: Лист Вищого господарського суду України від 28.02.2017 № 01-06/521. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v_521600-17 (дата звернення: 10.04.2018).
29. Закон Германии «Об охране товарных знаков и других обозначений» от 25.10.1994. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=461631 (дата обращения: 10.04.2018).
30. Кодекс интеллектуальной собственности Франции 1992 г. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=179120 (дата обращения: 10.04.2018).
31. Порівняльне право про торговельні марки / Уклад. А.А. Герц. Х., 2010. 112 с.

Стаття надійшла до редакції 15.04.2018

А. С. Кисель
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВОВАЯ ОХРАНА ТОРГОВЫХ МАРОК В УКРАИНЕ И СТРАНАХ ЕС (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

Резюме

Статья посвящена исследованию особенностей правовой охраны торговых марок, которые являются средствами индивидуализации участников гражданского оборота, в соответствии с внутренним законодательством Украины, международными договорами и национальным законодательством отдельных европейских стран. Указано, что данный объект права интеллектуальной собственности является очень важным стратегическим активом, предпосылкой для успешного развития страны и поддержания международных экономических отношений, поэтому законодательство в этой сфере должно соответствовать требованиям сегодняшнего дня. Обоснована необходимость совершенствования законодательства Украины с учетом опыта зарубежных стран.

Рассмотрены проблемные вопросы определения понятия торговой марки. Освещены исторические особенности становления института торговой марки как объекта интеллектуальной собственности и ее переход из экономической сферы в правовую.

Представлена характеристика основных нормативно-правовых актов в этой сфере и их взаимосвязь. Подчеркнута необходимость законодательного определения звуковых, коллективных торговых марок, а также принципа добросовестности и моральности при регистрации данных объектов. Перечислены главные признаки охраноспособности торговых марок.

Ключевые слова: торговая марка, знак для товаров и услуг, правовая охрана.

A. S. Kysel
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

LEGAL PROTECTION OF TRADEMARKS IN UKRAINE AND EU COUNTRIES (COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS)

Summary

The article is devoted to the research of the peculiarities of the legal protection of trademarks, which are means of individualization of participants in civilian circulation, in accordance with the domestic legislation of Ukraine, international treaties and national legislation of certain European countries. It is stated that this object of intellectual property rights today is a very important strategic asset, a prerequisite for successful development of the country and maintenance of international economic relations, therefore the legislation in this sphere should correspond to the present. The necessity

of improving the legislation of Ukraine based on the experience of foreign countries is substantiated.

The problematic questions of the definition of a trademark concept are considered. The historical features of the establishment of a trademark institution as an object of intellectual property and its transition from the economic sphere to the legal.

A description of the basic legal acts in this area and their interrelation is presented. The necessity of legislative definition of sound, collective trademarks, as well as the principle of conscientiousness and morality in registration of these objects is emphasized. These are the most important signs of trademark security.

Key words: trademark, sign for goods and services, legal protection.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133961
УДК 347.513:340.5

Є. О. Каташинський
студент
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

УПУЩЕНА ВИГОДА ТА УМОВИ ЇЇ ВІДШКОДУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ, РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА США[1]

У статті досліджуються теоретичні та практичні питання відшкодування упущеної вигоди у цивільному праві України, Російської Федерації та США. Аналізується правова природа упущеної вигоди. Приділяється увага процедурі доказування наявності, а також правильності розрахунку розміру упущеної вигоди.

Ключові слова: упущена вигода, доказування, збитки.

Постановка проблеми. Правове регулювання відносин, що пов'язані з реалізацією особою свого права на відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди, практично завжди характеризувалося ускладненістю – як в нашій державі, так і в іноземних правопорядках. Відсутність чіткого нормативного регулювання, а також потенційність та імовірність як характерні ознаки упущеної вигоди зумовлюють складнощі у правозастосовній практиці. Вони полягають у тому, що суди в більшості випадків вимагають від позивача точного розрахунку суми упущеної вигоди, що саме по собі є практично неможливим. Крім того, підвищені вимоги щодо доказової бази, які ставляться для таких категорій справ, не сприяють легкому вирішенню конфлікту. Тому ми переконані, що порушена тема є актуальною та такою, що потребує додаткового вивчення з теоретичної та практичної точок зору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з проблематикою відшкодування упущеної вигоди, вивчали такі науковці та юристи-практики, як І. С. Канзафарова, Роберт М. Ллойд, В. В. Луць, Н. Мисик, Д. Мітчел МакФарланд, І. В. Розізнана, Дж. Спілкер, Т.Є. Крисань та ін. Проте спеціальні порівняльно-правові дослідження, в яких поєднувалися б теоретичні та прикладні аспекти відшкодування упущеної вигоди в Україні, Російській Федерації та США, не здійснювались.

Постановка завдання. Метоє даної статті є визначення правової природи упущеної вигоди та з'ясування особливостей її відшкодування у цивільному праві України, Російської Федерації та США.

[1] Стаття підготовлена в рамках науково-дослідної теми кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету імені І. І. Мечникова «Забезпечення прав і законних інтересів учасників правовідносин, що виникають у сфері приватного права: проблеми теорії та практики» (державний реєстраційний номер: 0118U004432). Науковий керівник теми і даного дослідження Є. О. Каташинського – І. С. Канзафарова, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України.

Виклад основного матеріалу. Частина 2 статті 22 ЦК України встановлює, що збитками у вигляді упущеної вигоди є доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. Слід звернути увагу на те, що законодавцем поряд із терміном «упущена вигода» використовується також категорія «неодержані доходи» (ч. 4 ст. 623 ЦК України).

Заслуговує на увагу думка І. В. Розізнаної, яка звертає увагу на те, що категорії «неодержані доходи» та «упущена вигода» відрізняються. Упущена вигода характеризується короткочасністю і швидкістю отримання доходу, викликаного кон'юнктурою ринку, в тому числі зміною курсів валют, ставок рефінансування Національного Банку України тощо, а неодержані доходи включають запланований прибуток, одержуваний, як правило, незалежно від зміни ситуації в цивільному обороті [1]. Однак у рамках даної статті зазначені поняття будуть вживатися як тотожні, оскільки законодавець оперує відповідними термінами як синонімами.

Як зазначається в оглядовому листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків» № 01-06/20/2014 від 14.01.2014, для застосування такого заходу відповідальності, як стягнення збитків, потрібна наявність усіх елементів складу господарського правопорушення: 1) порушення зобов'язання; 2) збитки; 3) причинний зв'язок між порушенням зобов'язання та збитками; 4) вина [2].

У той же час пред'явлення вимоги про відшкодування неодержаних доходів (упущеної вигоди) покладає на кредитора обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними, а дійсно були б ним отримані в разі належного виконання боржником своїх обов'язків. У вигляді упущеної вигоди відшкодовуються ті доходи, які могли б бути реально отримані при належному виконанні боржником зобов'язання за договором. Такого висновку дійшов ВСУ (постанова № 3-188гс14 від 09.12. 2014 р.) [3].

ВГСУ в оглядовому листі звертає увагу на те, що позивач повинен довести також, що він міг і повинен був отримати визначені доходи, і тільки неправомірні дії відповідача стали єдиною і достатньою причиною, яка позбавила його можливості отримати прибуток. Окрім цього, розрахунки упущеної вигоди, що базуються на визначенні можливого середньомісячного прибутку, не можуть бути належним доказом, оскільки такі розрахунки є теоретичними, побудованими на можливих очікуваннях отримання певного доходу та не підтверджені відповідними документами, що свідчили б про конкретний розмір прибутку, який міг би і повинен був отримати позивач, якщо б відповідач не здійснював протиправні дії [2].

Яскравим прикладом дійсності цього твердження є постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 08 лютого 2018 року по справі № 127/8094/14-ц, де зазначається, що позивач, обґрунтовуючи суму збитків, вдався до припущення про можливість отримання нею прибутку в результаті випадкового збігу обставин, тоді як законодавець вимагає доведеності реальної можливості отримання коштів за умови належного виконання зобов'язань. Позивачем не надано доказів того, що він реально міг отримати таку вигоду від здавання придбаного ним приміщення в оренду [4].

Аналогічне положення міститься й у постанові Касаційного цивільного суду Верховного Суду по справі № 757/18979/14-ц від 28 березня 2018 року: «Зміст позовних вимог та встановлені судом обставини справи дають підстави для висновку, що позивач при розрахунку розміру упущеної вигоди виходив із вірогідності таких збитків, які ймовірно могли бути йому завдані діями відповідача, які він вважає неправомірними. Водночас, доказів реальної можливості отримувати вказаний дохід позивачем не надано, що вказує на наявність лише теоретичного обґрунтування можливості отримання доходу та не може бути підставою для його стягнення. Ураховуючи наведене та виходячи із обставин, встановлених судом, колегія суддів погоджується із висновком суду апеляційної інстанції щодо недоведеності позивачем реального завдання йому збитків у вигляді упущеної вигоди у заявленій до стягнення сумі» [5].

А відповідно до постанови Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 14 лютого 2018 року по справі № 553/2630/15-ц, розрахунки позивача є теоретичними, побудовані на припущеннях та можливих очікуваннях отримання певного доходу та не підтверджені відповідними документами, що свідчили б про конкретний розмір прибутку, який міг би отримати позивач, якщо б відповідач не здійснював протиправні дії [6].

Із огляду на наведену позицію Верховного Суду та судову практику загалом, можна констатувати, що представники суддівського корпусу України ще й досі дотримуються положення, висловленого С. М. Братусем у 1953 році: «Неотримання очікуваних майнових благ здебільшого важко встановити з достатньою достовірністю. У той же час винесення рішень на основі всякого роду припущень неприпустимо. Звідси випливає, як це зазначено в судовій практиці, що суд не повинен виносити рішень про відшкодування такої упущеної вигоди, яка є проблематичною. У цьому відношенні судово-арбітражна практика виробила правило: для стягнення у вигляді упущеної вигоди запланованого прибутку необхідно довести, що цей прибуток був би отриманий. Одного факту, що цей прибуток було заплановано, недостатньо для його стягнення, так як невідомо, чи дійсно був би виконаний план підприємством кредитора в тому випадку, якщо б боржник не порушив своїх зобов'язань» [7, с. 707].

Н. Мисик переконана, що доказами реальності заявленого в позивних вимогах розміру упущеної вигоди слід вважати факти укладення позивачем договорів, сплати авансу, взяття на себе інших зобов'язань з метою отримання прибутку в майбутньому [8].

У той же час слід звернути увагу на той факт, що вищезазначене положення слід розглядати як загальне правило, з якого існують винятки. Так, пункт 109 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Методики оцінки майна» від 10.12.2003 р. № 1891, що регулює визначення розміру збитків, які призвели до завдання майнової шкоди державі, територіальній громаді або суб'єкту господарювання з державною (комунальною) часткою в статутному капіталі, у разі встановлення фактів розкрадання, нестачі, знищення, псування майна, закріплює наступне. У разі об'єктивної неможливості використання майна особою, якій завдано збитків у результаті порушення її прав, або неправомірного використання її майна, що унеможливило самостійне використання майна або отримання доходу від його використання іншою особою, розмір упущеної вигоди визначається шляхом застосування: 1) оціночної процедури накопичення

чистого операційного доходу (чистого грошового прибутку), що не отримала особа, якій завдано збитки; 2) оціночної процедури дисконтування чистого операційного доходу (чистого грошового прибутку), що не отримає особа, якій завдано збитки; 3) інших процедур [9].

Тобто, враховуючи положення ЦК України та судову практику щодо відшкодування упущеної вигоди, а також вищенаведений підзаконний нормативно-правовий акт, можна констатувати наявність правової колізії: з одного боку, судові органи наполягають на тому, що слід використовувати докази, які ґрунтуються на документах, що свідчать про конкретний розмір прибутку, який могла і повинна була отримати потерпіла сторона у випадку нормального розвитку відносин; із іншого боку, Кабінет Міністрів України затверджує процедуру визначення розміру упущеної вигоди, яка ґрунтується на оціночних процедурах, результати яких базуються на потенційному розрахунку, на недопустимості застосування якого наполягає судова практика. Ми переконані, що подібні колізійні норми є неприпустимими, оскільки в такому випадку можливість ефективного захисту особою своїх прав та законних інтересів суттєво ускладнюється.

На думку Б. Шабаровського, причина того, що інститут упущеної вигоди є практично мертвим, полягає в теорії доказів. Доказування – це пізнання події минулого, події, яка вже сталася. Доказування ґрунтується на філософській діалектиці і теорії пізнання. Подія, яка сталася, завжди залишає сліди. Подію минулого можна пізнати, а, отже, – довести через пізнання слідів, які вона залишила. Через показання свідків, дослідження речових доказів, документів суд відтворює подію минулого, пізнає її такою, якою вона була. Доказування – це завжди з'ясування події минулого. Неможливо довести те, чого не сталося, те, що тільки має статися, може статися або могло статися [10].

Про невелику позитивну результативність застосування цивільно-правових норм щодо відшкодування упущеної вигоди свідчить і судова практика. Так, провівши аналіз даних Єдиного державного реєстру судових рішень України, ми дійшли висновку, що в середньому судами першої інстанції задовольняється лише третина цивільних справ, пов'язаних із відшкодуванням упущеної вигоди[1]. У той же час судами апеляційної інстанції задовольняється лише 10% таких справ[2]. Однак, враховуючи можливість касаційного оскарження рішень суду першої та апеляційної інстанцій, слід зазначити, що після проходження вказаної стадії цивільного процесу середня кількість справ, у яких було задоволено позовні вимоги у вигляді відшкодування упущеної вигоди, може бути значно меншою.

На нашу думку, для більш поглибленого вивчення категорії упущеної вигоди у цивільному праві необхідно звернутися також і до зарубіжного

[1] Було проаналізовано по 100 цивільних справ, починаючи з 2014 р. та закінчуючи 2017 р., предметом яких було відшкодування упущеної вигоди. Кількість справ, у яких були задоволені зазначені позовні вимоги, становить: 1) 2014 р. – 34; 2) 2015 р. – 32; 3) 2016 р. – 28; 4) 2017 р. – 30. Станом на 1 березня 2018 року судами першої інстанції було розглянуто 25 таких справ, серед яких лише в 7 справах судом ухвалено стягнути упущену вигоду. Шляхом визначення середнього арифметичного встановлено, що середня кількість справ щодо відшкодування упущеної вигоди, задоволених судами першої інстанції у вищевказаний період, становить 31 справу, тобто третину від загальної кількості справ.

[2] Було проаналізовано 100 цивільних справ про відшкодування упущеної вигоди, які були розглянуті судами апеляційної інстанції з 2014 р. по 2017 р.; лише десята частина з них була задоволена.

досвіду правового регулювання подібних відносин. Розглянемо концепцію упущеної вигоди в іноземних правопорядках. Так, частинами 1 та 2 статті 15 Цивільного кодексу Російської Федерації встановлено, що особа, право якої порушено, може вимагати повного відшкодування заподіяних їй збитків, якщо законом або договором не передбачено відшкодування збитків у меншому розмірі. Під збитками розуміються витрати, які особа, чиє право порушене, зробила або повинна буде зробити для відновлення порушеного права, втрата або пошкодження її майна (реальні збитки), а також неодержані доходи, які ця особа одержала б при звичайних умовах цивільного обороту, якби її право не було порушене (упущена вигода) [11].

Необхідно звернути увагу на те, що, на думку О. А. Акатова, ще не так давно суди Російської Федерації пред'являли дуже високі вимоги щодо доказування розміру упущеної вигоди: позивач повинен був довести розмір збитків з високим ступенем точності. Найчастіше арбітражні суди відмовляли в позові з мотивуванням: «Доводи позивача про те, що він зазнав збитків у вигляді упущеної вигоди, носять імовірнісний характер і не можуть бути покладені в основу судового рішення». Такий, дійсно високий, рівень доведення розміру збитків призводив до того, що позивач повинен був доводити розмір упущеної вигоди буквально з точністю до «рубля» [12, с. 83].

Яскравою ілюстрацією достовірності цього твердження є окремі судові акти. Так, наприклад, в ухвалі Самарського обласного суду від 02 вересня 2014 року по справі № 33-4990 зазначається, що при розрахунку розміру неотриманих доходів найбільше значення має визначення достовірності (реальності) тих доходів, які потерпіла особа передбачала отримати при звичайних умовах цивільного обороту. При визначенні розміру упущеної вигоди повинні враховуватися дані, які безперечно підтверджують реальну можливість отримання доходів у вигляді грошових сум чи іншого майна з урахуванням розумних витрат, які позивач повинен був понести, якби зобов'язання було виконано, причому непідтверджені розрахунки про передбачувані доходи не можуть братися до уваги [13].

На нашу думку, у тексі цього судового рішення існують певні протиріччя, які полягають у тому, що суд вимагає визначити достовірність (реальність) упущеної вигоди. Ми переконані, що, з огляду на імовірнісний та потенційний характер упущеної вигоди, визначення її «реальності» є практично неможливим. А позиція суду щодо неможливості прийняття не підтверджених розрахунків до уваги відображає ситуацію майже у всій судовій системі Російської Федерації: суди вимагали від позивачів надати максимально точні та обґрунтовані розрахунки упущеної вигоди.

І навіть укладання договору, який засвідчував би можливість отримання прибутку, не завжди було запорукою того, що суд визнав би цей доказ достовірним. Так, в ухвалі Тульського обласного суду від 13 березня 2014 року № 33-332 зазначається: «Вимогу про стягнення збитків у вигляді упущеної вигоди Буликіна Н.В. обґрунтувала можливим отриманням нею доходів при здійсненні пасажирських перевезень на автобусі за агентським договором, укладеним 01.01.2012 року між нею та ТОВ «Автовокзали та автостанції Тульської області». Однак сам по собі цей агентський договір не підтверджує факт виникнення збитків у вигляді упущеної вигоди в розмірі, зазначеному позивачем» [14]. Така позиція заслуговує на увагу з огляду на те, що для задоволення цих позовних вимог суду необхідно було

надати більш аргументовані докази, до яких у цьому випадку агентський договір не належить.

Однак у 2015 році ситуація у правозастосовній діяльності істотно змінилася. Так, Федеральним законом від 08.03.2015 № 42-ФЗ «Про внесення змін до частини першої Цивільного кодексу Російської Федерації» були внесені зміни до ЦК РФ: до статті 393 було додано пункт 5, який встановлював, що розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, повинен бути встановлений із розумним ступенем достовірності. Суд не може відмовити в задоволенні вимог кредитора про відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, тільки на тій підставі, що розмір збитків не може бути встановлений з розумним ступенем достовірності. У цьому випадку розмір збитків, які підлягають відшкодуванню, визначається судом з урахуванням усіх обставин справи, виходячи з принципів справедливості та пропорційності відповідальності порушеному зобов'язанню [15].

Крім цього, такі законодавчі зміни були підтримані і судовою гілкою влади. Так, у пункті 14 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 23.06.2015 № 25 «Про застосування судами деяких положень розділу I частини першої Цивільного кодексу Російської Федерації» зазначається, що за змістом статті 15 ЦК РФ, упущеною вигодою є неотриманий дохід, на який збільшилася би майнова маса особи, право якої порушено, якби порушення не було. Оскільки упущена вигода становить неотриманий дохід, при вирішенні спорів, пов'язаних із її подальшою компенсацією, слід брати до уваги, що її розрахунок, представлений позивачем, як правило, є приблизним і носить імовірнісний характер. Ця обставина сама по собі не може служити підставою для відмови в позові [16].

А в абзаці 3 пункту 3 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ «Про застосування судами деяких положень Цивільного кодексу Російської Федерації про відповідальність за порушення зобов'язань» від 26.03.2016 № 7 конкретизуються способи доказування розміру упущеної вигоди: розрахунок упущеної вигоди може проводитися на основі даних про прибуток позивача за аналогічний період часу до порушення відповідачем зобов'язання та/або після того, як це порушення було припинено [17].

На наш погляд, зазначений пункт носить доволі новаторський характер: законодавець, а згодом і Верховний Суд РФ, урахували ті складнощі, які виникали при реалізації права на компенсацію упущеної вигоди, та відобразили це відповідним чином із метою вдосконалення правозастосовної практики та забезпечення більш ефективного захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

У той же час необхідно брати до уваги, що цей крок не є гарантією задоволення абсолютно всіх позовних вимог про відшкодування упущеної вигоди. Слід пам'ятати, що іноді позивачі не надають суду жодного обґрунтування своєї позиції, або навіть зловживають своїми процесуальними правами, звертаючись до суду з проханням задовольнити завідомо безпідставні вимоги.

Традиційно у російській юридичній літературі виділяють такі умови, наявність яких необхідна для позитивного вирішення питання про відшкодування упущеної вигоди: 1) порушення зобов'язання контрагентом; 2) наявність і розмір збитків; 3) причинний зв'язок між учиненим правопорушенням і збитками; 4) заходи, вжиті кредитором для одержання

неотриманих доходів, та зроблені з цією метою приготування [18, с. 63]. Окрім цього, необхідно брати до уваги додаткові умови: 1) звичайні умови цивільного обороту; 2) розумні витрати.

Перші чотири умови є подібними до тих, які розглядаються в українських теоретичних дослідженнях та застосовуються в судовій практиці[1]. Саме тому, на нашу думку, окремого розгляду потребують вищезазначені додаткові умови. Частиною 2 статті 15 ЦК РФ установлено, що упущеною вигодою є не одержані кредитором доходи, які він одержав би з урахуванням розумних витрат на їх отримання при звичайних умовах цивільного обороту, якби його право не було порушено. Це положення також дублюється в абз. 2 п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 26.03.2016 № 7 «Про застосування судами деяких положень Цивільного кодексу Російської Федерації про відповідальність за порушення зобов'язань» [17].

Наведені вище акти дають змогу виокремити два критерії: розумні витрати та звичайні умови цивільного обороту. Розглянемо кожен із них.

Щодо розумних витрат. На нашу думку, правову природу цього критерію якнайкраще відображає судова практика. Зокрема, у рішенні Жовтневого районного суду м. Новосибірська у справі № 2-188/ 2018 від 28 березня 2018 року зазначається, що позивачем не доказано розмір упущеної вигоди. Позивач вважає, що розмір упущеної вигоди становить 3200 руб. на добу. Однак, орендна плата складається не тільки з чистого прибутку, вона включає амортизацію деталей ходової частини, витрати на регулярне технічне обслуговування (заміна рідин і комплектуючих), обов'язкове страхування та технічний огляд автомобіля, витрати на забезпечення збереження автомобіля, на мийку автомобіля після кожного клієнта, податки тощо» [19].

Ураховуючи таку позицію суду, ми можемо зробити висновок, що під розумними витратами слід розуміти затрати, які були б здійснені особою при нормальному користуванні річчю, якби її право не було порушено. Лише чистий прибуток сам по собі не може бути покладений в основу розрахунку.

Крім цього, в п. 3 Доповіді до Публічних обговорень правозастосовної практики Псковського УФАС Росії в 4 кварталі 2017 року зазначається, що прикладом розумних витрат можуть бути виробничі, транспортні та інші затрати. Інший підхід (без урахування цих витрат) означав би «надкомпенсацію» майнових втрат позивача, його необґрунтоване збагачення і стягнення з відповідача зайвих сум [20].

Хоча це положення суттєво ускладнює процедуру доказування достовірності розрахунку упущеної вигоди, необхідно погодитися з тим, що воно є справедливим з огляду на неприпустимість компенсації супровідних

[1] Докладніше див.: 1) Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13 березня 2018 року по справі № 920/984/15. Джерело: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72822717; 2) Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 23 січня 2018 року по справі № 753/7281/15-ц. Джерело: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71826009; 3) Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 04 квітня 2018 року по справі № 331/4392/16-ц. Джерело: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73369003; 4) Цивільне право України: навч. посіб. / Ю.В. Білоусов, В.А. Ватрас, С.Д. Гринько та ін.; за ред. Р.О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. С. 424–431; 5) Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 4-те вид., стереотип. К.: Юрінком Інтер, 2014. С. 978–984.

витрат, пов'язаних із нормальним користуванням річчю однією особою, за рахунок іншої особи.

Щодо звичайних умов цивільного обороту. Необхідно звернути увагу на те, що само по собі це поняття має значення для встановлення та безпосереднього розрахунку розміру упущеної вигоди. У судовій практиці тлумаченню цієї категорії не приділяється значної уваги. Проаналізовані нами судові рішення свідчать про те, що суди лише посилаються на правові норми, в яких вживається словосполучення «звичайні умови», сутність якого ані положення законодавства, ані судові акти не розкривають[1]. Попри це, вирішенню даної проблеми присвячені деякі наукові праці, які, по суті, є основним джерелом тлумачення та розуміння цього поняття.

Як зазначає Н. І. Клейн, звичайними умовами цивільного обороту є типові умови функціонування ринку, на які не впливають непередбачені обставини або обставини, які тлумачаться як непереборна сила [21, с. 56].

На думку М. Ф. Лук'яненка, звичайні правила носять характер загального правила і детермінуються ознаками звичайної поведінки з коригуванням на певні життєві обставини [22, с. 263].

Крім цього, існує дещо інша точка зору щодо визначення звичайних умов обороту, яка представляється доволі цікавою з точки зору практичного застосування. Так, А. В. Латинцев переконаний, що при розрахунку упущеної вигоди не можна брати до уваги сезонні коливання цін і обсягів випуску продукції, надзвичайні обставини (у тому числі й у разі, коли вони не могли вплинути на виконання зобов'язань боржником, але призвели до зниження прибутку кредитора) [23, с. 30–31].

Тобто, слід презюмувати, що вищенаведена категорія, не відображаючись у конкретних судових актах, знайшла своє віддзеркалення у доктрині цивільного права. Визначаючи розмір упущеної вигоди, особа повинна враховувати особливі аспекти, пов'язані із цією категорією, та здійснювати розрахунок своїх збитків у вигляді упущеної вигоди максимально точно.

Отже, на підставі аналізу розглянутої концепції упущеної вигоди в російському цивільному праві, можна констатувати, що чинні законодавчі акти, а також приписи вищих судових органів дозволяють здійснити захист своїх цивільних прав та обов'язків. Однак вважаємо за доцільне зазначити, що подібне правове закріплення компенсації упущеної вигоди не є стовідсотковою гарантією задоволення вимог позивача про стягнення упущеної вигоди. Представники Феміди й надалі з великим ступнем скептицизму ставляться до теоретичних розрахунків розміру упущеної вигоди, відмовляючи у стягненні упущеної вигоди з мотивуванням, що «доводи позивача носять імовірнісний, гіпотетичний характер і не можуть бути доказами упущеної позивачем вигоди»[2]. У той же час нещодавні законодавчі

[1] Докладніше див.: 1) Постанова Президії Хабаровського крайового суду від 26 червня 2016 року по справі № 44-г-64/2016. Джерело: http://судебныерешения.рф/16573800/extended; 2) Постанова Президії Липецького обласного суду від 19 січня 2018 року по справі № 44-г-4/2018. Джерело: http://судебныерешения.рф/32065385/extended; 3) Ухвала Волгоградського обласного суду від 19 червня 2014 року по справі № 33-6423/2014. Джерело: http://судебныерешения.рф/19403201/extended.

[2] Докладніше див.: 1) Рішення Ленінського районного суду м. Ярославля від 23.03.2018 року по справі № 2-80/2018. Джерело: http://судебныерешения.рф/33318415/extended; 2) Рішення Вознесенського районного суду м. Вознесенська від 20.03.2018 року по справі № №2-175/2018. Джерело: http://судебныерешения.рф/33367830/extended

зміни у ЦК РФ є, певною мірою, прогресивними та такими, що заслуговують на увагу з боку вітчизняних цивілістів.

Крім цього, ми переконані, що для повноцінного аналізу категорії «упущена вигода» необхідно звернутися і до правового досвіду країн англо-американського права, а саме – США.

Беззаперечним є твердження про те, що у США відшкодування шкоди у вигляді упущеної вигоди у кожному штаті врегульовано по-різному. Окрім цього, слід зазначити, що законодавчі акти відповідних штатів регулюють цю процедуру доволі поверхнево. У той же час, аналіз законодавства та судової практики США дозволяє констатувати, що правова природа упущеної вигоди в рамках американського законодавства є подібною до правової природи упущеної вигоди в українському законодавстві.

Американські юристи Д. Мітчел МакФарланд та Дж. Спілкер переконані, що упущена вигода являє собою ті доходи, які б особа могла дійсно отримати при нормальному розвитку відносин [24]. Така позиція підтверджується відповідним американським законодавством. Так, наприклад, у секції 321.104. Бізнес та Комерційного кодексу штату Техас закріплено, що особа, яка зазнала шкоди внаслідок порушення цього розділу, має право на відшкодування фактичних збитків, включаючи упущену вигоду [25].

Однак у нормативних актах не всіх штатів прямо закріплене таке положення. Так, відповідно до § 8.01-221 Цивільного кодексу штату Вірджинія, будь-яка особа, яка постраждала внаслідок порушення будь-якого положення цього Кодексу, може вимагати від правопорушника відшкодування завданої шкоди. А § 8.01-221.1 Цивільного кодексу штату Вірджинія закріплює положення про те, що збитки у вигляді упущеної вигоди при завданні шкоди новому бізнесу можуть бути відшкодовані при належному підтвердженні [26]. Тобто, із цього положення зрозуміло, що вектор законодавчого врегулювання питання, що розглядається в цій роботі, відповідає твердженню "it is not directly asserted, but it seems to be implied" – про це прямо не говориться, однак це мається на увазі: цивільне законодавство штату Вірджинія опосередковано встановлює, що упущена вигода є різновидом збитків, шляхом закріплення норми про відшкодування упущеної вигоди від нового бізнесу.

Крім цього, подібна ситуація спостерігається також і в законодавстві штату Каліфорнія. Відповідно до пункту А секції 1714 Цивільного кодексу штату Каліфорнія, кожен несе відповідальність не тільки за результат його вчинків, але і за шкоду, заподіяну іншій особі своїми вчинками [27]. Фактично зміст цієї норми прямо не вказує на наявність інституту упущеної вигоди в каліфорнійському цивільному законодавстві. Однак слід звернути увагу на окремі судові рішення, що свідчать про зворотне. Так, Верховний Суд Каліфорнії у справі J'aire Corporation v. Craig Gregory від 13 серпня 1979 року дійшов висновку, що збитки у вигляді упущеної вигоди можуть бути відшкодовані у випадку заподіяння шкоди іншій особі або її майну [28]. Таким чином, це положення дозволяє нам констатувати наявність такої форми збитків, як упущена вигода також і у праві штату Каліфорнія.

Д. Мітчел МакФарланд переконаний, що процедура доказування розміру упущеної вигоди полягає у тому, що позивачу необхідно доказати те, чого ніколи не було [29]. Саме тому така процедура є доволі складною [30], однак вона можлива. Хоча в багатьох випадках законодавство штатів

відрізняється одне від одного, певні стандарти доказування наявності та розміру упущеної вигоди є тотожними.

Будь-яка процедура доказування упущеної вигоди повинна відповідати та ґрунтуватися на принципі «розумної впевненості». Усі юрисдикції США застосовують так звану вимогу «розумної впевненості» при розрахунку суми упущеної вигоди – на це звертає увагу Апеляційний суд сьомого округу США у справі TAS Distributing Company v. Cummins Engine Company від 14 червня 2007 року [31].

Однак сьогодні легальне визначення терміну «розумна впевненість» відсутнє. І, як зазначає Роберт М. Ллойд, навіть у суддів відсутнє чітке розуміння цієї категорії [33, с. 15]. На думку науковця, з огляду на позицію Апеляційного суду дев'ятого округу США по справі Continental Insurance Company v. Ursin Seafoods Inc від 6 жовтня 1992 року [33], така ситуація зумовлена тим, що в самому понятті «розумна впевненість» закладена спроба балансу між двома гострими проблемами: запобігання ухиленню правопорушника від відповідальності тільки через те, що упущена вигода не може бути доведена з розумною впевненістю, та захист самих правопорушників від їхнього становища як гарантів безумовного та повного відшкодування збитків.

Крім цього, слід зауважити, що в американському праві на противагу розумній впевненості існує так зване правило порушника (wrongdoer rule), яке полягає у тому, що правопорушник не вправі наполягати на визначенні розміру збитків із розумною впевненістю. На нашу думку, таким чином в американській правовій системі було ефективно збалансовано колізійні положення, які потенційно допускали можливість зловживання тією чи іншою особою своїм правом шляхом вимагання визначення розміру збитків із розумною впевненістю, що, з огляду на природу таких збитків, є дійсно складним завданням.

Роберт М. Ллойд переконаний, що вищезазначені положення є справедливими, оскільки встановлення занадто «високих» стандартів доказування буде негативно впливати на бізнес та створюватиме ще більші проблеми, оскільки недобросовісні підприємці, знаючи, що їхній контрагент не зможе довести наявність збитків, свідомо порушуватимуть положення договорів, права інтелектуальної власності тощо [32, с. 16].

Разом із цим постає логічне питання щодо того, яким чином слід доводити наявність та розмір упущеної вигоди. Дж. Спілкер звертає увагу на те, що в такому випадку в якості зазначених доказів можуть розглядатися документи фінансової звітності, звіти про прибутки та збитки, контракти тощо [29, с. 24]. Крім цього, неможливо не погодитися із думкою Р. Сіболта, який звертає увагу на нагальну необхідність залучення експерта для встановлення розміру упущеної вигоди [34, с. 5-6].

Попри це ми можемо резюмувати, що як в українській, так і в російській та американській системах права застосовуються однакові способи доказування обґрунтованості розрахунку упущеної вигоди – надання суду договорів, звітності тощо. Із іншого боку, необхідно визнати, що зазначені докази можуть бути не прийняті судом, а тому вони не є абсолютною запорукою задоволення вимог щодо відшкодування упущеної вигоди.

Висновки. Отже, беручи все вищевикладене до уваги, слід констатувати, що правове регулювання відшкодування упущеної вигоди в усіх розглянутих правопорядках має спільні риси. Так, проаналізувавши

законодавчі положення та судову практику вищезазначених держав, можна зробити висновок, що висуваються однаково високі вимоги щодо доказування наявності факту упущеної вигоди та правильності й точності її розрахунку.

Саме тому, з метою забезпечення сталого регулювання цих відносин, уніфікації підходів до визначення упущеної вигоди, а також задля забезпечення більш якісної доказової бази по справі та можливості ефективного захисту порушених, невизнаних чи оскаржуваних прав особи, ми вважаємо за потрібне внести певні зміни в уже існуюче законодавство, а також прийняти відповідний нормативно-правовий акт, який би допоміг більш якісно регулювати ці відносини.

По-перше, необхідно внести зміни до ст. 22 ЦК України та додати до неї частину 2^{-1}, яка буде викладена в такій редакції: «У справах про відшкодування шкоди у вигляді упущеної вигоди належними доказами, що підтверджують факт наявності упущеної вигоди та її розмір, є середній розмір прибутку, який було отримано за попередні періоди особою, право якої було порушено. Така інформація відображається у бухгалтерських документах».

По-друге, необхідно розробити та прийняти Закон України «Про судово-експертні комісії». Важливість прийняття цього Закону полягає у тому, що, на наше глибоке переконання, він допоможе вивести відносини, що складаються між особами при вирішенні питання про наявність та розмір збитків у формі упущеної вигоди, на новий рівень. Запровадження уніфікованого способу визначення розміру упущеної вигоди буде тим чинником, який зумовлюватиме формування більш позитивної судової практики у цій сфері, а значить допомагатиме особам дієво захищати свої права та законні інтереси. На нашу думку, основні положення Закону повинні полягати в наступному.

1. У межах державних спеціалізованих установ створюються судово-експертні комісії. Судово-експертна комісія (далі – комісія) – це орган, створений в межах державних спеціалізованих установ, який здійснює експертно-оціночну діяльність щодо встановлення факту наявності (відсутності) та визначення розміру упущеної вигоди.

2. Комісія складається з чотирьох експертів, що здійснюють свою діяльність на засадах законності, повноти та об'єктивності дослідження, професійної незалежності та професійної неупередженості.

3. Цілями діяльності комісії є забезпечення здійснення правосуддя в Україні, а також формування єдиного підходу щодо встановлення факту наявності (відсутності) та визначення розміру упущеної вигоди.

4. Експертом судово-експертної комісії можуть бути фахівці, які мають вищу юридичну та/або економічну освіту за освітнім рівнем «Магістр» та прирівняними до нього рівнями, стаж роботи в експертній галузі не менше 10 років та отримали кваліфікацію судового експерта з права/або економіки.

5. Висновок судово-експертної комісії оформлюється в письмовому вигляді з обов'язковим власноручним підписом голови судово-експертної комісії та інших експертів, які є її членами. Висновок судово-експертної комісії є доказом по справі, на який сторони можуть посилатися для обґрунтування своєї правової позиції. Висновок судово-експертної комісії не може мати попередньо встановленої для суду сили.

6. Висновок судово-експертної комісії може бути оскаржений шляхом подання заяви про перегляд висновку. Перегляд здійснюється шляхом проведення повторної та/або додаткової експертизи Великою судово-експертною комісією, що складається з сімох експертів – голови судово-експертної комісії та шістьох її членів.

Ми переконані, що запровадження вищезазначених законодавчих змін та цивілістичних новел виступатиме каталізатором у сфері поліпшення процедури доказування факту наявності та розміру упущеної вигоди, що допоможе, таким чином, забезпечити належну охорону і захист прав та законних інтересів особи.

Список літератури

1. Розізнана І. В. Поняття та ознаки упущеної вигоди в цивільному праві / Юридичний науковий електронний журнал. URL: http://lsej.org.ua/2_2014/8.pdf (дата звернення: 15.04.2018).
2. «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків»: оглядовий лист Вищого господарського суду України від 14.01.2014 № 01-06/20/2014. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0020600-14 (дата звернення: 15.04.2018).
3. Постанова судової палати у господарських справах Верховного Суду України № 3-188гс14 від 09.12.2014 р. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents% 29/8BCA66F52559 C867C2257DB0002180C7 (дата звернення: 15.04.2018).
4. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 127/8094/14-ц від 08 лютого 2018 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72199261 (дата звернення: 15.04.2018).
5. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 757/18979/14-ц від 28 березня 2018 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73124687 (дата звернення 15.04.2018).
6. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 553/2630/15-ц, від 14 лютого 2018 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72243780 (дата звернення: 15.04.2018).
7. Братусь С. И. Кечекьян С. Ф., Кожевников Ф. И. Юридический словарь. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1953. URL: https://www.twirpx.com/file/1645668/ (дата обращения: 15.04.2018).
8. Мисик Н. Для компенсації упущеної вигоди тепер необхідно довести її реальність / URL: http://blog.ubr.ua/pravo/dlia-kompensacii-upushenoi-vigodi-teper-neobhidno-dovesti-ii-realnist-9588 (дата звернення: 15.04.2018).
9. Про затвердження Методики оцінки майна: постанова Кабінету Міністрів України № 1891 від 10.12.2003 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1891-2003-%D0%BF (дата звернення: 15.04.2018).
10. Шабаровський Б. Чому неможливо довести упущену вигоду? / Б. Шабаровський. 2017. URL: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/760.htm. (дата звернення: 15.04.2018).
11. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть I. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/4734407fbf4d5eec5306840f8b75b994e5d57090/ (дата обращения: 15.04.2018).
12. Акатов А.А. Возмещение упущенной выгоды во внедоговорных обязательствах. Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. С. 81-84.
13. Определение Самарского областного суда от 02 сентября 2014 года по делу № 33-4990. URL: http://судебныерешения.рф/19488159/extended (дата обращения: 15.04.2018).

14. Определение Тульского областного суда от 13 марта 2014 года по делу № 33-332. URL: http://судебныерешения.рф/20521413/extended (дата обращения: 15.04.2018).
15. Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» № 42-ФЗ от 08.03.2015. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_176165/ (дата обращения: 15.04.2018).
16. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23.07.2015. URL: http://www.consultant.ru/ document/cons_doc_LAW_181602/#dst100033 (дата обращения: 15.04.2018).
17. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» от 26 марта 2016 года № 7. URL: http://base.garant.ru/71360358/ (дата обращения: 15.04.2018).
18. Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. 221 с.
19. Решение Октябрьского районного суда г. Новосибирска по делу № 2-188/ 2018 от 28 марта 2018 года. URL: http://судебныерешения.рф/33433148/extended (дата обращения: 15.04.2018).
20. Доклад для Публичных обсуждений правоприменительной практики Псковского УФАС России в 4 квартале 2017 года. URL: https://fas.gov.ru/documents/612616 (дата обращения: 15.04.2018).
21. Клейн Н. И. Споры о возмещении убытков, причиненных нарушением договора поставки: Научно-практический комментарий арбитражной практики. М., 1969. Вып. 2. С. 50–82.
22. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М., 2010. 423 с.
23. Латынцев А. В., Латынцева О. В. Расчет убытков в коммерческой деятельности. М., 2002. 232 с.
24. Mitchell McFarland D. The Standard of «Reasonable Certainty» Proves Lost Profits. URL: https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/trial_skills/tips-proving-lost-profits.html (date of access: 15.04.2018).
25. Business and Commerce Code of Texas. URL: http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/SDocs/BUSINESSANDCOMMERCECODE.pdf (date of access: 15.04.2018).
26. Virginia Civil Code. Virginia Law. URL: https://law.lis.virginia.gov/library/cov/Title8.01.pdf (date of access: 15.04.2018).
27. California Civil Code. California Legislative Information. URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=&part=3.&chapter=&article (date of access: 15.04.2018).
28. California Supreme Court. Case: J'aire Corporation v. Craig A. Gregory. Decided – August 13, 1979. URL: https://www.courtlistener.com/opinion/1218182/jaire-corp-v-gregory/ (date of access: 15.04.2018).
29. Mitchell McFarland D., Spilker Jeff W. Lost Profits in Commercial Litigation: Proving and Defending Damages. URL: https://www.munsch.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-4-3345/overrideFile.name=/McFarland_Strafford_Jan2017_Program% 20Slides% 20-% 20Animated% 20January% 202017.pdf (date of access: 15.04.2018).
30. Lost Profits – a Measure of Damages Law and Legal Definition. URL: https://definitions.uslegal.com/l/lost-profits-a-measure-of-damages/ (date of access: 15.04.2018).
31. United States Court of Appeal, Seventh Circuit. Case: TAS Distributing Company v. Cummins Engine Company. Decided – June 14, 2007. URL: https://www.ravellaw.com/opinions/913b8d3e24a9e6c8201f2abef81d948d (date of access: 15.04.2018).
32. 32. Robert M. Lloyd. The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means. URL: http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context= transactions (date of access: 15.04.2018).
33. United States Court of Appeal, Ninth Circuit. Case: Continental Insurance Company v. Ursin Seafoods Inc. Decided – October 6, 1992. URL: https://openjurist.org/977/

f2d/587/ continental-insurance-company-v-ursin-seafoods-inc (date of access: 15.04.2018).
34. Seabolt Richard L. Lost Profits Damages: From Expert Testimony Through Jury Instructions. URL: https://www.duanemorris.com/articles/static/seaboltcalit052003.pdf (date of access: 15.04.2018).

Стаття надійшла до редакції 19.05.2018

Е. А. Каташинский
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

УПУЩЕННАЯ ВЫГОДА И УСЛОВИЯ ЕЕ ВОЗМЕЩЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ, РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И США

Резюме

В рамках исследуемой темы автор пришел к заключению о том, что на сегодняшний день гражданское законодательство Украины характеризуется неполнотой регулирования вопросов, связанных с возмещением упущенной выгоды. В работе была проанализирована правовая природа упущенной выгоды. Кроме этого, уделено внимание процедуре доказывания наличия, а также правильности расчета размера упущенной выгоды, рассмотренного сквозь призму как украинского и российского, так и американского законодательства.

В ходе исследования автор описывает некоторые причины сопряженности процедуры доказывания упущенной выгоды с определенными сложностями. В работе также уделяется определенное внимание законодательному регулированию исследуемого вопроса в рамках российского гражданского законодательства, а также констатируются существенные нормативные изменения последних лет в сфере возмещения упущенной выгоды, которые позволили лицам более качественно и эффективно защищать свои нарушенные права.

Также автор рассматривает данный вопрос сквозь призму законодательства таких американских штатов, как Калифорния, Техас и Вирджиния, а также американской судебной практики. Посредством анализа акцентируется внимание на отличиях в правовом закреплении упущенной выгоды, а также на общности средств доказывания ее размера.

Автор предлагает внести изменения в некоторые законодательные акты Украины, а также принять соответствующий закон с целью усовершенствования правового регулирования проблемных вопросов рассматриваемой темы. Автор считает целесообразным создание в рамках государственных специализированных учреждений судебно-экспертных комиссий, в сферу деятельности которых входила бы выдача заключений относительно наличия упущенной выгоды, а также правильности расчета её суммы

Ключевые слова: упущенная выгода, доказывание, убытки.

Ye. O. Katashynskyi
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE LOST PROFITS AND CONDITIONS OF ITS COMPENSATION IN THE CIVIL LAW OF UKRAINE, THE RUSSIAN FEDERATION AND THE USA

Summary

The author concludes that the civil legislation of Ukraine is characterized by incomplete regulation of issues related to compensation for lost profits today. The legal nature of the lost profits was analyzed. In addition, the author paid attention to the procedure of proving the existence, as well as the correctness of calculating the amount of lost profits, considered through the prism of both Ukrainian, Russian and American legislation.

In the article of the work the author describes the reasons for the connectivity contumacy of the procedure for proving the loss of profits with some difficulties. The article also pays some attention to the legislative regulation of the question under consideration in the framework of Russian civil law, and also notes significant regulatory changes in the field of compensation for lost profits, which allowed individuals to protect their violated rights more effectively.

The author also considers this issue through the prism of the laws of such American states as California, Texas and Virginia, as well as American judicial practice. Through analysis, attention is focused on the differences in the legal securing of lost profits, as well as on the commonality of the means of proving its amount.

The author proposes to amend some of the legislative acts of Ukraine, as well as to adopt a corresponding law, with the aim of improving the legal regulation of problematic issues of the topic under consideration. The author considers it expedient to establish forensic expert commissions within the framework of state specialized agencies, whose scope of activity would include giving conclusions on the existence of lost profits, as well as the correctness of calculating its amount.

Key words: lost profits, proving, damages.

ТРУДОВЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).130883
УДК 349.22

О. М. Потопахіна
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СТОРОНИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ І ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У науковій статті досліджуються суб'єктний склад (сторони) трудового договору за чинним законодавством і проектом Трудового кодексу України, особливості трудової правосуб'єктності працівника і роботодавця як сторін трудового договору. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення актів чинного законодавства, проекту Трудового кодексу України в цій сфері з урахуванням законодавчого досвіду окремих зарубіжних країн.

Ключові слова: трудовий договір, працівник, роботодавець, трудова правосуб'єктність працівника, трудова правосуб'єктність роботодавця.

Постановка проблеми. Одним із напрямків дослідження проблематики трудового договору у сучасній науці трудового права є визначення особливостей його суб'єктного складу (сторін) та їх трудової правосуб'єктності. Як відомо, трудовий договір – це угода між працівником та роботодавцем. Метою наукової статті є дослідження суб'єктного складу трудового договору за чинним законодавством і проектом Трудового кодексу України, особливостей трудової правосуб'єктності працівника і роботодавця як сторін трудового договору, а також внесення пропозицій щодо вдосконалення актів чинного законодавства, проекту Трудового кодексу України (далі – ТК України) в цій сфері з урахуванням позитивного законодавчого досвіду окремих зарубіжних країн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми трудового договору завжди знаходилися у центрі уваги представників науки трудового права (Ф. М. Левіант, Р. З. Лівшиць, А. Ю. Пашерстник, О. С. Пашков, П. Р. Стависький, А. І. Ставцева, К. П. Уржинський, О. С. Хохрякова та ін.). У сучасний період теорію трудового договору досліджують вітчизняні вчені: Н. Б. Болотіна, В. С. Венедиктов, Г. С. Гончарова, О. В. Данилюк, В. В. Жернаков, М. І. Іншин, П. Д. Пилипенко, С. М. Прилипко, С. О. Сільченко, Г. І. Чанишева, Н. М. Хуторян, О. А. Яковлєв, О. М. Ярошенко та ін.

Дослідженню окремих аспектів правового статусу сторін трудового договору присвячені кандидатські дисертації сучасних вітчизняних науковців: Б. А. Римаря «Види трудового договору» (2009), Д.В. Могили «Правовий статус керівника організації як працівника» (2013), І. А. Римаря «Правове регулювання індивідуальних трудових відносин (2015), М. І. Наньєвої «Укладання трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн» (2017), В. Р. Шишлюк «Припинення трудового договору за законодавством України і Польщі» (2017р.) та ін.

Мета статті. Дослідження особливостей суб'єктного складу (сторін) трудового договору на підґрунті оновленого трудового законодавства України, проекту ТК України.

Виклад основного матеріалу. У частині першій ст. 21 КЗпП України [1] трудовий договір визначається як угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін.

У чинному законодавстві існують розбіжності у найменуванні сторін трудового договору. У КЗпП України не застосовується термін «роботодавець». Визначення даного терміну в інших законодавчих актах певною мірою відрізняються, оскільки зазначений термін використовується, як правило, в цілях конкретного законодавчого акту. Наприклад, у ст. 1 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» роботодавець визначається як власник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, виду діяльності, галузевої належності або уповноважений ним орган (керівник) чи фізична особа, яка відповідно до законодавства використовує найману працю. Згідно з частиною першою ст. 1 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності», роботодавець – юридична особа (підприємство, установа, організація) або фізична особа-підприємець, яка в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб.

У чинному КЗпП України також відсутнє визначення поняття «працівник». Аналіз актів чинного законодавства також свідчить про наявність певних відмінностей у визначенні даного терміну.

У частині першій ст. 31 ТК України трудовий договір визначається як угода між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов'язується особисто виконувати роботу (трудову функцію), визначену цією угодою, з додержанням трудового законодавства, правил внутрішнього трудового розпорядку, колективного договору, нормативних актів роботодавця під керівництвом та контролем роботодавця, а роботодавець - надати працівникові роботу за цією угодою, забезпечувати належні, безпечні та здорові умови праці, належні санітарно-побутові умови та своєчасно і в повному обсязі виплачувати заробітну плату [2].

Тобто визнання працівника і роботодавця сторонами трудового договору у цій статті знімає розбіжності, які існують у цей час у чинному трудовому законодавстві.

При цьому у частині першій ст. 19 проекту ТК України працівник визначається як фізична особа, яка уклала з роботодавцем трудовий договір та перебуває в трудових відносинах із ним. Згідно з частиною першою ст. 22 законопроекту, роботодавець – це юридична або фізична особа, яка в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб.

Працівник і роботодавець є основними суб'єктами трудового права і трудових правовідносин. Працівника можна розглядати як біологічну істоту, яка у виробничому процесі використовує здібності до праці та як фізичну особу, носія юридичних прав та обов'язків, тобто як суб'єкта права. Особливою якістю суб'єкта права є його правосуб'єктність, яка є передумовою участі особи у правовідносинах, вона ставить за мету визначення кола суб'єктів, які можуть бути учасниками суспільних відносин, урегульованих нормами права.

Здатність працівника бути суб'єктом трудового права, тобто здатність особисто здійснювати трудові права та трудові обов'язки, а також нести юридичну трудоправову відповідальність визначається як галузева трудова правосуб'єктність. Змістом такої правосуб'єктності є здатність працівника до праці, яка повинна обов'язково реалізуватися особисто. Відповідно в якості працівника може бути тільки фізична особа. Трудова правосуб'єктність працівника – це єдність трудової працездатності та трудової дієздатності. В юридичній літературі виокремлюються матеріальні умови трудової правосуб'єктності як фактичної здатності людини до праці, яка визначається системою інтелектуальних та вольових факторів, та формальні умови трудової правосуб'єктності фізичної особи як визнання наявності здатності певної особи до участі у трудових правовідносинах із боку держави на підставі вікового та психічного критеріїв.

Слід зазначити, що галузева трудова правосуб'єктність фізичних осіб є рівною, тобто всі фізичні особи мають рівні можливості застосовувати свої здатності до праці та рівні права та обов'язки, передбачені законом. Однак соціальні, фізичні, інтелектуальні, статеві, кваліфікаційні та інші особливості фізичних осіб відрізняються. Як наслідок, відрізняються й здатності особи до різної праці або професійної діяльності. Таким чином, галузева трудова правосуб'єктність є рівною, але фізичні особи володіють різною спеціальною трудовою правосуб'єктністю, на яку впливають такі фактори, як громадянство, судимість, стан здоров'я, вік, освіта та ін.

У КЗпП України відсутня окрема стаття про встановлення вимог до працівників. Зазначені вимоги передбачені досить значною кількістю законів, інших актів трудового законодавства і стосуються віку, освіти, професійної підготовки, стану здоров'я тощо. У трудових кодексах зарубіжних країн також відсутні спеціальні норми про встановлення вимог до працівників [3].

У своїй кандидатській дисертації М. І. Наньєва запропонувала виокремлювати вимоги до професійних якостей працівника (наявність освіти, професійної підготовки, кваліфікації, досвіду роботи), вимоги до віку і здоров'я працівників, вимоги до наявності громадянства та знання державної мови, вимоги до моральних якостей працівника, вимоги до проживання і наявності права голосу та інші вимоги. Вчена виокремлює також вимоги до працівників, які встановлюються законодавством, у тому числі ті, що можуть встановлюватися тільки законом, і вимоги, що можуть встановлюватися роботодавцем.

Укладання трудового договору є підставою для придбання фізичною особою-суб'єктом права статусу працівника як сторони трудового договору. Як сторона трудового договору працівник має свободу волевиявлення на укладання трудового договору, на вибір роботодавця, свободу у формуванні умов договору з додержанням вимог законодавства, а також свободу розірвання договору.

У міжнародно-правових актах, які є частиною національного законодавства, можливість укладання трудового договору пов'язана з досягненням фізичною особою певного віку. Конвенція МОП №138 про мінімальний вік для прийому на роботу від 6 червня 1973 року [4] є основним міжнародно-правовим актом із цього питання. Згідно зі ст. 1 Конвенції, держава зобов'язана здійснювати національну політику, що має на меті забезпечення ефективної ліквідації дитячої праці й поступове підвищення мінімального віку для прийому на роботу до рівня, який відповідає найповнішому фізичному та розумовому розвитку підлітків.

Статтею 2 Конвенції встановлюється, що мінімальний вік не повинен бути нижчим, ніж вік закінчення обов'язкової шкільної освіти та, у будь-якому випадку, не може бути нижчим за 15 років.

Водночас ст. 7 Конвенції передбачається, що національним законодавством чи правилами може допускатися прийом на роботу за наймом або на іншу роботу осіб у віці від 13 до 15 років для легкої роботи, яка:

a) не здається шкідливою для їхнього здоров'я або розвитку;

b) не перешкоджає відвіданню школи, їхній участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації або підготовки, або їхнім можливостям скористатися отриманим навчанням.

Крім того, Конвенція встановлює, що компетентний орган влади після консультацій із відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, може шляхом видачі дозволів робити в окремих випадках винятки із заборони приймати на роботу за наймом або на іншу роботу, передбачену в статті 2 цієї Конвенції, для такої мети, як участь у художніх виступах. Видані таким чином дозволи обмежують тривалість робочого часу і встановлюють умови, в яких може виконуватися робота за наймом або інша робота.

Враховуючи необхідність особливої турботи про фізичне та психологічне здоров'я неповнолітніх, Конвенція визначає, що мінімальний вік для прийому на будь-який вид роботи за наймом або іншої роботи, яка за своїм характером або через умови, в яких вона здійснюється, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці або моральності підлітка, не може бути нижчим ніж 18 років (ст. 3).

Український законодавець також установлює можливість фізичної особи бути стороною трудового договору при досягненні відповідного віку, а у випадках, установлених законом, при наявності певних умов, наприклад, освіти, стажу та ін. У повному обсязі трудова правосуб'єктність фізичної особи виникає при досягненні 16 років. Відповідно до частини першої ст. 188 КЗпП України, не допускається прийняття на роботу осіб молодше шістнадцяти років. Далі у частинах другій і третій ст. 188 КЗпП України передбачається, що за згодою одного із батьків або особи, що його замінює, можуть, як виняток, прийматись на роботу особи, які досягли п'ятнадцяти років. Для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних

і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненні ними чотирнадцятирічного віку за згодою одного з батьків або особи, що його замінює.

Фізичні особи, що не досягли вісімнадцяти років, у трудових правовідносинах прирівнюються у правах до повнолітніх, а в галузі охорони праці, робочого часу, відпусток та деяких інших умов праці користуються пільгами, встановленими законодавством України.

Неповнолітні до 16 років мають часткову трудову правосуб'єктність, яка передбачає можливість її реалізації шляхом укладання трудового договору у визначеній законом галузі з додержанням встановленого законом порядку. Часткова трудова правосуб'єктність доповнюється законними представниками вказаних осіб, які беруть участь в укладенні трудового договору, а також здійснення і захисту їх трудових прав.

Таким чином, трудове законодавство України в частині встановлення мінімального віку для укладання трудового договору відповідає вимогам Конвенції МОП № 138.

Психічний критерій трудової правосуб'єктності працівника передбачає здатність особи усвідомлювати свої дії у трудових правовідносинах, здатність свідомо керувати своїми діями та здатність усвідомлювати можливі наслідки таких дій. Це означає, що відносно цієї фізичної особи немає рішення суду про визнання її недієздатною на підставі ст. 39 ЦК України.

Як вважають автори одного з новітніх підручників із трудового права України, трудова правосуб'єктність працівника складається із таких основних елементів, як правоздатність, дієздатність, деліктоздатність та трудові права й обов'язки, а допоміжним елементом виступають соціально-трудові гарантії працівника, спрямовані на посилення його соціальної захищеності у сфері праці [5, с. 111].

На нашу думку, не має необхідності включати до трудової правосуб'єктності працівника як окремий елемент його трудові права й обов'язки, які вже увійшли до змісту трудової правоздатності працівника. Також видається недоцільним виокремлювати такий допоміжний елемент, як соціально-трудові гарантії працівника. Слід погодитися з точкою зору вітчизняних науковців, які визнають юридичні гарантії трудових прав працівників окремим елементом правового статусу працівника як суб'єкта індивідуальних трудових правовідносин [6, с. 170].

Відповідно до частини першої ст. 19 ТК України, працівник – це фізична особа, яка уклала з роботодавцем трудовий договір та перебуває в трудових відносинах з ним.

Далі у частині другій зазначеної статті передбачається, що працівником може бути особа, яка досягла шістнадцятирічного віку. Для окремих категорій працівників законом може бути встановлено вищий віковий ценз.

Працівником може бути особа, яка досягла п'ятнадцятирічного віку, з якою трудовий договір укладається за наявності письмової згоди одного з батьків або особи, яка їх замінює (ч. 3 ст. 19).

Для підготовки молоді до праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх і професійно-технічних навчальних закладів (для виконання легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процес навчання) у вільний від навчання час після досягнення ними чотирнадцятирічного віку за письмовою згодою одного з батьків або особи, яка їх

замінює. Перелік видів легкої роботи, до виконання якої можуть залучатися особи, які не досягли п'ятнадцяти років, затверджується центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері праці та соціальної політики (ч. 4 ст. 19).

Новелою проекту ТК України є закріплення у частині п'ятій ст. 19 віку прийняття на роботу в організації кінематографії, театральні, концертно-видовищні та інші творчі організації. Відповідно до зазначеної статті в організаціях кінематографії, театральних, концертно-видовищних та інших творчих організаціях дозволяється за письмовою згодою одного з батьків або особи, яка їх замінює, приймати на роботу осіб, які не досягли чотирнадцятирічного віку, для участі в концертах, виставах, інших заходах, а також у створенні кінофільмів або інших творів мистецтва, якщо це не завдає шкоди їхньому здоров'ю, моральному розвитку і процесу навчання. У таких випадках прийняття на роботу допускається виключно за умови письмового погодження умов та оплати праці роботодавцем із одним із батьків або з особою, яка їх замінює.

Порядок укладення трудового договору з особами, які не досягли 14 років, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Аналіз зазначених норм проекту ТК України свідчить про їх відповідність міжнародним стандартам, закріпленим в актах МОП.

Зазначені вище норми дають підстави для виокремлення поряд з такими видами трудової правосуб'єктності працівників, як загальна, спеціальна правосуб'єктність, також виключної правосуб'єктності малолітніх осіб.

Як уже відзначалося, у ст. 21 КЗпП України не закріплюється поняття «роботодавець» як сторони трудового договору. Законодавець використовує термін «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа», зміст якого у КЗпП України, на жаль, не визначається. Але ж на підставі аналізу цієї норми можна зробити висновок, що трудова правосуб'єктність роботодавця може розподілятися між декількома особами. Є підстави сприйняти умовність даної термінології та розглядати декілька видів роботодавців: 1) роботодавець – фізична особа як сторона трудового договору; 2)роботодавець – юридична особа як сторона трудового договору; 3) суб'єкти, які представляють роботодавця (представництво роботодавця). Коло останніх має бути чітко визначено на законодавчому рівні. Отже, проблеми визначення правосуб'єктності роботодавця та особливостей правосуб'єктності різних видів роботодавця відповідно реаліям сьогодення потребують окремих наукових досліджень.

У спеціальній та навчальній літературі відсутня єдність щодо визначання ознак трудової правосуб'єктності роботодавця. Це пояснюється складністю зазначеного питання, адже необхідно виокремити ознаки, які б були властиві різним видам роботодавця. Ураховуючи це, видається доцільним ознаками трудової правосуб'єктності роботодавця вважати такі: 1) набуття статусу роботодавця у встановленому законом порядку; 2) право найму працівників; 3) здатність організувати процес праці та забезпечити належні, безпечні та здорові умови праці.

У частині другій ст. 22 проекту ТК України передбачається, що роботодавцем може бути фізична особа, яка має повну цивільну дієздатність. Отже, трудова правосуб'єктність роботодавця-фізичної особи виникає з 18 років.

У наступних частинах зазначеної статті закріплені норми про те, що юридична особа може бути роботодавцем незалежно від організаційно-правової форми, форми власності, галузевої належності, підпорядкування та інших ознак (ч. 3). Повноваження юридичної особи як роботодавця реалізуються її органами та посадовими особами відповідно до законодавства, її установчих документів та нормативно-правових актів (ч. 4). У разі здійснення окремих повноважень роботодавця стосовно певних працівників загальними зборами, установчими документами або нормативними актами роботодавця, що приймаються загальними зборами, визначається постійно діючий орган чи посадова особа, які вирішують невідкладні питання, пов'язані з реалізацією працівником своїх прав та виконанням ним обов'язків. Невизначення такого органу чи посадової особи або тимчасова відсутність посадової особи не може бути перешкодою для реалізації трудових прав працівника. Відповідні норми відсутні у чинному КЗпП України.

Перевагою проекту ТК України порівняно з чинним КЗпП України є закріплення основних прав та обов'язків роботодавця (ст. ст. 23, 24). Як сторона трудового договору роботодавець повинен надати працівнику роботу згідно з трудовою функцією працівника, забезпечити працівнику належні умови праці, своєчасно та в повному обсязі сплачувати за працю працівника. У свою чергу роботодавець має право контролю за виконанням працівниками трудових обов'язків, у тому числі з використанням технічних засобів, якщо це зумовлено особливостями виробництва, з обов'язковим попередженням працівників про їх застосування. Під час здійснення такого контролю не допускаються дії, що принижують честь і гідність або порушують інші права працівників (ч. 1 ст. 29). В окремій статті 25 законопроекту вперше закріплене право роботодавця на добір працівників.

Висновки. Отже, на підставі проведеного дослідження норм чинного трудового законодавства України та проекту ТК України можна дійти наступних висновків.

Перевагою проекту ТК України є визначення поняття працівника і роботодавця, які визнаються сторонами трудового договору. Це дозволить усунути невідповідності у визначенні зазначених понять, які існують у чинному трудовому законодавстві.

Видається необхідним удосконалити поняття «роботодавець» у частині першій ст. 22 проекту ТК України. Пропонується визначити поняття роботодавця у зазначеній статті як юридичну (підприємство, установа, організація) або фізичну особу, яка на підставі трудового договору та в установленому законодавством порядку використовує працю найманих осіб.

Видається доцільним доповнити частину другу ст. 22 наступними положеннями: «Роботодавцями - фізичними особами визнаються: фізичні особи, які зареєстровані у встановленому порядку як індивідуальні підприємці та які здійснюють підприємницьку діяльність без утворення юридичної особи, а також приватні нотаріуси, адвокати та інші особи, чия професійна діяльність, відповідно до закону, підлягає державній реєстрації та (або) ліцензуванню, та які вступили у трудові відносини з працівниками в цілях здійснення зазначеної діяльності; фізичні особи, які вступають у трудові відносини з працівниками в цілях особистого обслуговування та допомоги по веденню домашнього господарства».

Трудова правосуб'єктність працівника і роботодавця, що включає правоздатність, дієздатність та деліктоздатність, більш повно врегульована в

проекті ТК України порівняно з чинним КЗпП України. Уперше в законопроекті закріплена трудова правосуб'єктність малолітніх осіб (ч. 5 ст. 19), що дозволяє поряд із загальною і спеціальною правосуб'єктністю працівників виокремлювати виключну правосуб'єктність малолітніх осіб. При цьому доцільно було б ст. 19 проекту ТК України доповнити нормами про повну і неповну трудову правосуб'єктність працівників.

В окремих статтях законопроекту закріплені основні права та обов'язки працівника (ст. ст. 20, 21). Уперше у проекті ТК України закріплені основні права та обов'язки роботодавця (ст. ст. 23, 24). При цьому перелік прав та обов'язків працівника і роботодавця не є вичерпним.

Більш повно у проекті ТК України, порівняно з чинним Кодексом, врегульована відповідальність працівників і роботодавця за порушення ними трудових обов'язків. До проекту включено окрему Книгу восьму «Відповідальність сторін трудових відносин», до якої включено главу 1 «Відповідальність працівників» і главу 2 «Відповідальність роботодавця». Урегульовано матеріальну відповідальність роботодавця, а також відповідальність роботодавця за заподіяння моральної шкоди.

Водночас у ст. 22 проекту ТК України відсутні норми про трудову правосуб'єктність роботодавця-юридичної особи, моменти її виникнення та припинення. У законопроекті також не повною мірою закріплені юридичні гарантії трудових прав і обов'язків роботодавця.

Список літератури

1. Кодекс законів про працюУкраїни: Затв. Законом № 322-VIII від 10.12.71 // Відомості Верховної Ради України. 1971. Додаток до № 50. Ст.375.
2. Проект Трудового кодексу України №1658 в редакції, підготовленій до другого читання від 24.07.2017 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221 (дата звернення: 10.05.2018).
3. Наньєва М.І. Укладання трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн: авт. дис. ...канд. юрид. наук. О., 2017. 20 с.
4. Конвенція МОП №138 про мінімальний вік для прийому на роботу від 6 червня 1973 року // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці 1965-1999, Том II. Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. С.1703-1710.
5. Трудове право України: підручник / за заг. ред. М.І. Іншина, В.Л. Костюка. К.: Юрінком Інтер, 2017. 600 с.
6. Чанишева Г.І. Правове регулювання індивідуальних трудових правовідносин / Г.І. Чанишева, І.А. Римар. О.: Фенікс, 2016. 192 с.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2018

О. Н. Потопахина
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СТОРОНЫ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ И ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Резюме
В научной статье проводится теоретико-правовое исследование субъектного состава (сторон) трудового договора по действующему законодательству и в проекте Трудового кодекса Украины, определяются особенности трудовой правосубъектности работника и работодателя как сторон трудового договора. В статье содержатся предложения по совершенствованию актов действующего законодательства, соответствующих норм проекта Трудового кодекса Украины с учетом положительного законодательного опыта зарубежных стран.

Ключевые слова: трудовой договор, работник, работодатель, трудовая правосубъектность работника, трудовая правосубъектность работодателя.

O. N. Potopakhina
Odessa I.I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE PARTIES OF THE LABOR CONTRACT ON THE ACTUAL LEGISLATION AND THE DRAFT LABOUR CODE OF UKRAINE

Summary
The theoretical and legal study of the subject-matter composition (parties) of the employment contract according to the current legislation and the Draft Labor Code of Ukraine is conducted in the scientific article, the peculiarities of the labor legal personality of the employee and the employer as parties to the employment contract are determined. The article contains proposals on improving the acts of the current legislation, the relevant norms of the Draft Labor Code of Ukraine, taking into account the positive legislative experience of foreign countries.

Key words: contract of employment, employee, employer, labor legal personality of an employee, labor legal personality of the employer.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134154
УДК 347.61.64

Р. В. Падун
кандидат юридичних наук
Навчально-науковий гуманітарний інститут
Національного Таврійського університету імені В. І. Вернадського,
кафедра цивільно-правових дисциплін
вул. Івана Кудрі, 33, Київ, 01042, Україна

МОНІТОРИНГ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ

У статті досліджено сутність сімейних правовідносин як основи сімейного права. Проаналізовано специфічні ознаки сімейно-шлюбних відносин, розглянуто методи та заходи відповідальності у сімейному праві. Проведено діагностику кількісних показників, що характеризують дотримання правових норм із питань виховання дітей. Виявлено тенденції та запропоновано рекомендації щодо покращення процесів дотримання норм інституту опіки та піклування

Ключові слова: сімейне право, сімейно-шлюбні правовідносини, обов'язки щодо виховання дітей, правопорушення норм в сімейному праві.

Постановка проблеми. Динамічний характер правових та соціально-економічних відносин актуалізує процеси регулювання в сфері сімейного права. Питання регулювання сімейних відносин набувають вирішального значення у забезпеченні соціальної відповідальності та якості життя, формуванні та розвитку українського суспільства в цілому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ученими активно вивчаються питання правової природи та місця сімейного права в системі українського права. Окремі аспекти відповідальності у сімейному праві розглядають як вітчизняні, так і зарубіжні вчені, зокрема: І. В. Апопій, Т. В. Бондар, Г. К. Матвеев, Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова, Є. О. Харитонов, Г. В Чурпіта, О. А. Явор [1- 8].

У правовій науці відбувається виокремлення сімейно-правової відповідальності як специфічного виду юридичної відповідальності, досліджується співвідношення понять «сімейно-правова відповідальність» і «відповідальність у сімейному праві». Досліджуючи сімейне право як самостійну галузь українського права, що містить як приватноправові, так і публічно-правові норми, потрібно більше уваги приділяти відповідальності та кількісному аспекту діагностики правопорушень у сімейному праві.

Мета статті полягає в узагальненні результатів моніторингу правопорушень у сфері сімейного права, зокрема правових норм із питань виховання дітей; визначенні чинників та тенденцій щодо дотримання норм сімейного права; розробці рекомендацій щодо зміцнення інститутів опіки та піклування, усиновлення.

Виклад основного матеріалу. Сім'я уособлює в собі самостійну сферу суспільних відносин, головною ознакою якої є її приватний характер. Сім'я,

відповідно до п. 1 ст. 3 Сімейного кодексу України (СК), є первинним та основним осередком суспільства [9, с. 5]. Сімейний кодекс України (ст. 2, п. 1) регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання [9, с. 4]. Сімейний кодекс України, крім переважної частини приватноправових норм, містить і певну частину норм (обслуговуючі норми), що регулюють публічні відносини.

Предметом сімейного права в юридичній науці визнаються:

— відносини, які виникають у зв'язку зі шлюбом;

— особисті та майнові відносини між членами сім'ї;

— особисті та майнові відносини між іншими родичами;

— відносини, які виникають у зв'язку з влаштуванням дітей, які позбавлені батьківського піклування.

Дотримуючись традиційного розуміння поняття галузевих правовідносин в юридичній науці, Т. В. Бондар визначає сімейні правовідносини як «урегульовані нормами права особисті немайнові і майнові відносини, що виникають із шлюбу, сім'ї та родинництва» [2, с. 131].

Специфічність сімейно-шлюбних відносин як основи інституту сім'ї проявляється у наступному:

— основу виникнення сімейно-шлюбних відносин складає взаємозв'язок та взаємодія таких суб'єктів сімейно-шлюбних відносин, як подружжя, батьки, діти, інші родичі. Взаємодія зазначених учасників сімейно-шлюбних відносин реалізується через специфічні юридичні факти: шлюб і родинні стосунки, материнство і батьківство, усиновлення і патронат.

— наявність та взаємозв'язок особистих немайнових відносин (наприклад, виховання дітей) та майнових відносин (наприклад, аліментні зобов'язання), особливою ознакою яких є тривалість.

— виникнення, підтримання, розірвання взаємовідносин та взаємозв'язків не сторонніх людей (подружжя, батьки, діти, інші родичі), на відміну від цивільного права.

— пріоритетність особистісно-правової складової сімейно-шлюбних відносин над майновою складовою. Так, у сімейному праві превалюють такі відносини, як укладення і розірвання шлюбу, статус подружжя, батьків і дітей, права і обов'язки батьків щодо виховання дітей, а вже через призму цих відносин розглядаються майнові відносини цих учасників.

— невідчужуваність сімейно-шлюбних прав і обов'язків в особистому та майновому аспекті; неможливість передання цих прав іншим особам шляхом купівлі-продажу, дарування, заповіту.

— наявність у сімейному праві публічно-правових норм [3, с. 34–35].

В юридичній науці використовується імперативний та диспозитивний метод сімейного права [2]. *Імперативний метод* правового регулювання сімейних відносин підкреслює обов'язковий характер правових норм для всіх учасників сімейних правовідносин. Наприклад, в імперативному порядку закон встановлює, що шлюбом визнається лише шлюб, зареєстрований в органі РАЦС (ч. 1 ст. 21 СК України) [1; 9]. *Диспозитивний метод* полягає в тому, що правові норми дозволяють учасникам сімейних правовідносин відступати від обов'язкових норм (наприклад, визначаючі власні правила в положеннях шлюбного договору, домовленостях щодо сплати аліментів, розподілу майна тощо) [2, с. 132].

Т. В. Бондар наголошує на особливій важливості ситуаційного підходу при використанні методів сімейного права [2].

Захист прав та інтересів у широкому розумінні включає «як діяльність відповідних юрисдикційних органів щодо застосування передбачених законом способів і засобів, спрямованих на забезпечення здійснення та відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та інтересів, так і їх самозахист» [6, с. 5–46].

Заходами відповідальності у сімейному праві є:

— несприятливі наслідки для недобросовісного подружжя в разі недійсності шлюбу;

— позбавлення батьківських прав (зокрема усиновлювача);

— відібрання дитини від батьків без позбавлення батьківських прав у результаті винної протиправної поведінки;

— скасування усиновлення через винну протиправну поведінку усиновлювача;

— звільнення опікуна, піклувальника від виконання своїх обов'язків через винну протиправну поведінку;

— дострокове розірвання патронатного договору через винну протиправну поведінку патронатного вихователя;

— позбавлення права бути усиновлювачем, опікуном, піклувальником, патронатним вихователем через винну протиправну поведінку особи;

— зменшення одному з подружжя частки у спільній сумісній власності через винну протиправну поведінку;

— позбавлення одного з суб'єктів сімейних відносин права на одержання аліментів або його строкові обмеження [1, с. 242].

Відповідно до ст. ст. 16–18 ЦК України, ст. ст. 18, 19 СК України захист сімейних прав та інтересів може здійснюватися судом, органом опіки та піклування, Президентом України, органами державної влади, органами влади АРК або органами місцевого самоврядування чи нотаріусом [6, с. 46; 9].

Кількісна інформація, що характеризує захист прав та інтересів суб'єктів сімейного права, може бути представлена такими офіційними показниками Державної служби статистики України (табл. 1–5):

— кількість зареєстрованих шлюбів;

— кількість зареєстрованих розлучень;

— кількість судових справ за статтею ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками, або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей»;

— кількість розглянутих справ за ст. 148 КУаАП;

— кількість закритих справ за ст. 148 КУаАП;

— види постанов (судових рішень) за ст. 148 КУаАП;

— структура адміністративних стягнень за ст. 148 КУаАП.

Аналізуючи показники щодо укладання шлюбів та оформлення розлучень за останні роки, можна зазначити кількісну перевагу укладених шлюбів, що є позитивною тенденцією в розвитку сімейних правовідносин. Станом на 2016 р. кількість зареєстрованих шлюбів становила 299,5 тис. проти 130 тис. зареєстрованих розлучень (табл. 1).

Одним із ключових індикаторів щодо дотримання норм сімейного права є ситуація та стан справ щодо належного виконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей (табл. 2).

Таблиця 1

Інформація щодо кількості зареєстрованих шлюбів та розлучень [10, с. 44]

	2005	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Кількість зареєстрованих шлюбів, тис.	332,1	305,9	355,9	278,3	304,2	295,0	299,0	299,5
Кількість зареєстрованих розлучень, тис.	183,5	126,12	182,5	168,5	164,9	130,7	129,4	130,0

Таблиця 2

Інформація щодо кількості судових справ за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей» [11-15, с. 34–35]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Кількість розглянутих справ, по яких винесено постанови (рішення)	39695	41356	37753	38297	29205	26393	25565
Індекс зміни розглянутих справ, до попереднього року	–	1,04	0,91	1,01	0,76	0,90	0,97
Винесення рішення про накладення адміністративного стягнення	36319	36901	33775	34435	25286	21876	20373
Частка справ, по яких винесено рішення про накладення адміністративного стягнення до загальної кількості розглянутих справ, %	91,50	89,23	89,46	89,92	86,58	82,89	79,69
Застосування заходів впливу, передбачених ст. 24.1 КУпАП	22	24	42	42	40	56	32
Закриття справи	3380	4450	3958	3832	3886	4470	5164
Частка закритих справ до загальної кількості розглянутих справ, %	8,51	10,76	10,48	10,01	13,31	16,94	20,20

Кількість розглянутих справ за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей», по яких винесено постанови (рішення) за 2010–2016 рр. скоротилась із 39695 до 25565. Така інформація опосередковано свідчить про деяке поліпшення ситуації щодо належного виконання батьками, або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей.

За змістом винесених постанов за ст. 148 КУаАП переважає накладення адміністративного стягнення. У 2016 р. винесення рішення про накладення адміністративного стягнення становило 79,69% від загальної кількості розглянутих справ, по яких винесено постанови.

За результатами розрахунків, відслідковується тенденція до збільшення частки закритих справ за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками, або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей». Протягом 2010–2016 рр. зазначений показник збільшився з 8,51 до 20,20%. Станом на кінець 2016 р. частка закритих справ до загальної кількості розглянутих справ за ст. 148 КУаАП становила 20,20% (табл. 2).

Така ситуація потребує детального аналізу причин закриття судових справ за ст. 148 КУаАП (табл. 3).

Таблиця 3

Інформація щодо причин закриття судових справ за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей» [11–15, с. 34–35]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Закриття справи	3380	4450	3958	3832	3886	4470	5164
у зв'язку з: – передачею матеріалів на розгляд громадської організації або трудового колективу	–	2	5	2	5	6	4
– звільненням від адміністративної відповідальності за малозначністю з оголошенням усного зауваження	1259	1276	1200	1288	1601	1929	2646
– передачею матеріалів прокурору, органам досудового слідства чи дізнання	7	7	5	7	3	3	1
– відсутністю події і складу адміністративного правопорушення	1068	1469	1441	1568	1374	1464	1362
– закінченням строків накладення адміністративного стягнення	1014	1632	1275	905	823	964	1015

Серед причин закриття судових справ за ст. 148 КУаАП переважає звільнення від адміністративної відповідальності за малозначністю з оголошенням усного зауваження та відсутність події і складу адміністративного правопорушення. Також причиною закриття справ за ст. 148 КУаАП є закінчення строків накладання адміністративного стягнення (див. табл. 3).

Потрібно зазначити, що судовий порядок розгляду сімейних справ у порядку цивільного судочинства базується на галузевих і міжгалузевих принципах, що гарантують забезпечення законності, незалежності й об'єктивності судового розгляду. За структурою адміністративних стягнень переважають попередження та штрафи (табл. 4).

Таблиця 4

Кількість осіб та види адміністративних стягнень у справах за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей» [11–15, с. 76–78]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Усього	36319	36901	33775	34435	25286	21876	20373
Попередження	16449	17173	15894	16576	11590	10176	10828
Частка попереджень до загальної кількості адміністративних стягнень, %	45,29	46,54	47,06	48,14	45,84	46,52	53,15
Штраф	19870	19728	17881	17848	13696	11700	9544
Частка штрафів до загальної кількості адміністративних стягнень, %	54,71	53,46	52,94	51,83	54,16	53,48	46,85

Аналізуючи штрафи як вид адміністративного стягнення за ст. 148 КУаАП, потрібно зазначити, що загальна сума накладеного штрафу протягом 2010–2016 рр. скоротилась із 995827 до 432603 грн. За 2016 р. сума штрафу, накладеного за ст. 148 КУаАП, складала 82% від аналогічного показника 2015 р. (табл. 5). Однією з причин такого явища є скорочення загальної кількості порушених та розглянутих справ за ст. 148 КУаАП.

Таблиця 5

Інформація щодо штрафів як виду адміністративного стягнення за ст. 148 КУаАП «Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей» [11–15, с. 107–109]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Сума штрафу накладеного, грн.	995827	983177	877445	836165	610642	528249	432603
Індекс зміни суми штрафу накладеного, до попереднього року	–	0,99	0,89	0,95	0,73	0,87	0,82
Сума штрафу, сплаченого добровільно, грн.	294656	329786	302595	284539	198762	156702	133048
Середня сума штрафу, грн.	50	50	49	47	45	45	45

Окремою проблемою залишається низький рівень виконання судових рішень, а саме небажання винних осіб добровільно сплачувати накладені штрафи. Це свідчить про низьку правову, соціальну відповідальність та культуру в суспільстві взагалі та в сімейних правовідносинах зокрема. Станом на кінець 2016 р. лише 30,75% штрафів за ст. 148 КУаАП були сплачені добровільно [15].

Висновки. Посилення інтересу до стану дотримання взятих на себе зобов'язань у сімейних правовідносинах обумовлено глобальними соціально-економічними змінами та трансформацією стереотипів в галузі сім'ї та шлюбу. Динамічність механізму правового регулювання відповідних правовідносин проявляється в розширенні їх предмету, а існуючі статичні правові приписи потребують сучасного тлумачення та нових підходів до їх забезпечення.

Особливості меж правового впливу на сімейні правовідносини обумовлюються як об'єктивними моментами, так і суб'єктивними особистими взаєминами. Специфічною ознакою сімейно-правових норм є обслуговування особисто-довірчих відносин. Відповідальність у сімейному праві – це широке поняття, що передбачає цивільну, кримінальну, адміністративну відповідальність у сфері сімейних відносин. Вирішального значення набуває забезпечення законності, незалежності й об'єктивності судового розгляду таких справ.

Регулювання в сфері сімейного права характеризується комплексністю методів сімейного права. Також у сучасних умовах обов'язкового використання потребує ситуаційний підхід при регулюванні сімейних правовідносин. При цьому, норми інституту опіки та піклування мають комплексний характер: сімейно-правовий, цивільно-правовий та адміністративно-правовий; норми інституту усиновлення мають не лише сімейно-правовий,

а й адміністративно-правовий та цивільно-процесуальний правовий характер [1; 2]. Усталеною практикою в регулюванні сімейно-правових відносин є формування відносно відокремлених соціальних регулятивних засобів і механізмів, поєднання казуального і нормативного порядку.

Список літератури

1. Апопій І.В. Заходи відповідальності у сімейному праві України. URL: http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/aug/5869/ vnulpurn 201684539.pdf (дата звернення: 12.06.2018).
2. Бондар Т.В. Сімейне право в системі права України // Приватне право № 1. 2013. С. 129–134.
3. Матвеев Г. К. Советское семейное право: учебник. М., 1985. 208 с.
4. Сімейне право України : підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. 3-тє вид., переробл. і допов. К., 2011. 264 с.
5. Харитонов Є.О. До питання про визначення місця сімейного законодавства у правовій системі України // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. 2010. № 929. С. 399–404.
6. Чурпіта Г.В. До поняття захисту сімейних прав та інтересів у порядку цивільного судочинства // Підприємництво, господарство і право. № 4. 2017. С. 44–47.
7. Чурпіта Г.В. Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г.В. Чурпіта. К., 2016. 42 с.
8. Явор О.А. Юридичні факти в сімейному праві як показник межі правового регулювання // Наковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014. № 10-1. Том 1. С. 237–240.
9. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року станом на 10.02.2018 року URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 12.06.2018).
10. Статистичний щорічник України за 2016 рік. Державна служба статистики України. За редакцією І. Є. Вернера. К., 2017. 611 с.
11. Адміністративні правопорушення в Україні у 2012 р. Статистичний бюлетень / Відповідальний за випуск: О. О. Кармазіна. Державна служба статистики України. К., 2013. 207 с.
12. Адміністративні правопорушення в Україні у 2013 р. Статистичний бюлетень / Відповідальний за випуск: О. О. Кармазіна. Державна служба статистики України. К., 2014. 203 с.
13. Адміністративні правопорушення в Україні у 2014 р. Статистичний бюлетень / Відповідальний за випуск: О. О. Кармазіна. Державна служба статистики України. К., 2015. 205 с.
14. Адміністративні правопорушення в Україні у 2015 р. Статистичний бюлетень / Відповідальний за випуск: О. О. Кармазіна. Державна служба статистики України. К., 2016. 204 с.
15. Адміністративні правопорушення в Україні у 2016 р. Статистичний бюлетень / Відповідальний за випуск: О. О. Кармазіна. Державна служба статистики України. К., 2017. 205 с.

Стаття надійшла до редакції 12.06.2018

Р. В. Падун
Учебно-научный гуманитарный институт
Национального Таврического университета имени В. И. Вернадского,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
ул. Ивана Кудри, 33, Киев, 01042, Украина

МОНИТОРИНГ ПРАВОНАРУШЕНИЙ В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Резюме

В статье исследована сущность семейных правоотношений как основы семейного права. Проанализированы специфические признаки семейно-брачных отношений, рассмотрены методы и меры ответственности в семейном праве. Проведена диагностика количественных показателей, характеризующих соблюдение правовых норм по вопросам воспитания детей по таким официальным показателям: количество зарегистрированных браков, количество зарегистрированных разводов, количество судебных дел относительно невыполнения родителями или лицами, их заменяющими, обязанностей по воспитанию детей, количество рассмотренных дел, количество закрытых дел, виды постановлений (судебных решений), структура административных взысканий.

Выявлены тенденции и предложены рекомендации по улучшению процессов соблюдения нормы института опеки и попечительства.

Ключевые слова: семейное право, семейно-брачные правоотношения, обязанности по воспитанию детей, правонарушения норм в семейном праве.

R. V. Padun
Educational and Scientific Humanitarian Institute
Taurida National V.I. Vernadsky University,
The Department of Civil Law disciplines
Ivan Kudry str., 33, Kyiv, 01042, Ukraine

MONITORING OF LEGAL INFRINGEMENTS IN THE FAMILY LAW

Summary

The article is aimed at investigating the essence of family law as the basis of family law. Specific features of family-marital relations are analyzed, methods and measures of responsibility in family law are considered. Diagnostics of quantitative indicators characterizing observance of legal norms on issues of upbringing of children, according to official indicators: the number of registered marriages, the number of registered divorces, the number of cases of non-performance by parents, or their substitute, the responsibilities of raising children, the number of cases reviewed, the number of closed cases, types of orders (court decisions), structure administrative penalties. is conducted. The trends were identified and recommendations for improving the compliance process with the institution of guardianship and trusteeship were proposed.

Key words: family law, family and marriage legal relations, responsibilities for the upbringing of children, violations of norms in family law.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133870
УДК 343.2 (477)

О. А. Чуваков
доктор юридических наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра уголовного права уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУЩНОСТИ ПОНЯТИЙ «ВНЕШНЯЯ-ВНУТРЕННЯЯ» БЕЗОПАСНОСТЬ ГОСУДАРСТВА

В статье исследуется проблема установления сущности понятий «внешняя–внутренняя» безопасность Украины в контексте действующего уголовного законодательства и с учетом положений Закона Украины «Об основах национальной безопасности Украины». Анализируются авторитетные мнения известных исследователей в части определения указанных понятий. Изучается роль этих понятий в дифференциации преступлений против основ национальной безопасности Украины.

Ключевые слова. Внутренняя безопасность, внешняя безопасность, национальная безопасность, преступление, источники угроз.

Постановка проблемы. В действующем уголовном законодательстве Украины не содержатся какие-либо нормативные предписания, способствующие разрешению проблемы систематизации преступлений против основ национальной безопасности Украины. При этом в п. 1 ч. 1 ст. 8 Закона «Об основах национальной безопасности Украины» подчеркивается, что «... с учетом геополитической и внутренней обстановки в Украине деятельность всех государственных органов должна быть сосредоточена на прогнозировании, своевременном выявлении, предупреждении и нейтрализации внешних и внутренних угроз национальной безопасности...» [1, ст. 8]. Соответственно, законодатель в зависимости от внутренних или внешних источников опасности использует смысловую связку «внешние – внутренние» угрозы в контексте реальной или потенциальной угрозы элементам безопасности государства: конституционному строю, суверенитету, территориальной целостности или неприкосновенности (п. 3 ст. 3 Закона). Следовательно, в объективной действительности источники угроз могут быть сконцентрированы как внутри государства (осуществление нелегитимной смены власти –

государственного переворота), так и за его пределами (фотосъемка военных объектов посредством космического спутника-шпиона другого государства) [2, с. 189]. Таким образом, как нам представляется, в ходе осуществления такой противоправной деятельности возможны посягательства как на «внешнюю», так и на «внутреннюю» безопасность Украины.

Цель статьи. Представленные положения указывают на необходимость установления юридической природы, сущности понятий «внешняя» и «внутренняя безопасность государства», их структурных компонентов, которые в своей совокупности позволяют сформировать представление о видовых объектах преступлений против основ национальной безопасности Украины.

Изложение основного материала. В настоящее время наука уголовного права не дает единообразного толкования понятий «внешняя-внутренняя» безопасность государства. Так, большинство исследователей полагают, что государственная измена и шпионаж являются посягательствами на внешнюю безопасность государства [3, с. 36; 4, с. 190, 196; 5, с. 22, 27; 6, с. 229, 242].

При этом в действующем уголовном законодательстве понятие «внешняя безопасность» в диспозиции таких статей отсутствует. Однако подчеркивается, что государственная измена - это деяние, которое посягает на суверенитет, территориальную целостность и неприкосновенность, обороноспособность, государственную, экономическую или информационную безопасность Украины. Следовательно, можно предположить, что указанные компоненты составляют не только понятие «внешняя безопасность», но и понятие «внутренняя безопасность» государства в целом. В этой связи представляется целесообразным проведение более глубокого научно-теоретического анализа компонентов, определяющих такие термины, как «внешняя» и «внутренняя» безопасность государства.

Представляется весьма логичным, что подробное описание таких терминов, как «внутренняя» и «внешняя» безопасность в Законе «Об основах национальной безопасности» позволило бы снять не только все сомнения в части существующих научных дискуссий о рассматриваемых понятиях, но и разрешить проблемные вопросы в части установления видовых объектов таких преступлений [2, с. 189].

С целью установления юридической природы, а, значит, и сущности понятий «внешняя» и «внутренняя» безопасность государства в качестве видовых объектов рассматриваемых преступлений необходимо предметное изучение научно-теоретических взглядов ведущих ученых в исследуемой сфере научного интереса.

Так, В. В. Сверчков полагает, что внешняя безопасность государства – это суверенитет, территориальная неприкосновенность и обороноспособность страны [7, с. 250].

П. С. Матышевский рассматривает в качестве основных составляющих внешней безопасности государства его суверенитет, территориальную целостность, обороноспособность либо государственную безопасность [4, с.190].

В. Я. Таций под внешней безопасностью государства понимает ее суверенитет, территориальную целостность и неприкосновенность, обороноспособность, государственную, экономическую или информационную безопасность [5, с. 22].

В. А. Липкан рассматривает внешнюю безопасность государства как неотъемлемую часть государственной безопасности, которую составляют суверенитет, территориальная целостность и неприкосновенность, обороноспособность государства [8, с. 111].

По мнению А. И. Рарога, внешняя безопасность - это состояние защищенности суверенитета, территориальной целостности и обороноспособности государства от внешнего враждебного воздействия [9, с. 475].

Согласно суждениям С. В. Дьякова, при нанесении ущерба внешней безопасности действия виновного создают угрозу суверенитету, территориальной неприкосновенности, государственной безопасности и обороноспособности государства [3, с. 36].

В. М. Лебедева включает в данное понятие суверенитет государства, неприкосновенность ее территории и обороноспособность [10, с. 590].

По мнению А. Е. Беляева, внешняя безопасность - это состояние защищенности конституционного строя, суверенитета, целостности и неприкосновенности территории, обороноспособности и других жизненно важных интересов государства от внешних угроз [11, с. 660].

Л. И. Игнатьев и А. П. Кузнецов к основным составляющим внешней безопасности относят: а) суверенитет; б) территориальную неприкосновенность; в) обороноспособность [12, с. 40; 13, с. 27].

Ю. А. Шумилов подчеркивает, что внешняя безопасность складывается из: а) суверенитета; б) целостности территории; в) неприкосновенности территории; г) обороны страны [14, с. 536].

А. В. Наумов в содержание внешней безопасности включает: а) конституционный строй; б) суверенитет; в) обороноспособность; г) территориальную неприкосновенность [15, с. 377]. Из приведенного следует, что указанные авторы в содержание понятия внешняя безопасность также включают и такой объект охраны, как обороноспособность.

В подтверждение такого суждения А. В. Наумов подчеркивает, что поскольку обороноспособность является одним из основных объектов безопасности, то состояние ее защищенности также должно входить в понятие безопасности [16, с. 328]. Однако в соответствии с положениями того же Закона «Об основах национальной безопасности» обороноспособность таковым объектом не является.

В теории уголовного права представлены и иного рода формулировки. Так, Г. Г. Криволапов полагает, что внешняя безопасность - это состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз [17, с. 603].

Более сложное определение внешней безопасности дает А. С. Горелик, под которой понимает «состояние защищенности от посягательств на суверенитет и территориальную неприкосновенность со стороны других государств или оказывающих им помощь граждан [18, с. 121].

Подробное и достаточно перенасыщенное определение внешней безопасности предлагает В. Н. Рябчук: «Под внешней безопасностью ...следует понимать определяемую изменениями обстановки внутри страны и на международной арене и постоянно развивающуюся подсистему, обеспечивающую состояние такой защищенности от исходящих извне посягательств на жизненно важные интересы государства в политической, экономической, социальной, военной, информационной, экологической и других сферах, а также от внешних угроз этим интересам, которая характеризуется

отсутствием недопустимого риска, связанного с возможностью нанесения ущерба указанным интересам» [3, с. 37].

В качестве следующего видового объекта рассматриваемых преступлений следует рассматривать внутреннюю безопасность государства. Данное понятие, как и понятие «внешняя безопасность», не находит своего единообразного понимания в науке уголовного права в качестве общественных отношений, которым может быть причинен вред соответствующими общественно опасными деяниями [2, с. 190]. Необходимо подчеркнуть, что понятие «внутренняя безопасность» в теории уголовного права исследовано не так подробно, как понятие «внешняя» безопасность.

Так, П. С. Матышевским была предпринята попытка своеобразной формулировки такого объекта в процессе определения непосредственного объекта ст. 56-1 УК (ст. 109 действующего УК), где внутренняя безопасность автором рассматривалась в двух ее сферах: в сфере функционирования конституционного строя и в сфере деятельности государственной власти [4, с. 194].

В процессе формулировки непосредственного объекта государственной измены – ст. 56 УК (ст. 111 действующего УК) указанный автор рассматривает его в двух аспектах: внешней и внутренней безопасности, где под внутренней безопасностью ученый понимает систему мер, направленных на охрану государственных интересов в общественно-политической и экономической сферах [4, с. 190].

Достаточно оригинальной представляется позиция П.С. Матышевского при определении объекта диверсии – ст. 60 УК (ст. 113 действующего УК Украины), где объектом является также внутренняя безопасность государства, которая заключается в безопасности жизни и здоровья граждан, в безопасности государственных коммуникаций, промышленного потенциала, а также в безопасности животного и растительного мира) [4, с. 199].

В. Я. Таций под внутренней безопасностью подразумевает защиту конституционного строя и государственной власти в государстве [5, с. 20].

Ю. В. Никитин полагает, что внутреннюю безопасность общества нужно рассматривать как совокупность достаточных факторов, обеспечивающих необходимые условия для существования и развития человека, общества и государства Украины, целенаправленное развитие и сохранение его фундаментальных ценностей и традиций, способность эффективно противостоять любым внутренним и внешним угрозам, руководствуясь и обеспечивая национальные интересы во всеобщей национальной безопасности [19, с. 29].

По мнению С. А. Воронцова, внутренняя безопасность – это состояние защищенности от негативных социальных процессов, сил и явлений, создающих опасность для функционирования государственной власти, гармоничного развития общества, самореализации личности, экологии [3, с. 65].

Авторы комментариев под ред. В. В. Сташиса и В. Я. Тация при формулировке непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 109 УК, под внутренней безопасностью Украины подразумевают конституционный порядок и государственную власть [20, с. 325].

По мнению В.А. Липкана, внутренняя безопасность может представлять собой систему мер, направленных на охрану экономической и информационной сферы [8, с. 111].

Согласно нормативным предписаниям законодателя США, который после событий 11 сентября 2001 года впервые трактует понятие «внутрен-

няя безопасность», под внутренней безопасностью понимаются согласованные национальные усилия по предотвращению террористических действий на территории Соединенных Штатов, по снижению уязвимости Америки от терроризма, по минимизации ущерба и ликвидации последствий возможных терактов [21, с. 2].

Весьма интересной представляется формулировка внутренней безопасности О. Г. Данильяна, О. П. Дзьобань и М. И. Панова, которые рассматривают ее в контексте политической безопасности. Так, согласно формулировке указанных исследователей, внутренняя политическая безопасность государства – это такое положение ее политической системы, которая гарантирует стабильное развитие общества, отображает интересы всех его социальных групп, способствует консолидации нации и позволяет эффективно разрешать задания экономического, социального и культурного развития [22, с. 23].

Несмотря на подобное разнообразие формулировок внутренней безопасности, большинство исследователей, представляющих указанные научные взгляды, в силу различных причин, как и в случае с формулировкой внешней безопасности, воздерживаются от аргументации своих предположений. Возможно, это связанно с тем, что подобные аргументации рассматривались вне сферы законодательного понимания таких положений (например, положений Закона «Об основах национальной безопасности Украины», который определяет конституционный строй, суверенитет, территориальную целостность и неприкосновенность государства исчерпывающими объектами охраны, определяющими содержание деятельности по обеспечению внутренней и внешней безопасности государства) [23, с. 149].

Таким образом, осуществленный научно-теоретический анализ позволяет прийти к выводу о том, что большинство из анализированных определений понятия «внешняя-внутренняя безопасность», представленных авторитетними исследователями, включают такие обязательные элементы, как конституционный строй [9, с. 660; 4, с. 194; 5, с. 20; 20, с. 325], суверенитет, территориальная целостность и неприкосновенность [5, с. 22; 7, с. 250; 4, с. 190; 9, с. 475; 8, с. 109; 10, с. 590]. В некоторых случаях исследователями подчеркивается вектор возникновения угрозы – «...внешнее воздействие...», «...защищенность...от внешних угроз» и т.п., что в большей степени подчеркивает сущность и природу возникающей угрозы, а, значит, и соответствующий вид безопасности [2, с. 192]. Подобные положения, по нашему мнению, дают возможность, в контексте исследуемой научной проблемы, познать сущность и правовую природу безопасности, в том числе возможность ее систематизации на отдельные виды.

Именно исследование сущности «внешней» или «внутренней» безопасности в контексте действующего законодательства как составляющих единого родового понятия – национальная безопасность (согласно определению, представленному законодателем) позволяет, по нашему мнению, предположить, что внешняя безопасность - это состояние защищенности конституционного строя, суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности государственных границ Украины от внешних угроз.

Соответственно, внутренняя безопасность - это состояние защищенности конституционного строя, суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности государственных границ Украины от внутренних угроз [23, с. 149].

В каждом конкретном случае перечисленные элементы такой охраны (конституционный строй, суверенитет, территориальная целостность и неприкосновенность) являются основными, согласно тексту Закона «Об Основах национальной безопасности Украины», так как находятся на одном уровне и указываются в порядке перечисления.

В этой связи при квалификации, например, государственной измены как преступления против внешней безопасности во всех случаях необходимо установить, что она была направлена на причинение ущерба либо конституционному строю, либо суверенитету, либо территориальной целостности и неприкосновенности государственных границ Украины, или же на любое сочетание таких объектов [2, с. 192].

Указанные положения дают возможность предположить, что отсутствие единообразного понимания терминов «внешняя-внутренняя безопасность государства» не позволяет установить сущность объектов, закрепленных в Законе «Об Основах национальной безопасности Украины», что может способствовать дезориентации работников правоохранительных органов, направив их усилия на поиск ненужных доказательств. Так, например, преступление, квалифицированное ими как шпионаж, причинило вред не конституционному строю, суверенитету, территориальной целостности или неприкосновенности, а политической или экономической безопасности либо обороноспособности Украины [23, с. 150]. Данное обстоятельство может привести к расширительному пониманию непосредственного объекта рассматриваемого преступления, что, в свою очередь, повлияет на расширение и самого объема такого состава преступления.

Выводы. Представленные положения дают возможность констатировать, что компоненты, закрепленные законодателем в Законе «Об основах национальной безопасности», являются достаточными для полного и всестороннего понимания «внешней-внутренней» безопасности государства как видовых объектов преступлений против основ национальной безопасности Украины. Таким образом, конституционный строй, суверенитет, территориальная целостность и неприкосновенность являются не только основными компонентами, составляющими понятие «национальная безопасность», а, соответственно, могут рассматриваться в качестве основных компонентов понятий «внешняя-внутренняя» безопасность государства.

Список литературы

1. Про основи національної безпеки України: Закон України // Офіційний Вісник України. 2003. № 29. ст. 1433.
2. Чуваков О.А. К вопросу о понятии «внешняя-внутренняя» безопасность государства / О.А. Чуваков // Право і суспільство. 2017. № 3. С. 188-193.
3. Дьяков С.В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование/ С.В. Дьяков. СПб.: Юридический центр Пресс, 2009. 267с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України : спец. вип. / П. П. Андрушко, М. Й. Коржанський, П. С. Матишевський [та ін.] ; наук. ред. С. С. Яценко. К. : Юрінком Інтер, 1994. 797 с.
5. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. В. Сташис [та ін.] / за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. К. ; Х. : Юрінком Інтер : Право, 2001. 494 с.

6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А. А. Музика, В. О. Навроцький, М. І. Хавронюк [та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 3-є вид. К. : Атіка, 2005. 1064 с.
7. Сверчков В. В. Уголовное право: Особенная часть: Краткий курс лекций / В.В, Сверчков. М.: Юрид. издат, 2004. 299с.
8. Ліпкан В.А., Діордіца І.В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона: навчальний посібник / В.А. Ліпкан., І.В. Діордіца. К.: КНТ, 2007. 292 с.
9. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Ю. В. Грачев, Л. Д. Ермакова [и др.]; отв. ред. А. И. Рарог. М. : Проспект, 2004. 952 с.
10. Уголовный кодекс Российской Федерации: Научно-практический комментарий / отв. ред. В.М. Лебедев. М: Юрид. лит. 1998. 736с.
11. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. М. Ахметшин, А. Е. Беляев, Г. Н. Борзенков [и др.]; отв. ред. В. И. Радченко; науч. ред. А. С. Михлин. М.: Спарк, 2000. 862 с.
12. Игнатьев А.А. Серьезная угроза безопасности государства / А.А. Игнатьев // Человек и закон. 2001. № 8. С. 38-43.
13. Кузнецов А. П. Преступления против государственной власти: Комментарии к разделу X Уголовного кодекса РФ / А. П. Кузнецов. М.: Рос.акад. юрид. наук : Вектор-ТиС, 2005. 360 с.
14. Правовое регулирование деятельности федеральной службы безопасности по обеспечению национальной безопасности Российской Федерации : науч.-практ. комм. / под общ. ред. В. Н. Ушакова ; науч. ред. И. Л. Трунов; предисл. Н. П. Патрушевой. М.: Эксмо, 2006. 592 с.
15. Уголовное право:Общая часть : учебник / подред. А. И. Рарога, А. И. Чучаева. 2-е изд., перераб. М.: Юрид. фирма «КОНТРАКТ»-ИНФРА, 2008. 560 с.
16. Уголовное право: Особенная часть: учебник / под ред. А. И. Рарога. М.: Ин-т междунар. права и экономики: Триада, Лтд, 1996. 480 с.
17. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / А. В. Арендаренко, Н. Н. Афанасьев, В. Е. Батюкова [и др.]. М.: Проспект,1997. 760 с.
18. Преступления и наказания в Российской Федерации: Популярный комментарий к Уголовному кодексу РФ / Б. В. Волженкин, А. С. Горелик, Э. Н. Жевлаков [и др.]; отв.ред. А. Л. Цветинович, А. С. Горелик. М.: БЕК,1997. 694 с.
19. Нікітін Ю. В. Протидія злочинності в системі забезпечення внутрішньої безпеки українського суспільства: Монографія. К.: ВНЗ «Національна академія управління», 2009. 373 с.
20. Кримінальний Кодекс України : Науково-практичний коментар / за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. К. : Видав. Дім «Ін Юре», 2003. 1193 с.
21. National Strategy for Homeland Security. Juli 2002. P.2.
22. Данільян О. Г. Національна безпека України: структура та напрямки реалізації : навч. посіб. / О. Г. Данільян, О. П. Дзьобань, М. І. Панов. Х.: Фоліо, 2002. 285 с.
23. Чуваков О.А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики: [монографія] / Чуваков О. А. Одеса: Фенікс, 2017. 362 с.

Стаття надійшла до редакції 30.05.2018

О. А. Чуваков
доктор юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра кримінального права, кримінального процесу і криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ПОНЯТЬ «ЗОВНІШНЯ-ВНУТРІШНЯ» БЕЗПЕКА ДЕРЖАВИ

Резюме
У статті досліджується проблема встановлення сутності видових об'єктів злочинів проти основ національної безпеки України в контексті чинного кримінального законодавства і з урахуванням положень Закону України «Про основи національної безпеки України». Вивчається роль видового об'єкта в диференціації таких злочинів. Аналізуються авторитетні думки відомих дослідників в частині поділу таких злочинів на окремі види.

Ключові слова. Внутрішня безпека, зовнішня безпека, національна безпека, злочин,джерела загроз.

O. A. Chuvakov
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics
Frantsuzsky Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

CONCEPTUAL PROBLEMS OF DEFINITION OF ESSENCE OF CONCEPTS «EXTERNAL-INTERNAL» STATE SECURITY

Summary
The article explores the problem of establishing specific objects of crimes against the bases of national security of Ukraine in the context of the current criminal legislation and taking into account the provisions of the Law of Ukraine «On the Fundamentals of National Security of Ukraine». The role of the species object in the differentiation of such crimes is studied. Analyzed authoritative opinions of famous researchers in the division of such crimes into separate species.

Key words: internal security, external security, national security, crime, sources of threats.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134297
УДК 343.3/.7

І. В. Гроза
адвокат, аспірант
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра кримінального права, кримінального процесу
та криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

А. В. Михайленко
кандидат фізико-математичних наук, доцент
Одеський національний економічний університет,
кафедра математичних методів аналізу економіки
вул. Преображенська, 8, Одеса, 65000, Україна

АНАЛІЗ ДИНАМІКИ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ЗАХИСНИКІВ В УКРАЇНІ

У статті досліджується таке явище, як злочини проти захисника або представника особи. Проведено аналіз останніх статистичних даних, що були надані Генеральною прокуратурою України, з відомостями про кількість зареєстрованих упродовж 2013-2017 роки, січня-лютого 2018 року кримінальних правопорушень (проваджень), відповідальність за скоєння яких передбачена статтями 397- 400 Кримінального кодексу України, та результати їх досудового розслідування. За цими даними була виявлена тенденція зміни кількості, виконано статистичний аналіз та аналітичне згладжування ряду динаміки із застосуванням лінійного та поліноміального рівняння, а також здійснено статистичний прогноз на 2018-2019 роки.

Ключові слова: захисник, злочини проти адвокатів, рівняння тренду, ряди динаміки, представник особи.

Постановка проблеми. Останнім часом правнича спільнота України неймовірно стурбована масовістю порушень професійних прав адвокатів та зазіхань на їх особисту свободу та недоторканість, частим ототожненням адвокатів зі своїми клієнтами. Окремі з подібних порушень можуть бути кваліфіковані як злочини проти захисників. Адвокатська спільнота через діяльність в органах адвокатського самоврядування комітетів із захисту прав та гарантій адвокатської діяльності активно прагне створити дієві механізми захисту своїх професійних прав, у тому числі – і в рамках кримінального процесу. Частиною такого механізму має стати і наукове співтовариство, що допоможе проаналізувати динаміку злочинів проти захисників в Україні, а також запропонує шляхи вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства таким чином, аби посилити відповідальність порушників прав і гарантій адвокатської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У зв'язку з низкою труднощів, що виникають при спробах вести єдиний статистичний облік втручань у діяльність захисника або представника особи, у сучасній науковій літературі дана тема не знайшла належного розкриття. Серед авторів

поодиноких наукових публікацій, присвячених темі порушення прав адвокатів та класифікації злочинів проти правосуддя, слід зазначити Ю. В. Александрова, В. І. Тютюгіна, В. І. Борисова, Ю. В. Гродецького, В. А. Козак, А. О. Мороза, Р. С. Орловського, О. Є. Радутного, Є. В. Шевченко, В. В. Сміха, Ю. І. Соловйову та ін. Утім, у даних публікаціях аналіз динаміки злочинів проти захисників в Україні за останні 7 років не здійснювався, що і зумовлює надзвичайну актуальність досліджуваної у даній статті теми.

Мета статті. Спроба висвітлити статистику та вивести аналітичне рівняння тренду має привернути увагу на масштаби проблеми та привести до втілення законодавчих, політичних та соціальних змін, а також викликати належну реакцію з боку правоохоронних органів та політиків щодо зміни такої негативної тенденції швидкого зростання кількості злочинів проти адвокатів. Також прогресує кількість злочинів, що кваліфікуються за статтями 397–400 Кримінального кодексу (далі – КК) України, що, в свою чергу, вказує на необхідність термінового вдосконалення чинного законодавства у цьому напрямку.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи таке складне соціальне, економічне, політичне явище, як злочини проти захисників, треба пам'ятати про те, що воно залежить від багатьох факторів, більшість із яких не піддаються обліку, а деякі взагалі є неявними та мають непрямий влив. Навіть безпосередній періодичний облік кількості злочинів, учинених за статтями 397–400 КК України, викликає труднощі та невідповідності [6].

Відповідно до ч. 1 ст. 59 Конституції України, кожен має право на професійну правничу допомогу та є вільним у виборі захисника своїх прав. Згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23–рп/2009, право на отримання правової допомоги є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб (наприклад, свідків), яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів, що виникають з цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин. Тому втручання в діяльність осіб, які надають таку правову допомогу, тягне за собою відповідальність за ст. 397 КК України.

Треба відзначити, що багато звернень зі сторони адвокатів на спеціально створену Національною асоціацією адвокатів України гарячу лінію не викликають жодної реакції та жодним чином не класифікуються і не обліковуються, а деякі зі злочинів класифікуються за іншими статтями, а саме ст. ст. 146, 185, 296, 356 КК України та ін.

Враховуючи вищевикладене, представляється складним вивести будь-яку аналітичну залежність показника злочинів проти адвокатів від інших статистичних показників. Тому пропонується розглянути та проаналізувати цей показник у динаміці та вивести прогностичне рівняння ряду динаміки, що дозволить визначити як саме змінюється показник та зробити відповідний прогноз.

За статистичними даними, наданими Генеральною прокуратурою України, від січня 2013 до березеня 2018 було загалом зареєстровано 1162 злочини, з них обліковано 636, що складає 54,7% від загальної кількості (див.: додаток 1).

Можна побачити, що у 2017 році порівняно з 2016 роком спостерігається максимальний приріст показника, злочини проти адвокатів зросли

на 81, або на 34.6%. Темп нарощення показує, що тенденція ряду зростає, це свідчить про щорічне збільшення кількості злочинів проти адвокатів. У середньому ж щороку в Україні фіксується 223 злочини проти захисників, а середній темп приросту становить 5,1% (див.: додаток 2). Такі цифри мають викликати занепокоєння у можновладців та адвокатів та негайну реакцію з боку наукової спільноти та правоохоронних органів.

Графічний аналіз даних дозволяє виявити тісний зв'язок між кількістю таких злочинів та часом. У 2014 році у порівнянні з 2013 кількість злочинів проти правосуддя зменшилась на 129. Але починаючи з 2014 року відстежується чітка зростаюча динаміка (див.: додаток 3).

Побудуємо аналітичну залежність між результуючим показником –кількістю злочинів (y) та часом (t) (ряд динаміки). За даними 2014–2017 р.р. побудуємо лінійну регресію за допомогою методу найменших квадратів (МНК).

Рівняння динаміки матиме вигляд: $y = b_0 + b_1 t$, або

$$y = 61{,}4t + 60{,}5.$$

Коефіцієнт кореляції при цьому становить $r_{yt} = 0{,}993$, що свідчить про дуже тісний зв'язок між часом та кількістю злочинів проти адвокатів, критерій Стьюдента підтверджує значущість коефіцієнта кореляції, а довірчий інтервал для коефіцієнта кореляції з імовірністю 95% становить $r \in (0{,}63; 1)$.

Критерій Стьюдента для перевірки статистичної значущості коефіцієнтів регресії підтверждує значущість b_1 коефіцієнта та не підтверджує значущість b_0. Тобто результуючий показник залежить лише від плинності часу та не залежить від моменту початку обліку. Статистична значущість рівняння перевірена та підтверджена за допомогою коефіцієнта детермінації і критерія Фішера. Установлено, що в досліджуваній ситуації 98.58% загальної варіабельності пояснюється зміною часу t. При цьому при зміні часу на 1 рік кількість злочинів зростатиме у середньому на 61,4 одиниці. Графічно емпіричне поле та теоретичне рівняння лінійної регресії представлені у додатку 4.

Згідно з рівнянням регресії, точковий прогноз на 2018 рік складатиме 368 злочинів, а довірчий інтервал з імовірністю 95% становитиме [306; 429], а на 2019 рік 429 злочинів та довірчий інтервал [332; 525].

Із іншого боку, якщо додати у дослідження дані за 2013 рік, залежність буде нелінійною. Найкращу апроксимацію надає параболічне рівняння другого ступеня, а саме $y = b_0 + b_1 t + b_2 t^2$, або після розрахунку параметрів $y = 30{,}5x^2 - 161{,}1x + 370{,}6$. Точність оцінки дещо нижча, ніж у лінійному рівнянні, коефіцієнт кореляції $r^2 = 0{,}862$, критерій Стьюдента та Фішера підтверджують значущість коефіцієнта кореляції та статистичну значущість рівняння в цілому.

Таким чином, точковий прогноз скоєння злочинів проти захисників в Україні на 2018 рік становить 502 злочини. Графічне представлення емпіричного кореляційного поля, теоретичного поліноміального рівняння та точковий прогноз результуючого показника на 2018 рік представлені у додатку 5.

Висновки. Правовий статус адвоката є одним із індикаторів розвитку суспільства в цілому. Оскільки Україна є правовою державою, керівництво

країни на всіх рівнях має бути зацікавлено у всебічному розвитку адвокатури та її високому професіоналізмі та незалежності. Такі цілі можуть бути досягнуті лише за умови максимальної безпеки та мінімального тиску на адвоката. Але, виходячи з наявних статистичних даних та лінії тренду, можна зробити висновок, що гарантії адвокатської діяльності реалізуються не в повному обсязі та щороку професія адвоката стає все більш небезпечною.

Удосконалення законодавства та чітке відстеження статистики випадків порушення прав адвокатів мають значно підвищити безпеку та зменшити кількість злочинів, що вчиняються проти захисників в Україні у майбутньому.

Додаток 1

Злочини проти адвокатів за даними Єдиного реєстру досудових розслідувань

Рік	Зареєстровано	Закрито всього	Обліковано
2013	203	166	37
	50	35	15
	4	2	2
	1		1
всього	258		
2014	94	66	28
	29	14	15
	6	4	2
	0		
всього	129		
2015	128	68	68
	41	14	27
	5	1	4
	4		3
всього	178		
2016	182	95	87
	46	13	33
	6	1	5
	0		
всього	234		
2017	229	116	113
	74	30	44
	9	5	4
	3	2	1
всього	315		
2018	40	4	36
	7		7
	1		1
	0		
всього	48		
Загалом за весь період	1162	636	533

Додаток 2

Статистичні показники злочинів проти адвокатів в Україні за 2013–2017 роки

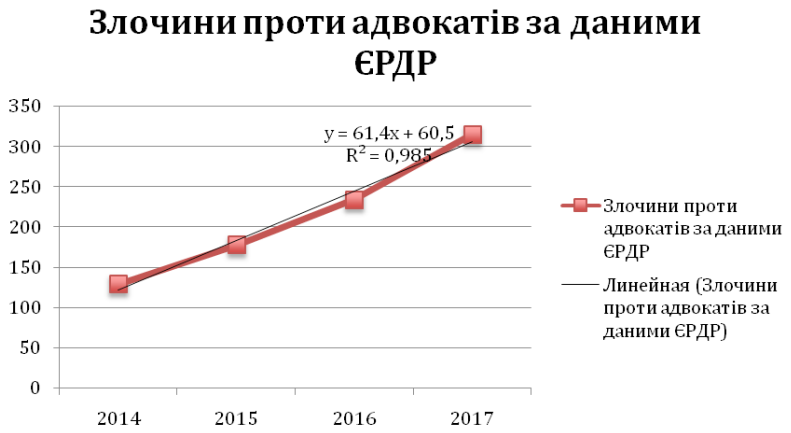
Період	Злочини проти адвокатів, кількість	Абсолютний приріст	Темп приросту, %	Темпи росту, %	Абсолютний зміст 1% приросту	Темп нарощення, %
2013	258	-	-	100	-	0
2014	129	–129	–50	50	2,58	–50
2015	178	49	37,98	137,98	1,29	18,99
2016	234	56	31,46	131,46	1,78	21,71
2017	315	81	34,62	134,62	2,34	31,4
Загалом	1114					

Додаток 3

Злочини проти адвокатів за даними Єдиного реєстру досудових розслідувань за 2013–2017 роки. Графічне представлення

Додаток 4

Кореляційне поле та теоретичне рівняння ряду динаміки



Додаток 5

Кореляційне поле та згладжування ряду динаміки по параболі

Список літератури

1. Александров Ю. В. Злочини проти правосуддя / Ю. В. Александров // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: за станом з-ва і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. За ред. С. С. Яценка. К.: А.С.К., 2002. С. 804-844.
2. Тютюгін В. І., Борисов В. І., Гродецький Ю. В., Козак В. А., Орловський Р. С., Радутний О. Є., Шевченко Є. В. Злочини проти правосуддя / В. І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю. В. Гродецький, В. А. Козак, Р. С. Орловський, О. Є. Радутний, Є. В. Шевченко // [навч. посібник]; за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна (В. І. Тютюгін, В. І. Борисов, Ю. В. Гродецький та ін.). Х. : Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. 160 с.
3. Сміх В. В. Кримінальна відповідальність за порушення права особи на пвову допомогу: [монографія] / В. В. Сміх; за заг. ред. М. І. Мельника. К.: Атіка, 2012. 200 с.
4. Соловьева Ю. И. Нарушения профессиональных прав адвокатов / Ю. И. Соловьева // Актуальные проблемы российского права. Адвокатура и нотариат. 2016. № 12 (73) декабрь. С. 145-150.
5. Мороз А. О. Кваліфікуючі ознаки злочину втручання в діяльність захисника чи представника особи / А. О. Мороз // Юридична наука. 2015. №7. С. 128-136.
6. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 року № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 397–400.
7. Конституція України: Основний Закон України від 28.06.1996 року // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
8. Злочини проти адвокатів: ГПУ надала статистику з ЄРДР // Закон і бізнес. 04.04.2018 р. URL: http://zib.com.ua/ua/132500-zlochini_proti_ advokativ gpu _ nadala_statistiku_z_erdr.html
9. Афанасьев В. Н., Юзбашев М. М. Анализ временних рядов и прогнозирование / В. Н. Афанасьев, М. М. Юзбашев. Москва: Финансы и статистика, 2001. 228 с.

Стаття надійшла до редакції 02.06.2018

И. В. Гроза
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

А. В. Михайленко
Одесский национальный экономический университет,
кафедра математических методов анализа экономики
ул. Преображенская, 8, Одесса, 65000, Украина

АНАЛИЗ ДИНАМИКИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЗАЩИТНИКОВ В УКРАИНЕ

Резюме

Статья посвящена исследованию такого явления, как преступления против защитника или представителя лица. Проведен анализ последних статистических данных, предоставленных Генеральной прокуратурой Украины, по сведениям о количестве зарегистрированных в течение 2013-2017 годов, января-февраля 2018 года уголовных правонарушений (производств), квалифицированных по статьям 397-400 Уголовного кодекса

Украины, и результатах их досудебного расследования. По этим данным была выявлена тенденция изменения количества, выполнен статистический анализ и аналитическое сглаживание ряда динамики с применением линейного и полиномиального уравнения. Также был составлен статистический прогноз совершения преступлений против адвокатов в Украине на 2018-2019 годы.

Ключевые слова: защитник, преступления против адвокатов, уравнение тренда, ряды динамики, представитель лица

I. V. Groza
Odessa I.I. Mechnikov National University,
The Department of Criminal Law, Criminal Proceedings and Criminalistics
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

A. V. Mikhaylenko
Odessa National Economic University,
The Department of Mathematical Methods of Analysis in Economics
Preobrazhenska str., 8, Odessa, 65000, Ukraine

DYNAMICS' ANALYSIS OF CRIMES AGAINST DEFENDERS IN UKRAINE

Summary

The article is devoted to the research of such a phenomenon as crimes against a defender or a person's representative. The analysis of the latest statistical data provided by the General Prosecutor's Office of Ukraine was done, according to the information on the number of registered in 2013-2017, in January-February of 2018 criminal offenses (proceedings), which were qualified by the articles 397 – 400 of The Criminal Code of Ukraine, and according to the results of their pre-trial investigation. According to those data, the tendency to change the number was revealed, statistical analysis and analytical smoothing of a number of dynamics were performed using the linear and polynomial equation, the statistical forecast of conducting the crimes against attorneys at law in Ukraine for 2018-2019 was made.

Key words: defender, crimes against defenders, trend equation, dynamics' series,person's representative.

МІЖНАРОДНЕ ТА ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВО, ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133828
УДК 342.9+341.1

В. В. Нижникова
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058,Україна

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО МИТНИХ ОРГАНІВ У СФЕРІ ПРОТИДІЇ КОНТРАФАКТНІЙ ПРОДУКЦІЇ

Досліджено міжнародне співробітництво у сфері протидії контрафактній продукції, так як проблема переміщення контрафакту має трансграничний характер. Охарактеризовані міжнародні нормативно-правові акти, що регулюють статус контрафактної продукції та проведений аналіз з чинним законодавством України. Перераховані дії, які сприяють розвитку нових способів протидії контрафакту, а також вдосконалюють існуючі, за допомогою грамотної імплементації досвіду зарубіжних країн.

Ключові слова: контрафактна продукція, міжнародне співробітництво, митні органи, міжнародній договір.

Постановка проблеми. В умовах ринкової економіки та розвитку зовнішньоекономічних зв'язків зросли обсяги товарів, які переміщуються суб'єктами господарювання через митний кордон України. Більшість даних товарів містять об'єкти права інтелектуальної власності, або мають статус об'єктів інтелектуальної власності. У зв'язку зі стрімким ростом населення збільшується розмір попиту на відповідні товари. Це, в свою чергу, спричиняє розвиток кількості підробленої, фальсифікованої та контрафактної продукції, якою недобросовісні товаровиробники намагаються заповнити національний ринок. Із огляду на дану ситуацію гострою проблемою стає захист ринку від контрафактної продукції та захист правовласників від порушення їх прав інтелектуальної власності, які спричинені появою таких товарів. Тому на даному етапі актуальним стало питання боротьби з контрафактним товаром, який потрапляє на ринок України.

Законодавством покладено обов'язок боротьби з контрафактною продукцією на митні органи України, які реалізують політику протекціонізму національного ринку. Із огляду на це, велику роль відіграють повноважен-

ня митних органів у здійсненні захисту прав інтелектуальної власності, їх методи протидії контрафактній продукції та міжнародне співробітництво митних органів України з митними органами зарубіжних країн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичну основу дослідження становлять роботи таких учених у галузі митного права, цивільного права та права інтелектуальної власності, як Б. І. Бабенко, Н. В. Волкова, В. С. Дроб'язко, Т. І. Єфимова, В. О. Жаров, У. В. Кмецінська, В. Т. Комзюк, І. М. Коросташова, В. Н. Лопатин, О. В. Миронов, А. В. Несторов, С. Л. Панов, І. В. Стрижак, О. М. Тропіна, В. Ю. Хомутиннік, Т. М. Шевелева, М. Г. Шульга та ін.

Мета статті. Мета полягає у розгляді та співвідношенні міжнародного законодавства з чинним законодавством України у сфері виявлені проблем, пов'язаних із розпізнаванням та застосуваннями засобів протидії контрафактній продукції та їх подолання за допомогою грамотної імплементації досвіду зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу. В умовах глобалізації економічних процесів та розвитку зовнішньоекономічної діяльності переміщується велика кількість різних видів товарів через митний кордон як України, так і інших держав. Серед товару, який перетинає кордон, існує імовірність, що він є контрафактним.

Законодавство кожної країни або певного союзу країн мають свої приписи відносно протидії та запобіганню даної категорії продукції, виконання яких покладено на митні органи. Однак не слід виключати, що велику роль має співробітництво між митними органами різних країн, яке має за мету розповсюдження інформації про наявні порушення прав інтелектуальної власності на митниці; отримання запиту, стосовно правовласника, який є резидентом іншої країни, та інші, передбачені міжнародними або регіональними угодами.

Чинний Митний кодекс України (далі – МК України) підтримує та закріплює політику, направлену на розвиток міжнародного співробітництва з питань митної справи. Запобігання та протидія розповсюдження контрафактної продукції – це одна з складових частин митної справи, отже, на неї розповсюджують свою дію норми глави 78, Розділу XX МК України, яка має назву «Співробітництво з питань державної митної справи». Так, ст. 563 МК України визначає, що участь України у міжнародному співробітництві з питань державної митної справи є складовою частиною її зовнішньополітичної діяльності [1]. Проблема розповсюдження контрафактної продукції також має зовнішньоекономічний характер, оскільки дані товари переміщуються через митний кордон у зв'язку зі здійсненням зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарювання, інакше вони б не перетинали митний кордон певної держави. Тому вбачається їх взаємозв'язок.

Т. І. Єфименко притримується такої думки: «З урахуванням того, що міжнародна співпраця з питань державної митної справи є одним із різновидів міжнародного співробітництва, можна запропонувати таке його визначення: міжнародне співробітництво з питань державної митної справи – один із видів спільної діяльності держав, спрямованої на узгодження їх інтересів і досягнення спільних цілей у вирішенні митних питань на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права» [2].

Участь митних органів у міжнародному співробітництві відносно протидії контрафактній продукції будується на основі загальновизнаних прин-

ципів та норм міжнародного права: суверенної рівності держав, мирного врегулювання міжнародних спорів, невтручання у внутрішні справи інших країн, співробітництва держав та сумлінного виконання міжнародних обов'язків [3]. Будь-яке міжнародне співробітництво повинно базуватися на нормах не тільки міжнародного права, а й на нормах чинного національного законодавства. Сьогодні сформувалася розгорнута нормативно-правова база, яка слугує митним органам опорою для встановлення та налагодження міжнародних зв'язків з митними органами різних країн та міжнародними організаціями стосовно митної справи. До цієї бази відносять Конституцію України, яка у ст. 9 передбачає, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [4]. Також можна віднести Закон України «Про міжнародні договори України», який установлює порядок укладання міжнародних договорів, їх дотримання та виконання, процедуру припинення та зупинення міжнародних договорів, і контроль за виконанням цього закону [5], Митний кодекс України, Постанову КМУ «Про затвердження Порядку проведення робочих зустрічей керівника митниці та його заступників з представниками митного органу суміжної іноземної держави» [6] та ін.

Окрім нормативно-правової складової існує масив дво- та багатосторонніх міжнародних договорів України з питань державної митної справи. На двосторонньому рівні Україна має досить широку договірно-правову базу (понад 150 договорів), яку утворює низка міждержавних, міжурядових та міжвідомчих угод, протоколів і меморандумів із питань державної митної справи (наприклад, Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Республіки Австрія про адміністративну допомогу та співробітництво в митних справах 2000 р., Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Республіки Словенія про взаємну адміністративну допомогу в митних справах 2004 р., Угода між Україною та Королівством Нідерланди про взаємну адміністративну допомогу в митних справах 2006 р., Протокол із Митним департаментом Республіки Молдова про узгодження форми і реквізитів інформації, яка передається між Державною митною службою України і Митним департаментом Республіки Молдова 2004 р., Меморандум між Державною митною службою України і Митним директоратом Словацької Республіки щодо практичної реалізації положень Угоди між Україною і Словацькою Республікою про співробітництво та взаємодопомогу в галузі митної справи від 4 квітня 2001 р. тощо) [2]. Як учасниця міжнародних організацій, Україна підписала ряд певних конвенцій, які сприяють розвитку зв'язків між митними органами України та митними органами іноземних країн. Серед них слід зазначити Міжнародну конвенцію про спрощення та гармонізацію митних процедур [7], Міжнародну конвенцію про взаємну адміністративну допомогу у відтворенні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства [8].

Митний кодекс України визначає, що митні органи сумісно з митними органами інших країн, на підставі міжнародних договорів, здійснюють такі дії, як проведення спільного митного контролю у пунктах пропуску через державний кордон України; узгодження в установленому законом порядку часу здійснення митного контролю у пунктах пропуску через державний кордон України, процедур митного контролю, митного оформлення та взаємне визнання документів, що використовуються митними органами для

виконання митних формальностей; проведення спільних заходів, спрямованих на запобігання, виявлення і припинення контрабанди та порушень митних правил; проведення в установленому законом порядку спільних заходів, спрямованих на запобігання, виявлення і припинення правопорушень у сфері службової діяльності працівників митних органів України та митних служб суміжних держав, а також обмін інформацією, у тому числі з використанням інформаційних технологій та систем (ч. 1 ст. 565 МКУ) [1].

Вищезазначені дії міжнародного співробітництва можливо застосувати до засобів протидії контрафактній продукції. Це пов'язано з тим, що відсутній нормативно-правовий акт та міжнародна угода, яка б регулювала дане співробітництво між митними органами України та митними органами інших країни саме стосовно контрафакту.

У певній частині можливо віднести Угоду ТРІПС (далі – Угода) до міжнародного акту, підписаного Україною, який певним чином регулює адміністративні процедури захисту прав інтелектуальної власності митними органами, і регламентує співробітництво між митними органами країн-учасниць Угоди. Пряма вказівка на співробітництво відсутня, але якщо звернути увагу на те, що всі адміністративні процедури стосуються країн-членів даної угоди, то можливе і співробітництво між ними [9].

Оскільки Угода ТРІПС – це нормативно-правовий акт для учасників Світової організації торгівлі, учасником якої є Україна, то логічно, що на нашу країну розповсюджують свою дію інші схожі акти, які видаються СОТ. Так, прикладом може слугувати Протокол про внесення змін до Марракеської угоди про заснування Світової організації торгівлі або Угода про спрощення процедур торгівлі, де у ст. 8 встановлюється співробітництво між органами контролю на кордоні (тобто митними органами). Це означає, що кожен член забезпечує, щоб його органи та установи, відповідальні за здійснення контролю на кордоні та процедури, які стосуються імпорту, експорту і транзиту товарів, співпрацювали між собою та координували свою діяльність із метою спрощення торгівлі. Кожен член, наскільки це можливо, співпрацює на взаємоузгоджених умовах із іншими членами, з якими він має спільний кордон, з метою координації процедур у місцях перетину кордону для сприяння транскордонній торгівлі. Таке співробітництво і координація можуть включати узгодження робочих днів і годин; узгодження процедур і формальностей; створення і використання спільних об'єктів; спільний контроль; запровадження контролю на кордоні за принципом «однієї зупинки» [10].

Дані умови розповсюджують свою дію на товари, які підпадають під митний режим «експорту», «імпорту» та «транзиту», що також підходить до контрафактної продукції.

Розглядаючи питання міжнародного співробітництва митних органів України та іноземних держав, треба звернутися до положень, які з цього питання розробила Всесвітня митна організація (далі – ВМО), учасником якої є Україна. ВМО розробила Міжнародну конвенцію про адміністративну взаємодопомогу у сфері митних відносин. Дана конвенція закріпила, що її норми направлені на співробітництво між митними органами, визнаючи, що міжнародний обмін інформацією є основною складовою ефективного управління ризиками та повинен ґрунтуватися на чітких правових нормах. Відповідно до положень цієї Конвенції та для забезпечення належного

застосування митного законодавства, Договірні Сторони надаватимуть одна одній адміністративну допомогу шляхом взаємодії митних адміністрацій з метою недопущення, розслідування та припинення митних правопорушень і для того, щоб зробити міжнародну систему постачання товарів безпечною. Конвенція прописує процедуру надання допомоги у випадку прохання про допомогу, а також добровільну допомогу [11]. Одним із важливих способів допомоги є надання інформації стосовно митних правопорушень. Стаття 6 Конвенції передбачає, що Митна адміністрація Договірної Сторони за власною ініціативою або за прохання забезпечує митну адміністрацію будь-якої іншої заінтересованої Договірної Сторони інформацією про діяльність, яка здійснюється, здійснена чи буде здійснюватися, та дає обґрунтовані підстави вважати, що митне правопорушення мало або матиме місце на території цієї Договірної Сторони [11]. Стосовно інформації, яка надається, в Конвенції є певні особливості. У першу чергу, це стосується статусу даної інформації, вона є конфіденційною, до якої застосовують національний режим захисту конфіденційності. Уся конфіденційна інформація має особливі види. Так, запитувана адміністрація на прохання забезпечує запитуючу адміністрацію, яка має підстави сумніватись у достовірності отриманої інформації з митних питань, інформацією стосовно: а) законності вивезення з території запитуваної Договірної Сторони товарів, імпортованих на територію запитуючої Договірної Сторони; в) законності ввезення на територію запитуваної Договірної Сторони товарів, експортованих із території запитуючої Договірної Сторони, та митного режиму, в якому розміщено товари, якщо такий є (ст. 8) [11]. Інші види інформації не можуть бути надані митним органам. Дана процедура здійснюється за допомогою автоматизованої системи обміну інформацією.

Має право на існування певна думка відносно того, що дана Конвенція вдало підходить для співробітництва між митними органами Договірних країн стосовно контрафактної продукції. Це обумовлено обмеженими рамками розміру надання інформації по даному виду товару та застосування до неї режиму конфіденційності. Таким чином захищаються права законного власника прав інтелектуальної власності, які порушуються.

Співпраця національних та іноземних митних органів здійснюється не лише за допомогою надання допомоги, обміну інформації, а й проведенням зустрічей для врегулювання невідкладних питань. Так, ст. 566 МК України встановлює, що з метою вирішення невідкладних питань щодо пропуску товарів, виявлення та припинення контрабанди і порушення митних правил, забезпечення законності і правопорядку в пунктах пропуску через державний кордон України керівнику митниці та його заступникам надається право проведення робочих зустрічей із представниками митного органу суміжної іноземної держави [1]. Дане положення більш детально регламентується Постановою КМУ «Про затвердження Порядку проведення робочих зустрічей керівника митниці та його заступників з представниками митного органу суміжної іноземної держави». Відповідно до цього Порядку, зустрічі можуть бути проведені з питань, які ним передбачені, а саме: «невідкладних питань стосовно пропуску товарів і транспортних засобів, невідкладних питань стосовно припинення контрабанди і порушень митних правил, забезпечення законності та правопорядку. Робочі зустрічі можуть проводитися на території України або на території суміжної іноземної держави» [6]. Результатами проведення таких зустрічей

є надання письмового звіту, у якому зазначається дата, час, місце, умови, склад учасників, мета, зміст та результати зустрічі, а також перелік заходів, здійснених або тих, що необхідно здійснити у зв'язку з досягнутими домовленостями, та інші відомості.

Висновки. На основі вищезазначеного, міжнародне співробітництво митних органів Державної фіскальної служби України з митними органами зарубіжних країн у сфері протидії контрафактній продукції має велике значення, оскільки проблема переміщення контрафакту має транскордонний характер. Завдяки співробітництву відбувається передача інформації про дані товари, про право власника. Допомога у вигляді надання інформації є елементом будь-якої превентивної функції (працює принцип – хто володіє інформацією, той володіє світом). Треба зазначити, що така інформація, яка надається іншим митним органам, є захищеною і має статус конфіденційної інформації. Завдяки цьому зберігається принцип захисту персональних даних. Також відбувається обмін досвідом між митними органами різних країн відносно протидії контрафактній продукції. Обмін досвідом відбувається на зустрічах даних органів, коли вирішуються найважливіші проблеми, пов'язані з перетином митного кордону даними товарами. Усі перелічені дії сприяють розвитку нових способів протидії контрафакту, а також удосконаленню існуючих за допомогою грамотної імплементації досвіду зарубіжних країн. Прикладом такої імплементації може слугувати приведення норм чинного Митного кодексу України у відповідність стандартам адміністративних процедур захисту прав інтелектуальної власності, які закріплені в Угоді ТРІПС.

Список літератури

1. Митний кодекс України: Закон Україні від 13.03.2012 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17 (дата звернення: 10.06.2018).
2. Митний кодекс України: науково-практичний коментар / В. Ю. Хомутиннік, Т. І. Єфименко, П. В. Пашко, М. Г. Шульга [та ін.]; за заг. ред. В. Ю. Хомутинніка. К.: Державна навчально-наукова установа «Академія фінансового управління», 2012. Т.3. 504 с.
3. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй: Міжнародна декларація від 24.10.1970 р. № 995_569. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/ laws/show/995_569 (дата звернення: 10.06.2018).
4. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-вр. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 10.06.2018)
5. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. № 1906-15. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15 (дата звернення: 10.06.2018).
6. Про затвердження Порядку проведення робочих зустрічей керівника митниці та його заступників з представниками митного органу суміжної іноземної держави: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.12.2003 р. № 1956. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1956-2003-%D0%BF (дата звернення: 10.06.2018).
7. Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур: Конвенція від 26.06.1999 р. № 995_643. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_643 (дата звернення: 10.06.2018).
8. Міжнародна конвенція про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства: Конвенція від 23.05.2000 р. № 995_926. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_926 (дата звернення: 10.06.2018).

9. Угода про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності: Міжнародна угода від 06.12.2005 р. № 981_018. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (дата звернення: 10.06.2018).
10. Протокол про внесення змін до Марракеської угоди про заснування Світової організації торгівлі. УГОДА про спрощення процедур торгівлі : Міжнародна угода від 04.11.2015 р. № 981_053. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_053 (дата звернення: 10.06.2018).
11. Міжнародна конвенція про адміністративну взаємодопомогу у сфері митних відносин: Конвенція від 27.06.2003 р. № 976_011. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/976_011 (дата звернення: 10.06.2018).

Стаття надійшла до редакції 10.06.2018

В. В. Нижникова
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО ТАМОЖЕННЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОНТРАФАКТНОЙ ПРОДУКЦИИ

Резюме

Исследовано международное сотрудничество в сфере противодействия контрафактной продукции, так как проблема перемещения контрафакта носит трансграничный характер. Охарактеризованы международные нормативно-правовые акты, которые регулируют статус контрафактной продукции и проведен анализ действующего законодателства Украины. Перечислены действия, которые способствуют развитию новых способов противодействия контрафакту, а также совершенстуют существующие с спомощью грамотной имплементации опыта зарубежных стран.

Ключевые слова: контрафактная продукция, международное сотрудничество, таможенные органы, международный договор.

V. V. Nyzhnykova
Odessa I. I. Mechnikov National Unisversity,
The Department of Administrative and Commercial Low
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

INTERNATIONAL CO-OPERATION IN COUNTERACTION AGAINST COUNTERFEIT GOODS

Summary

International co-operation in countercution against counterfeit goods has been invesigated, as the problem of counerfeit migration has transboundary character. International regulatory legal acts which regulate the status of counterfeit goods have been characterized and an analysis with the legislation in force of Ukraine has been carried out. Certain actions (efforts) promoting elaboration of new means of counteraction against counterfeit and improving the existing ones due to expert implementation of other countries experience have been enumerated.

Key words: counterfeit goods, international co-operation, customs bodies, international treaty.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133827
УДК 342.951

І. В. Леусенко
аспірант
Національний університет «Одеська юридична академія»,
кафедра морського та митного права
вул. Академічна, 2, Одеса, 65009, Україна

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО В ГАЛУЗІ ОХОРОНИ МОРСЬКОГО СЕРЕДОВИЩА ВІД ЗАБРУДНЕННЯ ІЗ СУДЕН

У статті здійснюється розгляд нормативно-правової бази співробітництва держав у галузі охорони морського середовища від забруднення з суден, проводиться порівняльний аналіз норм національного та міжнародного права щодо взаємодії та співпраці держав у цій галузі, визначається практична реалізація заходів із охорони та попередження забруднення світового океану, запропоновані шляхи подальшого вдосконалення та розвитку основних напрямків політики співробітництва держав із охорони морського середовища від забруднення з суден.

Ключові слова: забруднення морського середовища, співробітництво держав, взаємодія, політика держав.

Постановка проблеми. Із зростанням економіки держав світу збільшується обсяг міжнародної торгівлі. Наслідком цього явища є збільшення попиту і значення морського транспорту. Морський транспорт і морські перевезення є економічно рентабельними та зручними, що виявляється у низькому споживанні палива кораблем і, відповідно, зниженої вартості перевезення, у великій вантажопідйомності, можливості перевозити значну кількість товарів за один раз, а використання контейнерів гарантує швидке і просте розвантаження і завантаження товарів.

За прогнозами, обсяг міжнародних перевезень буде зростати в середньому на 4,5% на рік, що, відповідно, вплине на кількість аварійних подій із танкерами та збільшить ризик забруднення морського середовища нафтою і нафтопродуктами.

Збільшується також попит суспільства в проведенні дозвілля на морі. Тільки американо-норвезька компанія Royal Caribbean Cruise Line за допомогою 50 лайнерів під брендами п'яти дочірніх підприємств тримає під контролем 24,5 % світового круїзного ринку. А найбільший у світі круїзний холдинг Carnival Corporation & PLC нараховує 103 судна, з долею ринку пасажирообігу 48,3%. Зараз для нього замовлено ще десять нових лайнерів. Із зростанням попиту на дозвілля на морі зростає і «пропозиція».

Науково-технічний прогрес значно розширив можливості людини у використанні моря, збільшуючи, тим самим, негативний вплив на Світовий океан. Інтенсивна господарська діяльність обумовила формування в морському середовищі згубного довкілля для морських організмів і для людства в цілому. Проблема зводиться до того, що необхідно зберігати морське середовище в умовах його постійно прогресуючої експлуатації. Доки

не буде вирішене питання екологічного збереження і захисту тих регіонів, що знаходяться у загальному користуванні держав і народів світу, яким є Світовий океан, жодна людина не може бути у безпеці.

Одним із основних напрямків протидії забруднення моря з суден є ефективне співробітництво держав нашої планети в галузі охорони та захисту морського середовища від забруднення. Цим заходам у науці приділяється значна увага, тому що саме співпраця держав у галузі охорони морського середовища попереджає та протидіє забрудненню моря. Із цієї позиції буде розглянуто деякі аспекти співпраці держав у галузі охорони морського середовища від забруднення з суден, здійснено аналіз діючих міжнародних та національних норм зі співробітництва держав щодо охорони морського середовища від забруднення з суден, надана оцінка їх значення та ролі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження в галузі міжнародного співробітництва з охорони морського середовища від забруднення з суден проводилися такими науковцями, як О. С. Переверзева, В. П. Кириленко, В. В. Демиденко, І. І. Каракаш, В. А. Киселева, А. Л. Маловський, С. М. Нунупарова, А. В. Сидоренко, Л. В. Сперанська та ін. У їхніх роботах проводився аналіз міжнародно-правових угод у галузі охорони морського середовища, розкривався їхній зміст, а також особливості порядку їх виконання.

Тільки спільні комплексні заходи держав світу забезпечують запобігання та обмеження забруднення світового океану, а також внутрішні переконання та свідомість кожної людини, адже людський фактор відіграє велику роль у попередженні та запобіганні забруднення морського простору.

Світовий океан має різноманітні складові з точки зору права, оскільки правовий режим окремих його частин далеко не однаковий. Тому лише погоджені дії держав щодо міжнародно-правового захисту від забруднення морського середовища, яке викликане інтенсифікацією використання просторів та ресурсів Світового океану та іншою діяльністю людини, можуть вирішити цю проблему хоча б частково [1, с. 48].

При розгляді співробітництва держав у галузі охорони морського середовища від забруднення з суден необхідний комплексний, всебічний, системний підхід та вивчення його у взаємодії.

Співробітництво держав передбачає підписання відповідних міжнародних договорів чи то спільну розробку єдиних норм, стандартів, правил, дослідження національного права держав на відповідність його міжнародним стандартам, проведення спільних міжнародних конференцій, обговорення та вирішення проблем Світового океану. І тут слід застосовувати норми та принципи морського, екологічного права, міжнародні стандарти, норми міжнародних організацій, норми міжнародних договорів та інше.

Мета статті. Метою статті є висвітлення правової бази міжнародного співробітництва держав у галузі охорони морського середовища від забруднення з суден; здійснення аналізу діючих норм щодо взаємодії і співпраці держав у відповідній галузі; визначення практичної реалізації заходів щодо співпраці держав у галузі охорони морського простору від забруднення з суден; запропонування подальших шляхів удосконалення основних напрямків розвитку політики співробітництва держав із охорони морського середовища від забруднення з суден.

Виклад основного матеріалу. Правовою основою співробітництва держав із приводу охорони морського середовища від забруднення з суден є міжнародні універсальні чи регіональні угоди.

У 1958 р. у Женеві були прийняті чотири універсальні конвенції (про територіальне море та прилеглу зону, про відкрите море, про рибальство та охорону живих ресурсів відкритого моря, про континентальний шельф, а також прийнятий факультативний (необов'язковий) протокол щодо порядку вирішення спорів із цих питань), де у договірному порядку закріплені принципи міжнародного судноплавства та рибальства, основи міжнародно-правових режимів територіальних вод, континентального шельфу та відкритого моря. Дані Конвенції започаткували процес кодифікації міжнародного морського права, проте містять лише окремі положення щодо захисту та збереження морського середовища і мають, до того ж, обмежену дію. Виходячи зі змісту Женевських Конвенцій, можна зробити висновок про те, що нафта і радіоактивні матеріали на той час вважалися практично єдиними джерелами забруднення моря.

У 1954 році була прийнята Міжнародна конвенція із запобігання забрудненню моря нафтою (OILPOL), яка набрала чинності в 1958 році. Норми даної Конвенції носять загальний характер, мають деякі обмеження щодо розповсюдження їх дії на окремі види суден. Будучи тривалий час єдиним спеціальним міжнародно-правовим актом універсального характеру в галузі охорони морського середовища, Конвенція із запобігання забрудненню моря нафтою 1954р. характеризувалася тим, що вона стосувалася тільки одного джерела забруднення – судноплавства і передбачала заходи щодо запобігання забрудненню моря лише одним видом полютантів – нафтою [2, с. 263].

У кінці 1960-х рр. і в 1970-х рр. у надзвичайно короткі терміни розробляється і приймається, а згодом набирає чинності цілий ряд масштабних міжнародних угод у галузі охорони морського середовища від забруднення. Серед них такі важливі міжнародні договори універсального характеру, як Міжнародна конвенція про запобігання забрудненню з суден 1973 р. із протоколом, який змінює її від 1978 р. (МАРПОЛ 1973/1978), Конвенція про запобігання забрудненню моря в результаті захоронення відходів та інших матеріалів 1972 р., Конвенція про втручання у відкритому морі на випадок аварій, які загрожують забрудненням нафтою 1969 р., Конвенція про цивільну відповідальність за збитки від забруднення нафтою 1969 р. [3, с. 116].

У 1973 р. була прийнята Міжнародна Конвенція по запобіганню забрудненню з суден (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, MARPOL 73/78). Вона складається з Протоколів до неї та шести Додатків, які містять Правила з забруднення моря різними забруднюючими речовинами: нафтою; рідкими речовинами, які перевозяться наливом; шкідливими речовинами, які перевозяться в упаковці; стічними водами; сміттям; а також забруднення повітряного середовища з суден. Конвенція 1973 р. визначила стандарти викидів для всіх типів суден, а також передбачила відповідні положення щодо конструкції та обладнання морських суден.

Право вільно користуватись морським простором закріплено у Конвенції ООН з морського права 1982 р. (її ще називають Хартією морів) (надалі за текстом – Конвенція з морського права 1982 р.). Так, в преам-

булі, посилаючись на резолюцію 2749 (XXV) Генеральної Асамблеї ООН від 17.12.1970 р., заявлено, що «район дна морів і океанів і його надра за межами дії національної юрисдикції, а також його ресурси є спільною спадщиною людства» [4].

Згідно зі ст. 192 Конвенції з морського права 1982 р., «держави зобов'язані захищати та зберігати морське середовище. Вони співпрацюють на всесвітній або регіональній основі безпосередньо або через компетентні міжнародні організації у формулюванні та розробці міжнародних норм, стандартів і рекомендованих практикою процедур, відповідних Конвенції 1982 р., для захисту і збереження морського середовища з урахуванням характерних особливостей» [4].

Конвенція ООН з морського права 1982 р. стимулює прийняття державами національних законодавчих актів із питань охорони морського середовища, які б відповідали міжнародним стандартам, а також стимулює вжиття ними заходів щодо забезпечення виконання відповідних норм і стандартів. Конвенція 1982 р. вводить нові норми й інститути, у тому числі норми, спрямовані на забезпечення захисту і збереження морського середовища, метою її є перманентний розвиток міжнародних відносин щодо діяльності у Світовому океані.

Основні повноваження з міжнародного співробітництва в галузі охорони морського середовища від забруднення з суден покладено на Міжнародну морську організацію [5, с. 94]. Заснована вона у 1958 р. з метою сприяння міжнародному співробітництву у сфері морських перевезень і морської торгівлі. Функціонувати розпочала з 1959 р. До 22 травня 1982 р. мала назву Міжурядова морська консультативна організація – ІМКО.

Однією з цілей Міжнародної морської організації (надалі за текстом ІМО (International Maritime Organization), як спеціалізованої установи ООН, є «забезпечення механізму для співробітництва урядів у сфері урядового регулювання і практики, що відносяться до всякого роду технічних питань та зачіпають міжнародне торгове судноплавство, заохочення і сприяння прийняттю всіма країнами найвищих практично можливих норм у питаннях, що стосуються безпеки на морі, ефективності судноплавства, запобігання забрудненню морського середовища із суден та боротьби з ним, і розгляд адміністративних і правових питань, пов'язаних з цілями, викладеними в цій статті» [6, п. а частини 1 «Цілі організації»].

Основою нормотворчої діяльності ІМО є прийняття багатосторонніх конвенцій, а також правил, інструкцій, рекомендацій, розпоряджень та інших документів, що містять необов'язкові стандарти і практику [7, с. 34].

Ст. 211 Конвенції ООН з морського права 1982 р. вказує, що Міжнародна морська організація забезпечує розвиток правового регулювання охорони морського середовища від забруднення з суден: «Держави, діючи через компетентну міжнародну організацію або загальну дипломатичну конференцію, встановлюють міжнародні норми і стандарти для запобігання, скорочення і збереження під контролем забруднення морського середовища з суден і сприяють встановленню таким же чином, у міру необхідності, систем шляхів для зведення до мінімуму загрози аварій, які можуть спричинити забруднення морського середовища, включаючи узбережжя, і збиток від забруднення пов'язаним з ним інтересам прибережних держав. Такі норми і стандарти аналогічним чином у міру необхідності періодично переглядаються» [4].

Міжнародна співпраця в області нормативної діяльності щодо запобігання та обмеження забруднення морського середовища полягає у виробленні договірним шляхом загальних і спеціальних норм, стандартів, технічних рекомендацій і процедур. Міжнародне співробітництво полягає і в організаційно-правових засобах застосування норм, стандартів і технічних рекомендацій, зокрема в обміні інформацією про правові, адміністративні та технічних заходи забезпечення і дотримання міжнародних норм [8, с. 326].

Розділи XII «Всесвітнє і регіональне співробітництво» та XIII «Морські наукові дослідження» Конвенції з морського права 1982 р. окремо присвячені співробітництву держав. Так, згідно зі ст. 197 Конвенції з морського права, «держави співпрацюють на всесвітній основі і, коли це доречно, на регіональній основі безпосередньо або через компетентні міжнародні організації у формулюванні та розробці міжнародних норм, стандартів і рекомендованих практик і процедур, які відповідають цій Конвенції, для захисту і збереження морського середовища з урахуванням характерних регіональних особливостей» [4]. А згідно ч.1. ст. 242 Конвенції ООН з морського права 1982 р., «держави і компетентні міжнародні організації відповідно до принципу поваги суверенітету і юрисдикції і на взаємовигідній основі сприяють міжнародному співробітництву в галузі морських наукових досліджень в мирних цілях» [4].

Серед інших універсальних правових актів Резолюцією A.741(18) від 4 листопада 1993 р. прийнятий Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден і запобігання забрудненню, метою якого є «забезпечення міжнародного стандарту з управління безпечною експлуатацією суден і запобіганням забрудненню, у забезпеченні безпеки на морі, запобігання нещасним випадкам або загибелі людей і уникнення заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, зокрема морському середовищу і майну» [9, п. 1.2.1].

Міжнародне співробітництво в галузі охорони морського середовища Україна здійснює на трьох рівнях: світовому; європейському та регіональному. У кожній області співробітництва держав, в тому числі і в області судноплавства, діють спеціальні галузеві принципи, які розвивають і деталізують принцип охорони навколишнього середовища. До них відносяться: принцип охорони морського середовища, принцип охорони і раціонального використання живих ресурсів, принцип не завдання шкоди території інших держав, принцип свободи відкритого моря [10, с. 160].

Щодо співробітництва на європейському рівні з ЄС треба зазначити, що Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (далі – Програма) визначає механізм досягнення Україною відповідності третьому Копенгагенському та Мадридському критеріям набуття членства в Європейському Союзі. Цей механізм включає адаптацію законодавства, утворення відповідних інституцій та інші додаткові заходи, необхідні для ефективного правотворення та правозастосування [11, абз. 1, «Загальні положення»].

Метою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу є досягнення відповідності правової системи України acquis communautaire з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом (ЄС) до держав, які мають намір вступити до нього [11, абз. 2 «Загальні положення»].

Кожний законопроект, внесений до ВР України, протягом семи днів надсилається до Комітету ВР України з питань Європейської інтеграції для визначення належності законопроекту за предметом правового регулювання до сфер, правовідносини в яких регулюються правом ЄС [11, п. 1 розділу IX «Особливості розгляду законопроектів та проектів інших нормативно правових актів, що належать за предметом правового регулювання до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського союзу»].

Міжнародне співробітництво в глобальному масштабі дозволяє уникнути неузгодженості і колізій національного законодавства та міжнародного права, протиріччя між двосторонніми, субрегіональними, регіональними та іншими рішеннями і універсальними нормами [12, с. 50].

У сучасних умовах охорона морського середовища не може обмежуватися боротьбою з окремими видами забруднення, вона не може здійснюватися тільки на локальній чи регіональній основі. Національні, локальні або регіональні заходи, спрямовані на охорону морського середовища в обмежених акваторіях, так само як і універсальні заходи щодо усунення окремих видів забруднення можуть дати позитивні результати лише в тому випадку, якщо ґрунтуються на комплексі всеосяжних універсальних заходів [12, с. 50].

У 1992 р. на Конференції ООН з питань навколишнього середовища і розвитку в Ріо-де-Жанейро була ухвалена «Декларація Ріо про навколишнє середовище і розвиток».У цьому документі детально висвітлені принципи міжнародного співробітництва з охорони навколишнього середовища. На конференції в Ріо-де-Жанейро був також ухвалений «Порядок денний XXI століття». У ньому визначена програма співробітництва у сфері вирішення завдань екології на Землі. Зазначені документи носять рекомендаційний характер, але значно впливають на розвиток міжнародного права охорони навколишнього та морського середовища.

У Порядку денному на XXI століття державам, що діють на індивідуальній, двосторонній чи багатосторонній основі у рамках ІМО чи інших відповідних міжнародних організацій, запропоновані шляхи вирішення проблем деградації морського середовища, пов'язаного з судноплавством. Так, державам рекомендована «співпраця у встановленні контролю за забрудненням морського середовища з суден, особливо за незаконними скидами (наприклад, спостереження з повітря) і забезпечення більш суворого дотримання положень МАРПОЛ, що стосуються скидів; оцінка масштабів забруднення з суден в особливо вразливих районах, встановлених ІМО, і прийняття в цих районах, за необхідністю, заходів щодо забезпечення дотримання загальновизнаних міжнародних норм та інше» [13, п. 17.30].

Міжнародне співробітництво в галузі захисту і збереження морського середовища включає декілька напрямків:

— розробка та застосування норм, стандартів, правил і рекомендованих процедур,

— спільні дії держав по запобіганню, скороченню і ліквідації наслідків забруднення,

— здійснення нагляду за системою екологічного контролю та оцінки стану морського середовища,

— виконання міжнародних програм наукових досліджень,

— надання технічної допомоги [14, с. 54].

Шляхи вирішення проблеми:

— впровадження кожною країною тенденції раціонального поєднання збереження морського середовища та його використання людиною;

— ефективне міжнародне та регіональне співробітництво держав у галузі охорони морського середовища від забруднення з суден;

— систематичне проведення з'їздів, конференцій, конгресів та обговорення на них питань збереження світового океану та проблем, що виникли при його експлуатації, питань очищення океану;

— припинення правопорушень, що виникають при експлуатації суден;

— планування надзвичайних заходів та надання взаємної допомоги у разі забруднення суднами морського середовища;

— перевірка повноважними особами негайного реагування адміністрації суден на аварії, що виникли на морському просторі;

— наявність у кожній країні ефективного контролю стану води, санітарної ситуації в цілому на морі;

— розроблення кожною країною конструктивного зводу правил із запобігання правопорушень у сфері експлуатації суден, належне забезпечення їх виконання;

— передбачення у законодавстві всіх країн світу заохочень за координовані дії органів влади з попередження, своєчасного виявлення аварій на морі та ефективних засобів реагування, нейтралізації чи зменшення негативних наслідків аварій та шкідливих викидів у море.

Висновки. Людство вже усвідомило, що збереження і відновлення Світового океану потребує сумісних зусиль усіх держав світу і міжнародної спільноти в цілому. Провідну роль у регулюванні міжнародної діяльності з охорони морського середовища нашої планети відіграють міжнародні угоди (конвенції), що є універсальними правовими актами, а всіма питаннями, пов'язаними з проблемами Світового океану, займається Міжнародна морська організація (ІМО). Із моменту її заснування (1948 р.) минуло сімдесят років. За цей час у результаті співпраці між державами розроблено і прийнято велику кількість міжнародних угод, ключовою серед яких є Конвенція ООН з морського права 1982 р. (її ще називають Хартією морів, Міжнародним морським кодексом). Вона регулює практично всі аспекти діяльності у водах Світового океану і вже ратифікована більш ніж сотнею держав, які несуть відповідальність перед міжнародною спільнотою за охорону акваторій, які мають національну юрисдикцію, дотримання правового режиму торговельного і військового мореплавства. Хартія морів відіграє важливу роль у раціональному використанні морського середовища та регулює питання співробітництва держав із питань охорони морського простору.

Провідну роль у попередженні забруднення Світового океану відіграє і Міжнародна конвенція з запобігання забрудненню моря з суден (MARPOL), прийнята 2 листопада 1973 року в ІМО. Дана Конвенція запобігає забрудненню навколишнього середовища океану суднами від експлуатаційних та аварійних скидів.

Охорона морів і океанів повинна проводиться не тільки фізично, а й повинна ґрунтуватися на законодавствах та правових документах усіх держав нашої планети, міжнародної спільноти в цілому, які визначають взаємні обов'язки людей та охороняють морське середовище від забруднення з різних джерел.

Список літератури

1. Андрейцев В.І. Право екологічної безпеки : [підручник і науково-практичний посіб.] / В.І. Андрейцев. К.: Знання Пресс, 2002. 350 с.
2. Головатий С.П. Регіональне співробітництво у боротьбі з забрудненням моря в надзвичайних ситуаціях, що відбуваються у результаті судноплавства, і міжнародне право // Морський транспорт і міжнародне судноплавство: правові і економічні проблеми: XIV Міжнародна конференція «Світ в морях». М.: В/О «Мортехінформреклама», 1990. С. 263-269.
3. Задорожний А.В. Міжнародне право навколишнього середовища: [підруч. для вузів] / А.В. Задорожний, М. А. Медведева. К.: Вид. дом «Лучі», 2010. 410 с.
4. Конвенція ООН з морського права 1982р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_057 (дата звернення: 04.06.2018).
5. Уильям А. О'Нил. ООН та міжнародна морська організація // Московський журнал міжнародного права. 1997. №2 (26). С. 92-99.
6. Конвенція про міжнародну морську організацію 1948р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_219 (дата звернення: 04.06.2018).
7. Буша Т. Конвенції міжнародної морської організації (ИМО) // Морський транспорт и міжнародне судноплавство-правові й економічні проблеми: XIV Міжнародна конференція «Світ в морях». М.: В/О «Мортехінформреклама», 1990. С. 34–42.
8. Короткий Т.Р. Міжнародне співробітництво в сфері охорони морського середовища. Держава і право: Зб. наукових праць. 2000. Вип. 7. Юридич і політич. науки. С. 326–340.
9. Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден і запобігання забрудненню, прийнятий 4 листопада 1993р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/ laws/show/995_304 (дата звернення: 04.096.2018).
10. Лазарев М.І. Теоретичні питання сучасного міжнародного морського права. М.: Наука, 1983. 290 с.
11. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС: Закон України від 18 березня 2004 року URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1629-15 (дата звернення: 04.096.2018).
12. Барсегов Ю.Г. Світовий океан: право, політика, демократія. М: Міжнародні відносини, 1983. 240 с.
13. Всесвітня програма дій «Порядок денний на XXI століття, на наступні 100 років» URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agenda21.shtml (дата звернення: 04.096.2018).
14. Світовий океан та міжнародне право: Захист та збереження морського середовища. М.: Наука, 1990. 346 с.

Стаття надійшла до редакції 09.05.2018

И. В. Леусенко
Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
кафедра морского и таможенного права
ул. Академическая, 2, Одесса, 65009, Украина

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ МОРСКОЙ СРЕДЫ ОТ ЗАГРЯЗНЕНИЯ С СУДОВ

Резюме
В статье осуществляется рассмотрение нормативно-правовой базы сотрудничества государств в области охраны морской среды от загрязнения с судов, проводится сравнительный анализ норм национального и международного права по взаимодействию и сотрудничеству государств в этой области, определяется практическая реализация мероприятий по охране и предотвращению загрязнения мирового океана, предлагаются пути дальнейшего совершенствования и развития основных направлений политики сотрудничества государств по охране морской среды от загрязнения с судов.
Ключевые слова: загрязнение морской среды, сотрудничество государств, взаимодействие, политика государств.

I. V. Leusenko
National University «Odessa Law Academy»,
The Department of Maritime and Customs Law
Academic str., 2, Odessa, 65009, Ukraine

INTERNATIONAL COOPERATION OF STATES IN THE FIELD OF PROTECTION OF THE MARINE ENVIRONMENT FROM SHIPS POLLUTION

Summary
The article deals with the cooperation of states in the field of protection of the marine environment from ships pollution, highlights the legal framework for international cooperation of states in the field of protection of the marine environment from pollution from ships, the analysis of the current norms on interaction and cooperation of states on protection of the marine environment from pollution from ships, practical implementation of activities on cooperation between states in the field of protection of the marine environment from pollution from ships is defined, further Improvement of the main directions of the development of the policy of cooperation of states on protection of the marine environment from ships pollution.
Key words: pollution of the marine environment, cooperation of states, interaction, state policy.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134171
УДК349.6: 341.1: 347.79

Е. В. Толкаченко
кандидат юридических наук, доцент
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ МОРСКОЙ ПОЛИТИКИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

В статье рассматриваются вопросы интерпретации и понимания отдельных аспектов морской политики Европейского Союза на примере основных правовых актов ЕС: Морской директивы, Рамочной водной директивы и Директивы среды обитания и птиц, которые являются европейскими всеохватывающими правилами для водных систем и тесно взаимосвязаны между собой.

Анализ ключевых положений морского законодательства ЕС, объединённых общей целью охраны морской среды и устойчивого использования морей, осуществляется с учетом положений международных конвенций и теоретических положений науки экологического права, что помогает систематизировать знания в данной области.

Ключевые слова: морская политика, Европейский Союз, экосистемный подход, морская стратегия.

Постановка проблемы. Моря, относящиеся к Европейскому континенту, сталкиваются с серьезными экологическими проблемами вследствие необдуманной и активной антропогенной деятельности. Понятие морей Европейского континента закреплено в п. 1 преамбулы Директивы Европейского парламента и Совета 2008/56/ЕС от 17 июня 2008 о стандартах действий Содружества в сфере морской экологической политики (Морская директива): «Морские воды под суверенитетом и юрисдикцией государств-членов Европейского Союза включают в себя воды в Средиземном море, Балтийском море, Черном море и северо-восточной части Атлантического океана, в том числе воды, окружающие Азорские острова, Мадейру и Канарские острова». Политическое и географическое соседство Украины с Европейским Союзом (ЕС), правовой статус Украины как Черноморского государства, а также евроинтеграционное направление ее национальной политики обусловливают актуальность исследования морской политики ЕС.

Анализ последних исследований и публикаций. Отдельные аспекты данной темы затрагиваются в работах М. М. Бринчука, И. В. Витовской, А. М. Вылегжанина, А. Ф. Высоцкого, А. П. Гетьмана, С. П. Головатого, Т. В. Григорьевой, О. Л. Дубовик, И. И. Каракаша, О. С. Колбасова, Ю. М. Колосова, Н. Р. Малышевой, С. В. Молодцова, В. К. Попова, А. В. Черноус, Ю. С. Шемшученко, О. А. Щипцова и других. Вместе с этим следует отметить отсутствие научных исследований природоохранного аспекта современной морской политики ЕС, которые бы систематизировали

знания в данной сфере, принимая во внимание положения эколого-правовой науки и морского права.

Целью данной статьи является теоретическое обоснование отдельных аспектов морской политики ЕС с учетом положений теории экологического права, а также анализ основных правовых актов ЕС об охране морской среды и морских ресурсов, что позволит в будущем осуществлять сравнительный анализ морской политики ЕС и других стран, в частности, Украины.

Изложение основного материала. Различные моря сталкиваются с различными проблемами. Эвтрофикация создает бескислородные «мертвые зоны» в Балтийском и Черном морях, в то время как траловый лов был самым разрушительным для морского дна в Северном море. Средиземноморье находится под давлением со стороны целого ряда факторов, многие из которых связаны с рыбной ловлей и туризмом [1].

В целом, вышеизложенное влечет за собой снижение рыбных запасов, загрязнение морской среды, распространение живых ресурсов, не свойственных определенному морскому региону.

Давление на морские ресурсы и спрос на морские экологические услуги зачастую слишком высоки по отношению к порогу устойчивости морской экосистемы. Человечество должно уменьшить интенсивность его воздействия на морские воды, независимо от места проявления их последствий. Вместе с тем следует отметить, что научно-технический прогресс может обеспечить возможности для новых видов использования морских экосистем, таких как выращивание макроводорослей, инновации в выращивании аквакультуры, добыча электроэнергии с использованием морских ресурсов.

Законодательство ЕС по использованию и охране морских ресурсов и морской среды включает в себя следующие основные документы:

1) Директива Европейского парламента и Совета 2000/60/ЕС от 23 октября 2000 г., устанавливающая стандарты для действий Сообщества в сфере водной политики (Рамочная водная директива) [2].

2) Директива Европейского парламента и Совета 2014/89/ЕС от 23 июля 2014 г. о стандартах морского пространственного планирования [3].

3) Общая политика рыбного промысла (2002)[1], основу которой составляет целый ряд актов о рыболовстве, в том числе Постановление Европейского парламента и Совета (ЕС) №1380/2013 от 11 декабря 2013 г. об общей рыболовной политике, которое вносит изменения в постановления Совета (ЕС) №1954/2003 и (ЕС) № 1224/2009, а также отменяет Постановления Совета (ЕС) №2371/2002 и (ЕС) №639/2004 и Решение Совета 2004/585/ЕС [4].

4) Рекомендации Европейского парламента и Совета от 30 мая 2002 г. относительно имплементации интегрированного менеджмента прибрежных зон в Европе (Рекомендации по интегрированному менеджменту прибрежных зон) [5].

5) Директива Европейского парламента и Совета 2008/56/ЕС от 17 июня 2008 г. о стандартах действий Содружества в сфере морской экологической политики (Морская директива) [6].

6) Директива Европейского парламента и Совета 2009/147/ЕС от 30 ноября 2009 г. относительно охраны диких птиц [7].

[1] Common Fisheries Policy (2002)

7) Директива 92/43/ЕЕС от 21 мая 1992 г. относительно охраны среды обитания и дикой фауны и флоры (Директива среды обитания и птиц) [8].

8) Директива 2006/7/ЕС Европейского парламента и Совета от 15 февраля 2006 г. относительно менеджмента качества воды, пригодной для купания, а также аннулирования Директивы 76/160/ЕЕС (Пляжная директива) [9].

9) Регламент Совета (ЕС) №708/2007 от 11 июня 2007 г. относительно использования чужеродных и локально отсутствующих видов аквакультуры [10].

Все вышеупомянутые законодательные акты ЕС объединены общей целью, которая заключается в охране морской среды и устойчивого использования морей, т.е. содержат элементы экосистемного подхода к данной проблеме.

Экосистемный подход применяется для оценки и управления этими системами, а так как выбор критериев и подходов для оценки состояния экосистем для каждого региона или субрегиона разный, это является определенной проблемой для реализации Морской директивы каждым государством-членом [11, p. 2188].

Морская стратегия ЕС включает в себя следующие стадии, осуществление которых является обязательным для стран-членов ЕС:

— первоначальная оценка текущего состояния окружающей среды национальных морских вод и воздействия на окружающую среду и социально-экономический анализ деятельности человека в этих водах (до 15 июля 2012 года);

— определение того, что хорошее экологическое состояние означает для национальных морских вод (до 15 июля 2012 года);

— определение экологических целей и связанных с ними показателей для достижения целей к 2020 году (к 15 июля 2012 года);

— создание программы мониторинга для текущей оценки и регулярное обновление целей (к 15 июля 2014 года);

— разработка программы мер, направленных на достижение или поддержание хорошего экологического состояния до 2020 года (к 2015 году);

— обзор и подготовка второго цикла (2018 – 2021) [12].

Для понимания содержания морской стратегии ЕС следует проанализировать некоторые из вышеупомянутых директив.

Морская директива является основополагающим природоохранным элементом межотраслевой интеграционной морской политики. Она направлена на более эффективную защиту морской среды в Европе посредством достижения и поддержания хорошей экологической ситуации в морских водах ЕС до 2020 года, а также при помощи защиты ресурсной базы, от которой зависит экономическое и социальное благополучие населения Европы. Если быть лаконичным, то основную цель Морской директивы можно определить, как обеспечение более эффективной охраны морской среды во всей Европе.

Морская директива предусматривает экосистемный подход к управлению морской деятельностью, при котором люди рассматриваются в качестве одного из ключевых компонентов системы [13, p. 187]. В то же время это первый законодательный инструмент ЕС, предусматривающий защиту морского биоразнообразия до 2020 года в качестве основы для достижения хорошего экологического состояния. В результате, концепции охраны

окружающей среды и устойчивого использования интегрируются в морское законодательство.

В Морской директиве определяются европейские морские регионы и субрегионы, на которые распространяется ее действие, на основе географических и экологических критериев. В частности, в ней перечисляются четыре европейских морских региона – Балтийское море, северо-восточная часть Атлантического океана, Средиземное море и Черное море. При этом данные морские регионы должны быть расположены в пределах географических границ существующих конвенций по региональным морям. Сотрудничество между государствами-членами одного морского региона с соседними странами, которые разделяют одни и те же морские воды, происходит при помощи соответствующих региональных конвенций.

Для достижения поставленных целей до 2020 года каждое государство-член обязано разработать стратегию для своих морских вод (морскую стратегию). Кроме того, поскольку Директива поддерживает адаптивный (гибкий) подход (adaptive management approach) к управлению, морские стратегии должны соответствовать современным требованиям и пересматриваться каждые 6 лет. Некоторые прибрежные государства должны будут определить в данных стратегиях способы адаптации их прибрежных районов к последствиям глобального потепления и уменьшения уязвимости природных и антропогенных систем к последствиям изменения климата.

Решение основных вопросов, таких как назначение исходных состояний, баланс между предупредительными и основанными на фактических данных действиями, степень подчиненности, а также стратегии сохранения, в том числе установление морских охраняемых районов, в конечном счете, будет зависеть от общественного понимания, участия субъектов и поддержки Директивы. Социологический компонент, который имеет решающее значение для эффективного адаптивного управления, требует большего внимания в контексте географических рамок региональных морей [13, p. 187].

На реализацию данных положений Морской директивы государства-члены ЕС впервые представили морские стратегии о состоянии окружающей среды в своих морских водах, об определении «хорошего экологического состояния», а также о целях и задачах, которые они решили достичь до 2020 года. Следует отметить, что многие положения этих стратегий имеют абстрактный характер и не дают точного определения «хорошего экологического состояния» с учетом особенностей морского региона и государственного управления [14].

Европейская Комиссия также выпустила в 2010 году ряд подробных *критериев и показателей*, которые призваны помочь имплементировать Морскую директиву [15]. Центральное место в этих критериях отводится определению хорошего состояния окружающей среды. В ст. 3(5) данной Директивы *хорошая экологическая ситуация* определяется как: «экологическое состояние морских вод, при котором обеспечиваются экологически разнообразные и динамичные океаны и моря, которые могут быть охарактеризованы как экологически чистые, здоровые и продуктивные...». При этом следует отметить, что понятие «хорошая» является философско-эстетической категорией, которая относится к человеческим ценностям и мировоззрению.

Применение критериев хорошего состояния окружающей среды должно осуществляться с учетом необходимости целевой оценки и мониторинга, а также определения приоритетов действий в отношении важности воздействий и угроз для морских экосистем и их компонентов. Важным является также то, что оценка учитывает основные кумулятивные и синергетические эффекты воздействия на морскую экосистему [15, п. 3 ч. А].

Комбинированная оценка масштаба, распределения и интенсивности антропогенного давления, а также степени уязвимости и устойчивости различных компонентов экосистем, в том числе, где это возможно, их отображение, позволяет выявить области, где морские экосистемы являются или могут быть неблагоприятно затронутыми. Эта комбинированная оценка также является полезной основой для оценки масштаба фактических или потенциальных воздействий морских экосистем. Этот подход, который принимает во внимание соображения, основанные на риске, также поддерживает выбор наиболее подходящих показателей, связанных с критериями для оценки прогресса в деле достижения хорошего экологического состояния. Таким образом, облегчается разработка конкретных инструментов, поддерживающих экосистемный подход к управлению деятельностью человека. Как выше упоминалось, экосистемный подход помогает обеспечить достижение хорошего экологического состояния путем выявления источников давления, в том числе их кумулятивные и синергетические эффекты. Данные инструменты включают в себя пространственные меры защиты, а также меры по пространственному и временному распределению контроля, как, например, морское пространственное планирование [15, п. 6 ч. А].

Временной и пространственный масштаб воздействия техногенных факторов значительно варьируется в зависимости от типа давления и чувствительности компонентов пострадавшей экосистемы. Например, некоторые критерии и показатели в силу особенностей собственных характеристик могут потребовать применения различных временных масштабов для захвата целого ряда различных процессов [15, п. 5 ч. А].

Морская директива предусматривает несколько экологических уровней, подлежащих оценке, как, например, экосистемы, места обитания (в том числе общины и биотопы), биологические виды и прочее. Вместе с этим учитывается, что существует разнообразие условий окружающей среды на море и деятельности человека, оказывающих влияние на него. В частности, разнообразие существует между регионами и даже в пределах морских районов, субрегионов и подразделений. По этой причине вопрос о применимости конкретных показателей, связанных с критериями, может потребоваться с учетом того, имеют ли они экологическое отношение к каждой конкретной ситуации, которая оценивается [15, п. 7 ч. А].

В целом, анализируя содержание Морской директивы и ее влияние на формирование принципов и задач морской политики ЕС, можно прийти к выводу, что она соответствует международным обязательствам, изложенным в Конвенции о биоразнообразии и Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (UNCLOS).

Морская директива и ***Рамочная водная директива*** являются европейскими всеохватывающими правилами для водных систем и тесно взаимосвязаны между собой.

Рамочная водная директива устанавливает рамочные требования относительно защиты всех видов вод, включая поверхностные воды суши,

транзитные и прибрежные, а также подземные воды. Эти требования заключаются в следующем:

— Предотвращение дальнейшего ухудшения, защита и улучшение состояния водных ресурсов.

— Стимулирование воспроизводительного использования воды.

— Улучшение водных экосистем благодаря действиям и деятельности, которые направлены на постоянное уменьшение сбросов воды, содержащей в себе приоритетные вещества, а также на прекращение сбросов воды, которая заключает в себе приоритетно опасные вещества.

— Обеспечение постепенного уменьшения загрязнения подземных вод и предотвращения их загрязнения в будущем.

— Уменьшение негативного влияния наводнений и засух.

Главной целью Директивы является предотвращение ухудшения состояния всех поверхностных водных объектов с целью достижения ими «хорошего» состояния. Это касается и искусственных, и существенно измененных водных объектов, с той разницей, что к ним выдвигается требование достижения «хорошего» экологического потенциала [16].

Директива среды обитания и птиц является основным законом Европы по охране природы, который обеспечивает особую защиту ключевых объектов экосистемы, видов животных, растений и типов местообитаний европейского значения. Данная защита усиливается с определением морских охраняемых районов в соответствии с Морской директивой. Согласно верному определению Лоренса Д. Мии, Ребекки Л. Джефферсон, Дэн Д'А. Лаффоли и М. Эллиотт, Директива среды обитания и птиц: «...применяется ко всем морям в Европе, над которыми государства установили свои права. На практике это распространяется не менее, чем до 3 миль от берега в некоторых государствах ЕС, до средней линии в случае Северного моря или до 200 морских миль в Великобритании (что является результатом судебных исков со стороны коалиции неправительственных организаций по защите кораллов в холодной воде)» [13, p. 188]. В целом, основным требованием данной директивы является обеспечение того, чтобы обозначенные районы достигли благоприятного природоохранного статуса.

Выводы. Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что морская политика ЕС базируется на целом комплексе подходов (экосистемный подход, адаптивный подход, подход согласования, вложенный подход и т.д.), выбор которых зависит от особенностей регулируемых морских ресурсов и морских экологических услуг, видов морехозяйственной деятельности и степени ее влияния на окружающую среду, пространственных и временных характеристик, а также поставленных задач. Это позволяет обеспечить быструю реакцию на изменения экологических данных, обусловленных увеличением техногенного давления на экосистему. А значит, представляются наиболее точные данные о состоянии морской экосистемы, что позволяет подобрать и использовать подходящие инструменты для морского управления.

Проанализированные выше директивы ЕС тесно связаны друг с другом единой целью, являются всеобщими правилами для водных систем, влияют на формирование морской политики Европейского Союза и соответствуют международным обязательствам, изложенным в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву и других международных соглашениях.

Список литературы

1. Europe's seas: A valuable asset that must be used sustainably. Published 21 Feb 2014. URL: http: // www.eea.europa.eu/media/newsreleases/marine-messages-briefing (дата звернення: 15.05.2018).
2. Директива Европейского парламента и Совета 2000/60/ЕС от 23 октября 2000 г., устанавливающая стандарты (общие условия) для действий Сообщества в сфере водной политики (Рамочная водная директива) (Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy). URL: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5c835afb-2ec6-4577-bdf8-756d3d694eeb.0004.02/ DOC_1&format=PDF (дата звернення: 15.05.2018).
3. Директива Европейского парламента и Совета 2014/89/EU от 23 июля 2014 про стандарты (общие условия) морского пространственного планирования (Directive of the European Parliament and of the Council 2014/89/EU of 23 July 2014 establishing a framework for maritime spatial planning). URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/ PDF/?uri=CELEX:32014L0089&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
4. Постановление Европейского парламента и Совета (EU) No 1380/2013 от 11 декабря 2013 г. Про Общую рыболовную политику, которая вносит изменения в постановления Совета (ЕС) № 1954/2003 ид (ЕС) № 1224/2009 и отменяет Постановление Совета (ЕС) №2371/2002 и (ЕС) №639/2004 и Решение Совета 2004/585/ЕС (Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council №1380/2013 of 11 December 2013 on the Common Fisheries Policy, amending Council Regulations (EC) No 1954/2003 and (EC) No 1224/2009 and repealing Council Regulations (EC) No 2371/2002 and (EC) No 639/2004 and Council Decision 2004/585/EC). URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri =OJ: L:2013:354:0022:0061:EN:PDF (дата звернення: 15.05.2018).
5. Рекомендации Европейского парламента и Совета от 30 мая 2002 г. Относительно имплементации интегрированного менеджмента прибрежных зон в Европе(Recommendation of the European Parliament and of the Council of 30 May 2002 concerning the implementation of Integrated Coastal Zone Management in Europe (2002/413/EC). URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002H0413&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
6. Директива Европейского парламента и Совета 2008/56/ЕС от 17 июня 2008 про стандарты (общие условия) действий Содружества в сфере морской экологической политики (Directive of the European Parliament and of the Council 2008/56/EC of 17 June 2008 establishing a framework for Community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive). URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/ ?uri= CELEX:32008L0056&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
7. Директива Европейского парламента и Совета 2009/147/ЕС от 30 ноября 2009 г. Относительно охраны диких птиц (Directive of the European Parliament and of the Council 2009/147/EC of 30 November 2009 on the conservation of wild birds). URL: http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/EN/TXT/PDF/ ?uri=CELEX:32009 L0147&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
8. Директива 92/43/ЕЕС от 21 мая 1992 г. Относительно охраны среды обитания и дикой фауны и флоры (Директива среды обитания и птиц; 1992 и 1979, кодифицированная в 2009) (Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora) URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX: 31992L0043&from =EN (дата звернення: 15.05.2018).
9. Директива 2006/7/ЕС Европейского парламента и Совета от 15 февраля 2006 г. Относительно менеджмента качества воды, пригодной для купания, а также аннулирования Директивы 76/160/ЕЕС (Directive 2006/7/EC of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 concerning the management of bathing water quality

and repealing Directive 76/160/EEC) URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/ ?uri=CELEX:32006L0007 &from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
10. Регламент Совета (ЕС) №708/2007 от 11 июня 2007 г. Относительно использования чужеродных и локальноотсутствующих видов аквакультуры (Council Regulation (EC) № 708/2007 of 11 June 2007 concerning use of alien and locally absent species in aquaculture) URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0708&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
11. Gert Van Hoey, Angel Borja, Silvana Birchenough c, Lene Buhl-Mortensen, Steven Degraer, Dirk Fleischer, Francis Kerckhof, Paolo Magni, Icigo Muxika, Henning Reiss, Alexander Schrцder, Michael L. Zettler. The use of benthic indicators in Europe: From the Water Framework Directive to the Marine Strategy Framework Directive // Marine Pollution Bulletin. Volume 60. 2010. P. 2187–2196.
12. The marine strategy. Reports. URL: http://ec.europa.eu/environment/marine/eu-coast-and-marine-policy/marine-strategy-framework-directive/index_en.htm (дата звернення: 15.05.2018).
13. Laurence D. Mee Rebecca L. Jefferson, Dan d'A. Laffoley, Michael Elliott. How good is good? Human values and Europe's proposed Marine Strategy Directive // Marine Pollution Bulletin. № 56 (2008). P.187–204.
14. Article 12 Technical Assessment of the MSFD 2012 obligations Bulgaria, 7 February 2014. URL: http://rod.eionet.europa.eu/obligations/608/deliveries (дата звернення: 15.05.2018).
15. Решение Комиссии от 1 сентября 2010 г. относительно критериев и методологических стандартов по хорошему экологическому статусу морских вод (Commission Decision of 1 September 2010 on criteria and methodological standards on good environmental status of marine waters) URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0477 (01)&from=EN (дата звернення: 15.05.2018).
16. Ярошевич О., Осийский Е. Интегрированное управление водными ресурсами в странах ЕС и Водная Рамочная директива ЕС / О. Ярошевич, Е. Осийский. URL: http://carpaty.net/ ?p=6927&lang=ru (дата звернення: 15.05.2018).

Стаття надійшла до редакції 15.05.2018

О. В. Толкаченко
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ МОРСЬКОЇ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Резюме

Стаття присвячена питанням інтерпретації окремих аспектів морської політики Європейського Союзу. Для розуміння змісту морської стратегії ЄС були проаналізовані наступні директиви: Морська директива, Рамочна водна директива, Директива середовища існування та птахів, які пов'язані між собою однією метою – охорони морського середовища і сталого використання морів. Аналіз ключових положень морського законодавства ЄС здійснюється з врахуванням положень міжнародних конвенцій та теоретичних положень науки екологічного права, що допомагає систематизувати знання.

Автор розглядає моря Європейського континенту як об'єкт правового регулювання, який відіграє важливу роль для забезпечення національних інтересів кожної держави-учасниці ЄС та ЄС в цілому. При цьому морська політика ЄС базується на різноманітних підходах, вибір яких залежить як від впливу діяльності на довкілля, так і від поставлених завдань щодо використання морського середовища.

Ключові слова: морська політика, Європейський Союз, екосистемний підхід, морська стратегія.

E. V. Tolkachenko
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

SOME ASPECTS OF THE EUROPEAN UNION MARITIME POLICY

Summary

The article is devoted to the issues about the interpretation of certain aspects of the European Union maritime policy. In order to understand the content of the European Union maritime strategy, the following directives were analyzed: Marine Strategy Framework Directive, Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for Community action in the field of water policy, Directive on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, which have a single objective - to protect the marine environment and sustainable use of the seas. Analysis of key positions of the EU maritime legislation is based on the provisions of international conventions and the Environmental Law's theory, and helps to systemize knowledge.

The author considers the European seas as the object of legal regulation, which plays an important role in ensuring the national interests of each member-state and the EU in whole. At the same time, the European Union maritime policy is based on a variety of approaches, the choice of which depends on both the environmental impact and the objectives of the use of the marine environment.

Key words: maritime police, European Union, ecosystem approach, maritime strategy.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133971
УДК 341.01

М. О. Саракуца
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

М. М. Ячменська
студентка
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНИХ ПАРЛАМЕНТІВ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У ДОТРИМАННІ ПРИНЦИПУ СУБСИДІАРНОСТІ В ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТІВ ЄС

У статті досліджено принцип субсидіарності у діяльності Європейського Союзу, висвітлено погляди вітчизняних та іноземних науковців стосовно поняття та сутності принципу субсидіарності, проаналізовано нормативну базу ЄС та міжнародні акти з цього питання, розглянуто основні новели Лісабонської угоди щодо контролю з боку національних парламентів держав-членів ЄС за додержанням принципу субсидіарності у діяльності інститутів ЄС.

Ключові слова: Європейський Союз, принцип субсидіарності, Лісабонська угода, національні парламенти, компетенція ЄС.

Постановка проблеми. Із початку виникнення інтеграційних процесів в Європі національні парламенти країн опосередковано брали участь у налагодженні тісного співробітництва європейських держав, у процесах розвитку інституційної побудови європейських Співтовариств. Компетенція парламентів обмежувалась прийняттям рішень щодо обрання на національному рівні урядів, які потім безпосередньо здійснювали управління Співтовариствами, здійсненням ратифікації засновницьких договорів, а також здійсненням контролю за діяльністю національних урядів. До функцій також належало імплементування у національну правову систему актів європейського вторинного права задля гармонізації правових систем, однак таку функцію можна вважати лише реалізацією вже прийнятих рішень та зобов'язань інститутів Європейського Союзу (далі – ЄС). На цьому роль державних парламентів обмежувалась. Тому невипадково виникла необхідність посилення позицій національних парламентів та розширення їхніх функцій на європейській арені.

Лісабонський договір укріпив позиції національних парламентів та розширив правовий апарат взаємодії з інституціями ЕС та загалом вплив парламентів на формування політики ЕС.

Особливу увагу необхідно приділити статті 5 ДЕС, в якій зазначено, що національні парламенти слідкують за дотриманням принципу субсидіарності відповідно до процедури, встановленої в Протоколі. Мова йде про Протокол № 2 «Про застосування принципів субсидіарності та пропорційності» [1].

Для того, щоб чітко зрозуміти, в чому полягає реформування механізму взаємодії та співпраці національних парламентів із інституціями ЄС, вважаємо за необхідне дослідити правову сутність принципу субсидіарності. Дане питання є достатньо дискусійним, тлумачення зазначеного принципу не є однозначним, а навпаки багатоаспектним, оскільки відсутній єдиний підхід до правової визначеності у його розумінні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Підґрунтям даного наукового дослідження стали праці відомих учених-юристів, таких як С. В. Гомцян, С. Гоці, Е. Дафф, М. Ю.Савіовський, Т. Н. Михальова, Т. А. Васильєва, І. М. Бусигіна та ін.

Мета статті. Метою дослідження є всебічний аналіз поняття та сутності принципу субсидіарності у діяльності Європейського Союзу та ролі національних парламентів у механізмі контролю за дотриманням принципу субсидіарності у діяльності інститутів ЄС.

Виклад основного матеріалу. Для розуміння сутності вищезазначеного принципу необхідно визначити етимологічне походження та розкрити значення терміну «субсидіарність». Походить слово від лат. «subsidium», що означає «підкріплення», «резерв». Даний термін використовувався щодо позначення ситуації, за якої війська вищих органів влади надавали допомогу військам на периферії, однак, не заміняли їх [2].

Існує також інший підхід щодо розуміння субсидіарності. «Subsidium ferre», що дослівно перекладається як «надання допомоги», є терміном, що визначав правовідносини між державними структурами з одного боку , які надавали всебічну допомогу громадянам, та з іншого боку місцевими співтовариствами, які мали самостійно вирішувати проблеми на основі самоорганізації та самоконтролю. Таким чином, владні структури не мали перешкоджати громадянам у здійсненні ними ефективного управління [3].

Влучно зазначав в своїй науковій праці «Політика...» німецький юрист-учений Й. Альтузій: «Оскільки суспільні консолідації утворюються з приватних, вони повинні доповнювати їх, а не поглинати, консолідації мають функціонувати на основі співпраці, рівноправності, гармонії інтересів». Під субсидіарністю Й. Альтузій розуміє не тільки зобов'язання правителів держави до консолідацій нижчого рівня, але й обов'язки останніх діяти в інтересах підтримання загального соціального і політичного блага [4].

Серед наукових кіл, як зазначалось вище, немає узгодженої одностайної думки щодо правової характеристики та значення принципу субсидіарності. Колишній Голова Європейської комісії Жак Сантер на одному із колоквіумів (Маастріхт, 1991 рік) зазначив: «Ми знаємо, що домовленість щодо принципу субсидіарності стала можливою лише завдяки тому, що це поняття вбирає в собі різноманітні інтерпретації» [5].

Інший колишній Голова Європейської комісії Жак Делор, будучи ідеологом принципу субсидіарності, навіть пообіцяв нагороду тому, хто зможе дати найточніше визначення поняттю «субсидіарність». Він зазначав: «Як політичний принцип, субсидіарність є більше методом кооперації, аніж

критерієм відокремлення і прагне реалізувати рівновагу між потребами, можливостями й відповідальністю різних рівнів прийняття рішень» [6]. Учений порівнював систему взаємодії Співтовариств та держав-учасниць із федеративним устроєм США, відповідно до якого штати здійснюють свої функції, надані їм Конституцією, в межах прав, що не делеговані федеральному урядові. Ж. Делор зазначав, що федеративний підхід має встановити чітко, в яких випадках Співтовариства можуть, а де не можуть діяти автономно від національних урядів [7].

У своїй роботі І. М. Бусигіна відзначає, що принцип субсидіарності – це певний шлях до європейської федеральної демократії, де ЄС – федерація національних держав, а сам ЄС не підпорядкований національному рівню, але субсидіарний йому [8]. А. І. Дмитрієв вбачає в принципі субсидіарності певний механізм обмеження розширенню компетенції органів ЄС за рахунок компетенції держав-учасниць [9].

На думку Т. Н. Михалевої, принцип субсидіарності є механізмом стримування національних органів, однак одночасно сприяє розвитку та укріпленню інтеграції [10].

Принцип субсидіарності є певним інструментарієм, що забезпечує розподіл повноважень між владними структурами ЄС та державами-членами, оскільки у зв'язку зі стрімким збільшенням чисельності учасників ЕС, ускладнювалась система взаємодії між ними, тому виникла реальна необхідність урегулювання зазначених процесів. Тому положення щодо принципу субсидіарності пронизують засновницькі, ревізійні та інші правові акти європейського права.

Уперше ознаки принципу були включені в Єдиний європейський акт (далі – ЄЄА), однак його правове регулювання обмежувалось виключно сферою охорони навколишнього середовища. Стаття 25 ЄЄА встановлювала правило, згідно якого Співтовариства здійснюють певні зусилля в області навколишнього середовища в тій мірі, в якій цілі можуть бути реалізовані на рівні Співтовариств ефективніше, аніж державами – членами самостійно [11].

Із прийняттям ЄЄА межі компетенції Співтовариств були значно розширені за рахунок передачі додаткових суверенних прав держав на наднаціональний рівень, що не могло не викликати занепокоєння з боку держав-учасниць. Як один із елементів механізму стримування повноважень Співтовариств, що збільшувалися, став принцип субсидіарності, що отримав своє законодавче закріплення вже в Маастрихтському договорі 1992 року.

Фундаментальне значення принципу для діяльності Європейського Союзу було підкреслено двічі: у Преамбулі – «Держави–члени сповнені рішучості невпинно сприяти створенню все більш тісного союзу європейських народів, у якому рішення приймаються з максимально можливою увагою до громадян, відповідно до принципу субсидіарності» [12], а також у Договорі про Європейське Співтовариство у статті, що визначила межі компетенції ЄС: «Спільнота діє в межах повноважень, що їх надає їй цей Договір, та заради цілей, визначених в цьому Договорі. У сферах, що не належать до її виключної компетенції, Спільнота діє згідно з принципом субсидіарності лише тоді й у такому обсязі, коли держави–члени не можуть належним чином досягти мети запланованого заходу, натомість це краще здійснити на рівні Спільноти з огляду на масштаби чи результати запропонованих заходів» [13].

У зв'язку з неоднозначним трактуванням зазначеної норми, виникла необхідність здійснити її офіційне роз'яснення з метою попередження будь-яких зловживань компетенцією інститутами ЄС. Заключенням Единбурзької сесії Європейської ради від 11–12 грудня 1992 року були встановлені певні положення щодо додержання принципу субсидіарності. Відповідно до них, дії ЄС не є порушенням принципу за наявності таких критеріїв: поставлені цілі не можуть «у достатній мірі» бути досягнуті державами–учасниками та їх здійснення можуть бути реалізовані в «кращій мірі» на рівні ЄС. Європейська рада установила умови, якими треба керуватися при визначенні дотримання принципу субсидіарності:

Питання стосується транскордонних аспектів, які не можуть бути врегульовані діями держав-учасниць;

Дії тільки з боку держав-учасниць чи недостатність дій з боку Союзу призведуть до шкоди інтересам Союзу та держав;

Дії на рівні Союзу призвели до явних вигід унаслідок їх масштабів чи результатів порівняно з діями на рівні держав-учасниць [14].

Таким чином, Заключення Единбурзької сесії стали підґрунтям для формування майбутніх нормативних актів, що розкривають суть принципу субсидіарності, а саме включені до Амстердамського договору 1997 року і стали основою Протоколу про застосування принципів субсидіарності та пропорційності.

Загалом принцип субсидіарності повинен визначати напрями діяльності для інститутів, коли вони мають приймати одноголосне рішення на основі цього принципу щодо нових дій Союзу для досягнення цілей ЄС. Відповідність принципу має бути перевірена шляхом ретроспективного контролю дій інститутів, що гарантує відсутність зловживання владою [15].

Як зазначалось вище, національні парламенти здійснюють демократичний контроль за додержанням принципу субсидіарності при нормотворчому процесі. Така процедура можлива завдяки так званому механізму раннього попередження, що полягає у складанні парламентом обґрунтованої думки щодо проекту нормативного акту на відповідність його принципу субсидіарності і полягає у присвоєнні проекту «жовтої» або ж «помаранчевої» картки в разі виявлення порушення принципу. При прийнятті рішення парламенти наділені двома голосами, в бікамеральних парламентах кожна палата наділена правом одного голосу.

Згідно ч. 2 ст. 7 Протоколу про застосування принципів субсидіарності і пропорційності, в разі, якщо вмотивований висновок парламентів щодо недодержання принципу субсидіарності складає не менше однієї третьої всіх голосів, якими наділені національні парламенти, то, відповідно, нормативний проект підлягає повторній експертизі. У випадку якщо це стосується проекту законодавчого акту, внесеного на основі ст. 76 Договору про функціонування Європейського Союзу щодо простору свободи, безпеки та правосуддя, необхідно, аби висновок проти прийняття законодавчого акту надали четверть парламентів. Така процедура носить назву «жовтої картки». При повторній експертизі суб'єкт ініційованого документу – Комісія, група держав-членів, Європейський парламент, Суд, Європейський центральний банк, Європейський інвестиційний банк – приймають умотивоване рішення залишити проект в первісній редакції, змінити його, враховуючи висновок національних парламентів, або ж відкликати його [16].

Прикладом першого застосування парламентами «жовтої картки» є висновок 2012 року щодо визнання законопроекту, що був розроблений Комісією, таким, що порушує принцип субсидіарності. Зазначений законопроект стосувався питання обмеження права робітників на колективні протести. Комісія висловилась з приводу того, що такі заходи не порушують принцип субсидіарності, однак, проект все ж відхилила [17].

Якщо проект приймається в рамках «звичайної законодавчої процедури» та ініціювала його розгляд Комісія, то висновок щодо невідповідності принципу субсидіарності вважається прийнятим, якщо за нього проголосували парламенти у кількості не меншої від простої більшості голосів («помаранчева картка»). У такому випадку проект підлягає повторній експертизі Комісією, яка наділена правом прийняти рішення щодо залишення проекту без змін, урахувати рекомендації парламентів та відповідно змінити первісний варіант та відкликати його. Висновок парламентів щодо невідповідності проекту принципу та вмотивований висновок Комісії щодо залишення проекту без змін направляється Європейському парламенту та Раді ЄС, які до моменту закінчення першого читання самостійно перевіряють відповідність проекту принципу субсидіарності, враховуючи при цьому висновки парламентів та Комісії.

Рішення щодо виявлення порушення принципу приймається у разі його підтримання 55% членів Ради ЄС та більшістю голосів Європейського парламенту. Як наслідок, подальший розгляд проекту не проводиться.

Протокол №2 також передбачає можливість національних парламентів застосувати «червону картку», що полягає у направленні скарги до Європейського Суду у випадку, якщо законодавчий акт порушує принцип субсидіарності.

Однак співпраця національних парламентів із інститутами ЄС не обмежується лише процедурою переднього попередження.

Ще в 2000 році на Міжпарламентському Союзі в Нью-Йорку була розроблена Декларація Конференції Головуючих осіб національних парламентів «Парламентське бачення міжнародного співробітництва на зорі третього тисячоліття», яка проголошувала необхідність розширення співробітництва національних парламентів у сфері міжнародної політики. Декларація стала підґрунтям для зміцнення ролі парламентів не лише на національному, але й на міжнародному рівні, оскільки, враховуючи стрімкий розвиток процесу глобалізації, вектор діяльності національний парламентів має бути направлений на забезпечення посередницьких відносин між громадянами країн та складними процесами прийняття міжнародних рішень. Для того, аби підсилити авторитет парламентської дипломатії, Декларацією проголошувалась необхідність надання парламентам можливості брати участь в урядових переговорах на міжнародному рівні шляхом отримання всієї необхідної інформації про хід та результат переговорів [18] .

Лісабонський договір закріпив у ст. 12 правило, згідно якого національні парламенти отримують інформацію від інститутів ЄС і повідомлення про проекти законодавчих актів Союзу. Прерогатива отримання інформації змістовно розширилась як у предметному розумінні, так і в суб'єктному (парламенти стали отримувати законодавчі проекти не від своїх урядів, а безпосередньо від інститутів ЄС). Оскільки до цього лише Комісія мала передавати національним парламентам свої консультаційні документи (зелені, білі книги та повідомлення). Наразі Комісія зобов'язана передавати

також проекти законодавчих актів, які вона направляє до законодавчого органу Союзу як суб'єкт законодавчої ініціативи; Європейський парламент, Рада ЄС також направляють проекти, а також змінені проекти національним парламентам. Окрім цього, такий обов'язок стосується також порядку денного засідань Ради ЄС, протоколів засідань, річного звіту Рахункової палати, звіту Комісії щодо застосування принципу субсидіарності, законодавчих резолюцій Європейського парламенту та позицій Ради ЄС, що подаються одразу після їх прийняття. До того ж, Лісабонський договір у ст. 49 установив зобов'язання проінформувати національні парламенти щодо заявки європейських держав, які виявили бажання стати членами Союзу [19] .

Одним із важливих методів впливу на політику Союзу є участь у міжпарламентській співпраці Європейського парламенту та національних парламентів, що передбачено в ст. 12 (f) Лісабонського договору. Перш за все, важлива роль у такій координаційній взаємодії належить Конференції парламентських комітетів по справам Союзу, скорочено - COSAC (від франц. Conference des organes specialises dans les affaires communautaires) [20].

Ідея створення такого міжпарламентського органу виникла ще в 1989 році, коли Голова Національних Зборів Французької республіки Л. Фабіус запропонував главам парламентів держав, що на той час були членами Європейського Економічного Співтовариства, створити такий орган [21]. Було вирішено питання щодо кількісного обсягу Конференції, до якої мали входити шість представників-депутатів спеціалізованих комісій з питань діяльності Союзу національних парламентів держав-учасниць, а також шість членів Європарламенту. Конференція має скликатись не рідше ніж один раз за півріччя, однак, за ініціативою абсолютної більшості голів комісій та представників Європарламенту, Конференція скликається в позачерговому порядку.

Відповідно до Протоколу про роль національних парламентів у Європейському Союзі, Конференція може перевіряти будь-які законодавчі пропозиції чи ініціативи, пов'язані з запровадженням простору свободи, безпеки й справедливості, що можуть прямо стосуватися прав та свобод окремих осіб. Також надана можливість «робити будь-які звернення, до яких вважає за доцільне привернути увагу інституцій Європейського Союзу, зокрема на підставі проектів правових текстів, які представники держав-членів можуть за спільною згодою вирішити їм надіслати з огляду на характер їхнього предмету».

Виключно Лісабонським договором було задекларовано право національних парламентів накладати вето у таких випадках: якщо хоч один із парламентів виступить проти ініціативи Європейської ради щодо зміни спеціальної процедури прийняття рішень на звичайну процедуру та від одноголосного голосування до голосування кваліфікованою більшістю; у разі відхилення одним із парламентів рішення Комісії Союзу щодо деяких аспектів сімейного права з транскордонними наслідками , які можуть стати предметом законодавчих актів шляхом звичайної, а не спеціальної законодавчої процедури.

Висновки. Як логічний висновок проведеного дослідження, підсумуємо наступне. Завдяки новелам Лісабонської угоди нині саме на національні парламенти держав-учасниць Союзу покладено здійснення контролюю-

чої функції щодо інститутів ЄС із метою уникнення зловживанн своєю компетенцією останніми. Такий контроль можливий завдяки процедурі раннього попередження, що полягає у перевірці нормативних актів парламентами, що приймаються інститутами ЄС, на відповідність принципу субсидіарності. Слід також відзначити, що інформація, яка тепер має бути надана парламентам, значно збільшилась як у предметному розумінні (проекти законодавчих актів, змінені проекти, протоколи засідань, річні звіти та інші), так і в суб'єктному (отримання інформації безпосередньо від Комісій, Європарламенту, Рахункової палати та інші). Задля досягнення взаємного інтересу та здійснення впливу на політику Союзу регулярно скликаються представники національних парламентів та Європарламенту в особі Конференції парламентських комітетів по справам Союзу (COSAC).

Таким чином, можна дійти висновку щодо істотного посилення механізму впливу національних парламентів на процедуру прийняття рішень інститутами Союзу, що є проявом сучасної тенденції до забезпечення більшої прозорості та демократичності системи управління Європейського Союзу.

Список літератури:

1. Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality [Text] // Blackstone's EU Treaties and legislation/ N.Foster (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 125–128.
2. Гомцян С. В. Динамика развития субсидиарности в Европейском Союзе / С. В. Гомцян // Вестник международных организаций. 2007. № 6. С.54.
3. Савіовський М. Ю. Принцип субсидіарності в історії європейської політико-правової думки / М. Ю. Савіовський // Трипільська цивілізація. 2012. № 8. С. 31.
4. Althusius J. Politica. Indianapolis: Liberty Fund, 1995. P. 18.
5. Алексеев О. Б. Субсидиарность и пространственное развитие / О. Б. Алексеев // Тексты форума по проблематике регионального развития. URL: http://vasilievaa.narod.ru/mu/csipfo/ csi/textforum2.htm (дата обращения: 01.06.2018).
6. Гоці С. Урядування в об'єднаній Європі. К., 2003. С. 104.
7. Dinan D. Ever Closer Union: An introduction to European Integration. L., 1999. P. 158.
8. Бусыгина И. М. Концептуальные основы европейского регионализма: проблемы европейского регионализма / И. М. Бусыгина // Докл. Ин-та Европы РАН. 1999. № 61.
9. Дмитрієв А. І. Міжнародне публічне право / А. І. Дмитрієв. К.: Юрінком Інтер, 2001. С. 485.
10. Михалева Т. Н. Принцип субсидиарности в праве Европейского Союза: предел наднациональности или ее развитие / Т. Н. Михалева. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/172850/1/145-155.pdf (дата обращения: 01.06.2018).
11. Єдиний європейський акт: Міжнародний документ від 17.02.1986. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_028 (дата звернення: 01.06.2018).
12. Consolidated version of the Treaty on the European Union [Текст] / Blackstone's EU Treaties and legislation / N.Foster (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2014. P.1-20
13. Договір про заснування Європейської Спільноти: Міжнародний документ від 25.03.1957. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_017 (дата звернення: 01.06.2018).
14. Annex to the Conclusions of the Presidency of the European Council at Edinburgh, 11-12 December 1992. URL: http://www.european-council.europa.eu/ (date of access: 01.08.2016).
15. Duff Andrew. Towards a Definition of Subsidiarity II Subsidiarity within the European Community / Andrew Duff. London. Buckingham Palace Road. Federal Trust for Education and Reserch. 1996. P. 9.

16. Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності: Міжнародний документ від 02.10.1997. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/ laws/show/994_641 (дата звернення: 01.06.2018).
17. Brussels drops plans for EU law limiting right to strike. URL: http://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/brussels-drops-plansfor-eu-law-limiting-right-to-strike/ (date of access: 01.08.2016).
18. Декларація Конференції Головуючих осіб національних парламентів «Парламентське бачення міжнародного співробітництва на зорі третього тисячоліття»: Міжнародний документ від 01.09.2000. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/ laws/show/995_888 (дата звернення: 01.06.2018).
19. Лісабонський договір про внесення змін до Договору про Європейський союз та Договір про заснування Європейського співтовариства // Official Journal. Серія С. 13.12.2007. Vol. 50. № 306.
20. Протокол про роль національних парламентів у Європейському Союзі: Міжнародний документ від 02.10.1997. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/ laws/show/994_621 (дата звернення: 01.06.2018).
21. Васильева Т. А. Влияние европейской интеграции на деятельность парламентов государств–членов / Т. А. Васильева. URL: https:cyberleninka.ru/article/v/vliyanie-evropeyskoy-integratsii-na-deyatelnost-parlamentov-gosudarstv-chlenov-es (дата обращения: 01.06.2018).

Стаття надійшла до редакції 01.06.2018

М. А. Саракуца
Одесский национальний университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционого права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

М. М. Ячменская
Одесский национальний университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционого права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

РОЛЬ НАЦИОНАЛЬНЫХ ПАРЛАМЕНТОВ ГОСУДАРСТВ-ЧЛЕНОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА В ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРИНЦИПА СУБСИДИАРНОСТИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНСТИТУТОВ ЕС

Резюме

Предметом исследования является принцип субсидиарности в деятельности Европейского Союза, освещаются взгляды отечественных и иностранных ученых на понятие и сущность принципа субсидиарности, анализируется нормативная база ЕС, а также международные акты, касающиеся этого вопроса, рассматриваются основные новеллы Лиссабонского соглашения в отношении контроля со стороны национальных парламентов государств-членов ЕС за соблюдением принципа субсидиарности в деятельности институтов ЕС.

Ключевые слова: Европейский Союз, принцип субсидиарности, Лиссабонское соглашение, национальные парламенты, компетенция ЕС.

M. O. Sarakutsa
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

M. M. Yachmenska
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE ROLE OF NATIONAL PARLIAMENTS OF THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES IN ENSURING THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE ACTIVITIES OF THE EU INSTITUTIONS

Summary

The following article analyzes the concept, substance and nature of Principle of Subsidiarity in the European Union activity. It provides a basic overview of EU regulatory framework and international acts on this issue. Special attention is paid to new mechanisms of national parliaments control over the observance of the principle of subsidiarity in the EU institutions' activities, which was provided by Lisbon Treaty.

Key words: European Union, Principle of Subsidiarity, Lisbon Treaty, national parliaments, competence of the EU.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134152
УДК 341.1/8:346.58

В. В. Чайковська
кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І.І.Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ ПОДАЛЬШОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ «УКРАЇНА – ЄС» У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті розглядаються окремі проблеми модернізації зовнішньоекономічного законодавства відповідно до вимог Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Наводяться пропозиції впровадження дієвих засобів технічного регулювання, що не шкодять економіці України, прискорення прийняття актів митного регулювання, спрощення режиму реєстрації філій європейських суб'єктів господарювання в Україні, а також вироблення інтерпретаційних засад застосування правил СОТ у взаєминах Україна – ЄС.

Ключові слова: імплементація, Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, Європейський Союз, зовнішньоекономічне законодавство.

Постановка проблеми. Не дивлячись на те, що понад три роки відбуваються процеси імплементації в національне законодавство України положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС (далі – УАЄС), говорити про остаточне вирішення існуючих проблем у цій сфері не доводиться. Це визнають представники Уряду, про що свідчить оприлюднений Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за 2017 рік [1]. Отже, мають бути здійснені вдосконалення національного господарсько-правового регулювання у сфері імплементації права ЄС щодо зовнішньоекономічного регулювання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі загальнотеоретичні проблеми, пов'язані з адаптацією національного законодавства до правової системи ЄС, досліджували такі вчені, як О. К. Вишняков, Т. М. Анакіна, М. В. Трубіна, І. І. Крулько, Г. Г. Гернфельд. Водночас дослідження сучасного стану модернізації зовнішньоекономічного законодавства відповідно до взятих на себе Україною зобов'язань перед ЄС та його державами–членами є недостатньо розкритим у науці та потребує подальших наукових розробок.

Мета статті. Метою статті є вирішення окремих проблемних питань подальшої імплементації Угоди про асоціацію «Україна – ЄС» у сфері зовнішньоекономічного регулювання.

Викладення основного матеріалу. Одним із головних орієнтирів модернізації правового режиму зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД) в Україні на сьогодні є право Європейського Союзу (далі – ЄС). Це визна-

чається не лише зовнішньополітичними пріоритетами держави Україна, визначеними народом України у результаті революції Гідності, але й обумовлюється прямими приписами УАЄС.

Найскладнішою проблемою імплементації положень УАЄС є подолання технічних бар'єрів. Адже це є «важливою умовою для ефективного функціонування поглибленої та всеосяжної зони вільної торгівлі (ПВЗВТ) між Україною та ЄС, наближення українських виробників промислової продукції до ринку ЄС та нарощення експорту товарів з високою доданою вартістю з України» [1, с. 24]. Відповідно до статті 56 Глави 3 «Технічні бар'єри у торгівлі» Розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» УАЄС, Україна має забезпечити відповідність із технічними регламентами ЄС та системами стандартизації, метрології, акредитації, робіт із оцінки відповідності та ринкового нагляду ЄС та дотримуватися принципів і практик, викладених у діючих регламентах ЄС. Разом із тим відповідне узгодження, що потребує значних капіталовкладень та перебудови бізнесових процесів, йде дуже повільно. Тут найзагальнішими напрямами виступають потреби імплементації відповідних положень acquis ЄС; проведення адміністративних та інституційних реформ із метою укладення Угоди про оцінку відповідності та прийнятність промислових товарів (УАСАА). І хоча на 2018 рік заплановано досить амбітні плани – ухвалення змін до деяких законів щодо технічного регулювання (законопроекти № 6235 та № 5450-1) та стандартизації (законопроект № 7123) й метрології, не можна не зважувати на складнощі, які існуватимуть на цьому шляху.

Зокрема, законопроект «Про метрологію та метрологічну діяльність» досі не розроблено. Не здійснено управлінських кроків для підписання Метричної Конвенції з метою забезпечення участі у повному обсязі в Угоді про взаємне визнання національних еталонів і сертифікатів калібрування й вимірювання. Законопроекти 6235, 5450-1, 7123 мають істотні вади. Серед останніх можна відмітити несистемність окремих заходів, що передбачають, наприклад, виключення з КУпАП статті 172-1, залишаючи систему правовідносин щодо оцінки відповідності, державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції, метрології лише у рамках диспозицій статей без належних санкцій щодо порушення публічно-правових приписів законодавства. Таке усічене регулювання провокуватиме хаос та свавілля, що шкодитиме господарським відносинам.

Звертає на себе увагу також поспішність окремих пропозицій, що ґрунтуються на одночасному усуненні із законодавства імперативних державних стандартів без утворення дієвої альтернативи іншим актам технічного регулювання. Йдеться про законопроект «Про стандартизацію» (реєстр. № 7123 від 19.09.2017 р.), за яким пропонується виключити або замінити на абстрактні вимоги щодо нормативів положення з національних стандартів, у тому числі шляхом внесення змін до статей 259, 266, 268–270, 272, 275, 276 Господарського кодексу України. Це несе ризик усунення «обов'язковості додержання екологічних та інших стандартів та встановлюється добровільність застосування відповідних стандартів або взагалі вилучаються будь-які посилання на «стандарти» із заміною цього терміну на терміни «норми», «вимоги» тощо» [2].

Не менш проблемною є імплементація митних правил ЄС, здійснена на 1 січня 2018 року менш ніж на третину, хоча статтею 84 Угоди про асоціацію Україна взяла на себе зобов'язання здійснити поступове

наближення законодавства до митного законодавства ЄС відповідно до Додатку XV до цієї Угоди протягом трьох років. При цьому повного впровадження потребують Конвенція про спрощення формальностей у торгівлі товарами та Конвенція про єдиний режим транзиту; Регламент 952/2013, яким встановлюється Митний кодекс Союзу; Регламент 1186/2009, що встановлює систему Співтовариства для звільнення від сплати мит (розділи I та II); Регламент 608/2013 про митний контроль за дотриманням прав інтелектуальної власності.

Низку заходів не відображено у Звіті, але вони обумовлюються реальною господарською практикою.

Зокрема, правовий режим заснування філій іноземних компаній досі є менш сприятливим у порівнянні з заснуванням філій національних юридичних осіб, що є порушенням взятих на себе зобов'язань відповідно до ч. 2 ст. 30 та ст. 32 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами–членами від 16 червня 1994 р. (далі – УПС), а також положень ч. 1 ст. 88 УАЄС, яка фактично є договором-правонаступником УПС, щодо найсприятливішого режиму заснування філій компаній ЄС в Україні. Це пояснюється наступним.

Відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб–підприємців та громадських формувань», відокремлені підрозділи (філії, представництва) юридичної особи–резидента не підлягають державній реєстрації. Представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності підлягають реєстрації у порядку, визначеному Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Менш сприятливі умови встановлені для заснування в Україні філій іноземних компаній. По-перше, загальний порядок легалізації філій іноземних суб'єктів господарювання в Україні взагалі не передбачений. Право на легалізацію філій мають лише окремі суб'єкти господарювання відповідно до спеціальних законів: наприклад, ст. 24 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» передбачені підстави та порядок акредитації філій іноземного банку; ст. 2 ЗУ «Про страхування» передбачена реєстрація філій страховиків-нерезидентів.

По-друге, ПК закріплює у п. 14.1.193 поняття «постійне представництво», під яким розуміється «постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська діяльність нерезидента в Україні, зокрема: місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; установка або споруда для розвідки природних ресурсів; шахта, нафтова/газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів; склад або приміщення, що використовується для доставки товарів, сервер». Незважаючи на фактичне визначення у ПК постійного представництва як об'єкта права, воно в інших положеннях ПК наділяється ознаками суб'єкта права та прирівнюється до роботодавця (п. 14.1.222 ПК) та особи (п. 14.1.139 ПК). Відповідно до п. 133.3 ПК, постійне представництво до початку своєї господарської діяльності зобов'язано стати на облік в контролюючому органі. Згідно з п. 64.5 ПК, підставою для взяття на облік (внесення змін, перереєстрації) відокремленого підрозділу іноземної компанії, організації, у тому числі постійного представництва нерезидента, є належна акредитація (реєстрація, легалізація) такого підрозділу на території України згідно із законом.

Таким чином, для взяття на облік в органах державної фіскальної служби відокремленого підрозділу іноземної компанії (у т.ч. такого, що має ознаки філій, відповідно до положень УПС) указаний підрозділ повинен бути належним чином легалізований в Україні. Ураховуючи, що загальний порядок легалізації філій іноземних компаній в Україні відсутній, єдиним шляхом легалізації відокремлених підрозділів, які мають ознаку філії, є реєстрація їх як представництв іноземних суб'єктів господарювання відповідно до положень ст. 5 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність» та Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затвердженої наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України № 30 від 18 січня 1996 р.

Законодавством України встановлена плата у розмірі 2500 доларів США за реєстрацію представництва іноземного суб'єкта господарської діяльності, тоді як внесення даних про відокремлений підрозділ національної юридичної особи до ЄДР є безкоштовним [див.: 3, с. 522-524]. Слід додати, що поряд із суто дискримінаційним характером стягнення відповідної плати, цей факт є порушенням ч. 2 ст. 30 УПС. Про складний та неефективний порядок державної реєстрації відокремлених підрозділів (представництв) іноземних суб'єктів господарювання говорять також у відповідних працях О. П. Загнітко та В. А. Малига [див.: 4], а також В. І. Крат [див.: 5].

Ще одним проявом менш сприятливого режиму для реєстрації філій (у розумінні філії у ст. 32 УПС) іноземних суб'єктів господарювання є необхідність особистого звернення вказаних суб'єктів до органів державної фіскальної служби з метою реєстрації їх як постійних представництв, тоді як реєстрація відокремлених підрозділів національних суб'єктів господарювання здійснюється «автоматично», шляхом передання відповідних відомостей державним реєстратором із ЄДР до відповідного органу державної фіскальної служби.

Таким чином, можна говорити про наявність порушення Україною зобов'язання, що випливає з пункту а) ч. 2 ст. 30 УПС відносно заснування філій іноземними компаніями відповідно до законодавства України. Слід зауважити, що вказана проблема є актуальною й у зв'язку з майбутнім набранням чинності УАЄС, ч.1 ст. 88 якої містить аналогічну вимогу стосовно режиму заснування дочірніх підприємств, філій та представництв юридичних осіб Сторони ЄС.

І. Щербак пропонує припинити дію Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні [6, с. 56]. Однак це не усуне прогалину, пов'язану з відсутністю порядку реєстрації філій іноземних компаній в України, крім того суперечитиме ст. 5 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність», що передбачає реєстрацію представництв іноземних компаній в Україні.

Із метою вирішення вищевказаної проблеми дискримінаційності при заснуванні філій компаній ЄС в Україні необхідно зробити наступні кроки:

1) законодавчо встановити загальний порядок реєстрації філій іноземних компаній (який на теперішній час відсутній) із метою в т. ч. розмежування їх із представництвами, які, згідно концепції розмежування філій та представництв, за законодавством України не здійснюють господарську діяльність;

2) установити єдиний процедурний порядок реєстрації структурних підрозділів (як філій, так і представництв) іноземних компаній, що буде

полягати виключно у поданні заяви чи аналогічного документу, що підтверджує волевиявлення іноземної компанії на реєстрацію філії в Україні, та документів, що підтверджують правосуб'єктність іноземної компанії. Указаний порядок повинен включати автоматичну реєстрацію в органах державної фіскальної служби та інших органах (аналогічно відповідній легалізаційній процедурі філій національних юридичних осіб).

До потреб імплементації положень УАЄС у сфері законодавства про ЗЕД тісно примикає потреба формування інтерпретаційних засад застосування УАЄС у співвідношенні із правом Світової організації торгівлі (далі – СОТ), на акти якої міститься посилання у тексті УАЄС.

Аналіз положень УАЄС у контексті їх співвідношення з правом СОТ дозволяє дійти наступних висновків.

Висновки. По-перше, правильне тлумачення положень УАЄС можливо виключно за умови розуміння міжнародно-правових актів СОТ, адже багато статей УАЄС містять бланкетні норми, що відсилають до відповідних угод СОТ. Такими статтями є, зокрема, ст. ст. 25, 32–36, 40, 45 bis, 46–47, 53–54, 57–58, 76, 79, 106, 158, 219, 266, 272, 282, 320, 324, 338.

По-друге, окремі Угоди СОТ визнаються частиною УАЄС. Наприклад, відповідно до ст. 34 УАЄС, «сторона надає національний режим товарам іншої Сторони відповідно до Статті III ГАТТ 1994, зокрема її приміток щодо тлумачення. Із цією метою Статтю III ГАТТ 1994 та її примітки щодо тлумачення включено до цієї Угоди, і вони є її невід'ємною частиною». Відповідно до ст. 54 УАЄС, «сторони підтверджують свої існуючі права та обов'язки стосовно одна одної у рамках Угоди про технічні бар'єри у торгівлі СОТ, яка відповідає цій Угоді та є її невід'ємною частиною».

По-третє, непрямо простежується посилання на Угоди СОТ як більш загальні акти та навіть такі, що, у випадках, зазначених в УАЄС, мають більшу юридичну силу порівняно з положеннями УАЄС для Сторін Угоди.

Указана теза знаходить своє підтвердження у наступних прикладах. Зокрема, у преамбулі до УАЄС позначається як одна з підстав її укладення бажання Сторін «досягти економічної інтеграції, inter alia, за допомогою створення поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі (ЗВТ) як невід'ємної частини цієї Угоди відповідно до прав та зобов'язань, що випливають із членства Сторін у Світовій організації торгівлі (СОТ), та за допомогою широкої регуляторної адаптації». Згідно ч. "b" ст. 30 Угоди про асоціацію з ЄС, будь-яка із Сторін може зберігати у силі або збільшити ввізне мито, *яке дозволено згідно з рішенням Органу вирішення спорів* (далі – ОВС) СОТ. Відповідно до ч. 3 ст. 47 Угоди про асоціацію з ЄС, *«без шкоди для статті 6(5) Антидемпінгової угоди СОТ та статті 12 (4) Угоди про субсидії та компенсаційні заходи СОТ* Сторони повинні забезпечити відразу після застосування попередніх заходів, у разі необхідності, та до прийняття остаточного рішення розголошення повної та змістовної інформації про всі важливі факти та міркування, які становлять основу для прийняття рішення про застосування заходів». Відповідно до ст. 158 УАЄС, що містяться у Главі 9 «Інтелектуальна власність», «положення цієї Глави доповнюють та уточнюють права і зобов'язання Сторін згідно з Угодою ТРІПС та іншими міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності». Згідно ч. 1 ст. 219 УАЄС, «сторони визнають важливість Декларації стосовно Угоди ТРІПС та охорони здоров'я, прийнятої 14 листопада 2001 року на засіданні на рівні міністрів у рамках СОТ (далі – До-

хійська декларація). Під час тлумачення та здійснення прав і зобов'язань, згідно із цією Главою, Сторони забезпечують відповідність Дохійській декларації».

По-четверте, при вирішенні спорів між Україною та ЄС, що виникли у зв'язку з виконанням УАЄС, у деяких випадках повинне враховуватись тлумачення, що міститься в актах Органу вирішення спорів СОТ. Так, відповідно до ст. 320 Угоди про асоціацію з ЄС, «у разі, якщо зобов'язання за цією Угодою є ідентичними зобов'язанням за Угодою СОТ, *арбітражна група повинна прийняти тлумачення, яке узгоджується з відповідним тлумаченням, створеним рішеннями Органу вирішення спорів СОТ*. Постанови арбітражної групи не можуть розширити або обмежити права та обов'язки, передбачені цією Угодою».

Вищевикладене обумовлює важливість урахування права СОТ при тлумаченні УАЄС, а також при модернізації національного зовнішньоекономічного законодавства.

Таким чином, найважливішими напрямами вирішення проблем імплементації законодавства ЄС, відповідно до УАЄС, мають виступити впровадження дієвих засобів технічного регулювання, що не шкодять економіці України, прискорення прийняття актів митного регулювання, спрощення режиму реєстрації філій європейських суб'єктів господарювання в Україні, а також вироблення інтерпретаційних засад застосування правил СОТ у взаєминах «Україна – ЄС».

Список літератури

1. Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за 2017 рік. URL: https://eu-ua.org/sites/default/files/imce/layout_16_02_final.pdf (дата звернення: 14.06.2018).
2. Висновок Головного експертного управління Верховної Ради на на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про стандартизацію» (реєстр. № 7123 від 19.09.2017 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=62562&pf35401=437634 (дата звернення: 14.06.2018).
3. Драпайло Ю. З. Правові проблеми реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні / Ю. З. Драпайло // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (15–16 травня 2015 р., м. Одеса): у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. Одеса: Юридична література, 2015. С. 522–524.
4. Загнітко О. П. Усунення колізій законодавства щодо суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності / О. П. Загнітко, В. А. Малига // Правничий часопис Донецького університету. 2005. № 2. С. 60–65.
5. Крат В. І. Особливості правового регулювання філій та представництв / Василь Крат // Нотаріат для вас. 2010. № 5. С. 34–42.
6. Щербак І.А. Правове забезпечення зовнішньоекономічної діяльності відокремлених підрозділів підприємства / І. А. Щербак // Підприємництво, господарство і право. 2007. № 5. С. 54–56.

Стаття надійшла до редакції 14.06.2018

В. В. Чайковская
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

О ПРОБЛЕМНЫХ ВОПРОСАХ ДАЛЬНЕЙШЕЙ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ СОГЛАШЕНИЯ ОБ АССОЦИАЦИИ «УКРАИНА – ЕС» В СФЕРЕ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Резюме
Предметом исследования в статье являются отдельные проблемы модернизации внешнеэкономического законодательства в соответствии с требованиями Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС. Приводятся предложения внедрения действенных средств технического регулирования, которые не вредят экономике Украины, ускорения принятия актов регулирования, упрощение режима регистрации филиалов европейских субъектов хозяйствования в Украине, а также выработки интерпретационных основ применения правил ВТО в отношениях Украина - ЕС.

Ключевые слова: имплементация, Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС, Европейский Союз, внешнеэкономическое законодательство.

V. V. Chaikovska
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

ON THE PROBLEMATIC ISSUES OF FURTHER IMPLEMENTATION OF THE EU-UKRAINE ASSOCIATION AGREEMENT IN THE FIELD OF FOREIGN ECONOMIC REGULATION

Summary
The present article deals with separate problems of modernization of foreign economic legislation in accordance with the requirements of the Association Agreement between Ukraine and the EU. It is proposed the introduction of effective technical regulation measures that do not harm the Ukrainian economy, to accelerate the adoption of customs regulations, to simplify the registration of branches of European business entities in Ukraine, as well as to develop the interpretative principles for the application of WTO rules in the EU-Ukraine relations are presented.

Key words: implementation, EU-Ukraine Association Agreement, European Union, foreign economic legislation

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУДОЧИНСТВА

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134180
УДК 342.534.2:347.962:341.64(4)

Д. В. Колесник
помічник судді Одеського окружного адміністративного суду, аспірант
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРИНЦИПИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА НЕДОТОРКАННОСТІ СУДДІВ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Статтю присвячено дослідженню практики Європейського Суду з прав людини у справах, які стосуються незалежності та недоторканності суддів, а також основні стандарти Ради Європи, якими керується Європейський Суд з прав людини при винесенні рішень по даній категорії справ. Звертається увага на європейський досвід забезпечення суддівської незалежності та імунітету, а також на необхідність аналізу незалежності та недоторканності суддів на території України.

Ключові слова: незалежність суддів, недоторканність суддів, суддівський імунітет, Європейський Суд з прав людини.

Постановка проблеми. Питання незалежності та недоторканності суддів є принциповим питанням, адже виступає однією з передумов для захисту прав людини та важливим елементом у забезпеченні справедливого судового розгляду. Незалежність суддів властива розділенню повноважень між законодавчою, виконавчою і судовою гілками влади, але це також означає незалежність від впливу всередині самої судової системи. Незалежність та недоторканність судової влади в окремо взятій країні виступають у ролі індикатора демократичного розвитку країни і її поваги до верховенства права. Не повинно бути жодної потреби постійно звертатися до основних міжнародних та європейських інструментів, що забезпечують принципи незалежності та недоторканності суддів, оскільки ці стандарти повинні стати невід'ємною частиною національного законодавства кожної демократичної держави в Європі. На жаль, гарантування судової незалежності та недоторканності на практиці не завжди є простим, а застосування цього принципу дуже нестабільне у багатьох європейських країнах, незалежно від досвіду їх демократичних традицій. Велика кількість справ, розглянутих Європейським Судом з прав людини (надалі – ЄСПЛ, Суд) щодо права на справедливий суд, у тому числі й на розгляд справи незалежним і безстороннім судом, говорить сама за себе.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Серед науковців, що зробили значний внесок у дослідження принципів незалежності та недоторканності судової влади, слід відзначити С. С. Аскерова, Б. Т. Безлєпкіна, Т. В. Галайденко, В. В. Городовенка, А. Л. Горшенєва, С.І. Кузнєцову, О. Є. Кутафіна, Т. Н. Морщакову, О. М. Овчаренко, В. І. Рудньова, Р. Р. Салімзянову, Н. М. Шульгач та інших науковців. Утім, майже недослідженими в роботах цих авторів залишились питання забезпечення принципів незалежності та недоторканності суддів держав–членів Ради Європи в практиці ЄСПЛ останніх років.

Мета статті полягає у здійсненні комплексного аналізу окремих рішень ЄСПЛ по тих справах, в яких судді виступають як заявники. Також ми ставимо за мету аналіз основних стандартів Ради Європи, якими керується ЄСПЛ при прийнятті рішень по справах щодо незалежності та недоторканності суддів.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, ЄСПЛ є міжнародним судовим органом, юрисдикція якого поширюється на всі держави-члени Ради Європи, що ратифікували Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (надалі – Конвенцію), і включає в себе всі питання, які стосуються тлумачення і застосування Конвенції, включаючи міждержавні справи, справи окремих осіб або груп осіб. Конвенція набула чинності для України 11 вересня 1997 року. Унаслідок цього будь-яка особа або група осіб, які знаходяться під юрисдикцією України, отримали право звертатися до Суду зі скаргою (заявою), якщо всі національні засоби правового захисту були вичерпані. Українські судді неодноразово зверталися до ЄСПЛ з метою відновлення своїх порушених прав і свобод.

Необхідно зазначити, що основним стандартом Ради Європи, який регламентує охорону незалежності та недоторканності судової влади, є Конвенція. Судова незалежність, як передбачено в статті 6 § 1 Конвенції, виступає у ролі фундаментальної гарантії справедливого суду, важливої передумови для існування демократії та верховенства права, а також принципу, необхідного для розділення повноважень між трьома гілками влади у сучасній демократичній державі. Згідно Конвенції, «кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом» [1, ст. 6].

Визнаючи важливість верховенства права і демократії, Рада Європи завжди підтримувала незалежність судової влади. Серед найзначиміших документів, що стосуються принципів судової незалежності в Європі, передусім необхідно відмітити Велику хартію європейських суддів, тому що це – одна з останніх кодифікацій, що вводить нові аспекти судової незалежності. Згідно Великої хартії європейських суддів, метою правосуддя, на додаток до гарантування здійснення верховенства права, є належне виконання закону неупередженим, справедливим і ефективним способом [2, с. 67]. Судова незалежність повинна, передусім, гарантуватися з урахуванням інших законодавчих гарантій, інтересів осіб, що звертаються до суду, інтересів суддів і суспільства в цілому, за допомогою регламентації певних положень на законодавчому рівні. Держава і суддівське самоврядування відповідальні за гарантування і захист незалежності та недоторканності судової влади. Незалежність повинна гарантуватися в усіх аспектах судової діяльності шляхом забезпечення особливого порядку обрання суддів або їх призначення на посаду та звільнення з посади; забороною будь-якого

впливу на суддів; захистом їх професійних інтересів; особливим порядком притягнення до дисциплінарної відповідальності; забезпеченням державою особистої безпеки суддів та їхніх сімей; гарантуванням фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів, їх правового та соціального захисту; забороною суддям належати до політичних партій і профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, займатися за сумісництвом певними видами діяльності; притягненням до юридичної відповідальності винних осіб за неповагу до суддів і суду; суддівським самоврядуванням [3, п. 1.1].

Недоторканність суддів, яка виступає як основний елемент незалежності судової влади, повинна гарантуватися, перш за все, неможливістю їх арешту, притягнення до кримінальної відповідальності та застосування найсуворіших заходів адміністративної відповідальності без отримання згоди вповноважених на це органів державної влади [4, с. 12].

Окрім Конвенції і Великої хартії, прикладами важливих документів Ради Європи, що стосуються судової незалежності, є Рекомендації Ради Європи про судову незалежність Rec (2010) 12, а також Європейська хартія про статус суддів 1998 року.

Авторитет і довіра до міжнародного суду, як і до будь-якої іншої судової установи, залежать від незалежності і неупередженості його суддів. Міжнародні суди отримують свої владні повноваження і право вимоги дотримання судових рішень, перш за все, через їх незалежність. Європейський Суд з прав людини висловлює стурбованість щодо наступних, пов'язаних з його незалежністю, аспектів: порядку призначення і терміну повноважень суддів; права суддів на окрему думку; привілеїв і недоторканності суддів; зарплат і соціальних гарантій, зокрема пенсійного забезпечення суддів; автономії Суду від впливу Ради Європи [5]. На жаль, велика кількість проблем, з якими стикаються в міжнародних та наднаціональних юрисдикціях, таких як ЄСПЛ, притаманні також національним судовим органам по всій Європі. Прикладом цього виступає широке коло звернень до Суду від суддів країн–членів Ради Європи, щодо яких положення Конвенції у частині гарантування незалежності, недоторканності та безсторонності були порушені.

У цьому зв'язку пропонуємо розглянути деякі з прецедентів Суду, адже глибокий аналіз можливих порушень незалежності та недоторканності судової влади може допомогти запобіганню таким порушенням на території України.

Перш за все, необхідно звернути увагу на рішення Суду «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11 від 30.03.2011 р.). Заявник скаржився на порушення його прав, передбачених Конвенцією, під час процедури його звільнення з посади судді Верховного Суду [6]. За думкою Суду, справа Волкова висвітлила системні проблеми у функціонуванні української судової системи. Зокрема, встановлені у справі порушення вказують, що система суддівської дисципліни в Україні не організована належним чином, оскільки у ній не забезпечено достатню відокремленість судової влади від інших гілок державної влади. Більше того, вона не забезпечує гарантії від зловживання та неправомірного використання заходів дисциплінарної відповідальності для завдання шкоди незалежності суду, тоді як остання є однією з найважливіших цінностей, що покладені в основу ефективного функціонування демократичних держав. Суд зазначив, що

з характеру встановлених порушень випливає, що для належного виконання цього рішення держава–відповідач має вжити низку заходів загального характеру, спрямованих на реформування системи притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Ці заходи повинні включати законодавчу реформу, пов'язану з перебудовою інституційної основи цієї системи. Більше того, ці заходи повинні призвести до розвитку належних форм і принципів послідовного застосування національного права у цій сфері [6, п. 199].

Необхідно зазначити, що певні кроки щодо реформування системи притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності були прийняті. На окрему увагу заслуговує Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 року. У ньому існують певні недоліки, зокрема у пункті 3 частини 5 статті 126 закону закріплюється така підстава для звільнення судді, як вчинення істотного дисциплінарного проступку [7, ст. 126]. При цьому легального визначення поняття «істотний дисциплінарний проступок» у національному законодавстві на даний момент не існує, що дає простір для протиправного впливу на суддів. На нашу думку, дане законодавче положення суперечить практиці ЄСПЛ.

Відносно звільнення суддів у прецедентному праві Суду можна також виділити справу «Кудешкіна проти Росії» (заява № 29492/05 від 12.07.2005 р.). Заявник - російська суддя була звільнена зі своєї посади внаслідок її критичних заяв у ЗМІ про російську судову владу. У 2009 році Суд ухвалив, що її свобода висловлювання думки була порушена відповідно до статті 10 Конвенції. При розгляді даної справи було підняте принципове питання дотримання правильного балансу між необхідністю захисту авторитету судової влади, репутації та прав інших осіб з одного боку, та захисту права людини на свободу висловлювання власної думки з іншого боку. Зокрема, суддя Ковлер у своїй окремій думці зазначив, що судді повинні утримуватися від публічних заяв та коментарів, які можуть підірвати авторитет суду або висловити сумнів щодо його безсторонності [8]. Як правило, такі вимоги містяться у національних законах щодо статусу суддів та у правилах професійної етики суддів.

У цьому зв язку є цікавим рішення по справі «Бака проти Угорщини» (заява № 20261/12 від 14.03.2012 р.). У квітні 2010 року в Угорщині була прийнята програма конституційної реформи. Андраш Бака, який очолював у той час Верховний суд і Національну судову раду, висловив свою критичну точку зору на реформи, що стосуються судової влади. За рішенням Суду, при його звільненні були порушені стаття 6 § 1 та стаття 10 Конвенції [9]. Тому важливо у кожному окремому випадку критики суддею своїх колег або національної судової системи здійснювати ретельне дослідження всіх обставин справи.

Суд неодноразово стикався з ситуаціями, в яких судді були звинувачені в зловживанні владою, і навіть в скоєнні злочинів. Наприклад, у справі «Поп Блага проти Румунії» (заява № 37379/02 від 22.12.2002 р.) заявник, що обіймав посаду судді, був звинувачений в отриманні хабарів, як і у справі «Шувалов проти Естонії» (заява № 20261/12 від 30.03.2012 р.). Проте в даних випадках Суд повинен був прийняти рішення щодо процесуальних аспектів справ відносно цих суддів, таких, як завідомо незаконне вилучення доказів і порушення презумпції невинуватості, а також щодо умов затримання звинувачуваних суддів.

Якщо говорити про принцип недоторканності суддів, показовим виявляється випадок часткового зняття суддівського імунітету з судді ЄСПЛ Корнеліу Бірсана, який був суддею Суду з 1998 року (заява № 79917/13 від 16.04.2013 р.). Дружина судді Габріела, суддя Вищого апеляційного суду Румунії, підозрювалася у вчиненні корупційних правопорушень, зокрема у отриманні хабарів. Після обшуку, що був проведений у будинку подружжя в Румунії, було підняте питання відносно порушення імунітету судді ЄСПЛ. Президент Суду, у свою чергу, випустив звіт, в якому він вказав, що імунітет також гарантується членам сімей суддів і виразив своє занепокоєння тим, що Румунія не звернулася до ЄСПЛ з метою зняття недоторканності. Після отримання запиту від Румунії Суд на пленарному засіданні прийняв рішення про зняття суддівського імунітету лише відносно дружини судді, а не його самого, і виключно в обсязі, «безпосередньо необхідному для проведення розслідування» [10]. При цьому Суд постановив, що його рішення не має зворотної сили, а, отже, попередній обшук суперечить положенням Протоколу 6 Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи, адже позбавити суддів імунітету може тільки пленарне засідання Суду; воно не тільки має право, але й зобов'язане позбавити суддю імунітету в усіх випадках, коли, на його думку, імунітет перешкоджає відправленню правосуддя і коли він може бути скасований без шкоди для цілей, заради яких він був наданий [11, ст. 4]. Необхідно зазначити, що Корнеліу та Габріела Бірсан звернулися до ЄСПЛ зі скаргою, зокрема, щодо посягань на їх незалежність та недоторканність, але Суд не виявив у діях правоохоронних органів Румунії таких порушень, зокрема порушення статті 6 § 1 Конвенції [12].

Висновки. Принцип незалежності та недоторканності суддів гарантується як нормативними актами Ради Європи, так і прецедентним правом Суду. Якщо говорити про стандарти Ради Європи, то незалежність судової влади передбачена у Конвенції, Великій хартії європейських суддів, а також в інших документах даного органу. Суд під час здійснення правосуддя неодноразово звертався до вищевказаних нормативних актів. Необхідно зазначити, що ЄСПЛ повинен не лише подавати приклад своїм прецедентним правом, але також і охороняти свою власну незалежність шляхом виховання поваги суддів до принципів судової незалежності та недоторканності. У статті представлені деякі практичні приклади порушень принципів незалежності та недоторканності суддів у сьогоднішній Європі. Наразі дані принципи досить уразливі і потребують постійної уваги і контролю.

Таким чином, обрані Україною євроінтеграційні напрями розвитку країни дають підстави очікувати, що розвиток вітчизняного законодавства в сфері регламентації незалежності та недоторканності судді здійснюватиметься відповідно до існуючих міжнародних стандартів. При цьому важливо запобігти порушенням принципів незалежності та недоторканності, наприклад, таким, які були аналізовані вище.

Список літератури

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/995_004 (дата звернення: 10.06.2018).
2. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства: збірка документів. Київ, 2015. 708 с.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» від 15 груд. 1992 р. (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 груд. 2004 р. № 19-рп/2004 // Офіційний вісник України. 2004. № 49. С. 62–67.
4. Кутафин О. Е. Неприкосновенность в конституционном праве России / О. Е. Кутафин. М.: Юристъ, 2005. 407 с.
5. Opinion No. 1 (2001) of the CCJE «On standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges». URL: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf (дата звернення: 10.06.2018).
6. Рішення Європейського суду з прав людини від 09.01.2013 року у справі «Олександр Волков проти України» URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_947 (дата звернення: 10.06.2018).
7. Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 р. URL: http://zakon5.rada.gov. ua/ laws/ show/1401-19 (дата звернення: 10.06.2018).
8. Kudeshkina v. Russia, ECHR judgment No. 29492/05, 26 February 2009. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91501 (дата звернення: 10.06.2018).
9. Baka v. Hungary, ECHR judgment No. 20261/12 , 23 June 2016. URL: http: //hudoc.echr. coe.int/eng?i=001-163113 (дата звернення: 10.06.2018).
10. Statement by the President of the European Court of Human Rights, 19 October 2011: Press release. URL: http://www.luju.ro/static/files/ octombrie /19/Statement_by_the_President.pdf (дата звернення: 10.06.2018).
11. Шостий протокол до Генеральної угоди про привілеї та імунітети Ради Європи (ETS N 162) від 05.03.1996. URL: http://zakon3.rada. gov. ua /laws/show/994_104 (дата звернення: 10.06.2018).
12. Bîrsan v. Romania, ECHR judgment No. 79917/13, 26 April 2016 URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161236 (дата звернення: 10.06.2018).

Стаття надійшла до редакції 10.06.2018

Д. В. Колесник
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРИНЦИПЫ НЕЗАВИСИМОСТИ И НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ СУДЕЙ В ПРАКТИКЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Резюме

Статья посвящена исследованию практики Европейского Суда по правам человека по делам, которые касаются независимости и неприкосновенности судей. В статье раскрываются основные стандарты Совета Европы

в отношении судейской независимости и неприкосновенности, которыми руководствуется ЕСПЧ при вынесении решений по конкретным делам. Обращается внимание на европейский опыт обеспечения судейской независимости и иммунитета, а также на необходимость анализа возможных нарушений независимости и неприкосновенности судебной власти на территории Украины. Отдельное внимание уделено решению Европейского Суда по правам человека по делу «Александр Волков против Украины», поскольку оно указывает на конкретные проблемы в национальной судебной системе.

Ключевые слова: независимость судей, неприкосновенность судей, судейский иммунитет, Европейский Суд по правам человека.

D. V. Kolesnyk
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

PRINCIPLES OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND JUDICIAL IMMUNITY IN PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The article is dedicated to the research of practice of the European Court of Human Rights on separate cases, which touch independence and inviolability of judicial power. The structural elements of the judicial independence and judicial immunity are described in the article; legal positions of the Council of Europe documents as well as the case law of the European Court of Human Rights are analyzed. Attention is given to the European experience of providing of judicial independence and immunity, as also to the vulnerability of these principles in today's Europe. Necessity of analysis of possible abuses of independence and inviolability of judges in Ukraine is substantiated. Position, according to which independence of the judicial power is extraordinary needed in the democratic state, and existing of judge's immunity is considered to be one of the most important features of the rule-of-law state, is grounded in the article. Separate attention is paid to the decision of the European Court on Human Rights in case «Alexander Volkov v. Ukraine», in regard of the problems in the Ukrainian national judicial system.

Key words: independence of judges, judicial immunity, judge inviolability, European Court of Human Rights.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134156
УДК 341.6 : 341.9

Л. М. Дешко
доктор юридичних наук, доцент
Київський національний торговельно-економічний університет,
кафедра міжнародного публічного права, завідувач
вул. Кіото, 19, Київ, 02156, Україна

DE MINIMIS NON CURAT PRAETOR: КРИТЕРІЇ ВСТАНОВЛЕННЯ НАЯВНОСТІ АБО ВІДСУТНОСТІ ФІНАНСОВОЇ ШКОДИ ДЛЯ ЗАЯВНИКА

Стаття присвячена дослідженню запровадженої Протоколом №14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод умови прийнятності індивідуальної заяви Європейським судом з прав людини – суттєва шкода, одним з критеріїв встановлення наявності або відсутності якої є фінансова шкода. У статті виділено критерії встановлення наявності або відсутності фінансової шкоди для двох груп заявників до Європейського суду з прав людини в розумінні ст. 34 Конвенції – фізичних та юридичних осіб.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, умови прийнятності, de minimis non curat praetor, суттєва шкода, фінансова шкода для заявника.

Постановка проблеми. Використавши всі національні засоби юридичного захисту, будь-які особи, неурядові організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін порушення прав, викладених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) або протоколах до неї, мають право звернутися до Європейського суду з прав людини (далі – Суд) з індивідуальною заявою [1; 2].

Головним чином у світлі дедалі більшої завантаженості Європейського суду з прав людини та Комітету Міністрів Ради Європи, а також зважаючи, зокрема, на потребу забезпечити Суду можливість і далі відігравати свою провідну роль у захисті прав людини в Європі з метою збереження і покращення ефективності контрольної системи на тривалий період, зазнав змін міжнародно-правовий механізм доступу до Європейського суду з прав людини. Одним з елементів цього механізму є умови прийнятності індивідуальних заяв (Протокол №14 до Конвенції, Протокол №15 до Конвенції).

Згідно зі змінами, що вносяться до Конвенції Протоколом № 14 та Протоколом №15 (відкритий для підписання державами-учасницями Конвенції), Суд оголошує неприйнятною будь-яку індивідуальну заяву, подану згідно зі ст. 34 Конвенції, якщо він вважає, що заявник не зазнав суттєвої шкоди, якщо тільки повага до прав людини, гарантованих Конвенцією й протоколами до неї, не вимагає розгляду заяви по суті [3; 4]. Суду надано особливі повноваження щодо відхилення справ, які не піднімають важливих питань за Конвенцією. Ця ідея випливає з принципу «de minimis non curat praetor», який стосовно Європейського суду з прав людини означає,

що Суд із міркувань доцільності може не розглядати справи, які не дуже значимі з позиції захисту прав людини [5; 6].

Сьогодні хоча і не існує формальної ієрархії між декількома елементами пункту 3(b) статті 35, питання відсутності суттєвої шкоди є ключовим для нового критерію (рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шефер проти Росії», 2012 р. [7]). Одним із критеріїв встановлення наявності або відсутності суттєвої шкоди, якої зазнав заявник до Європейського суду з прав людини, як умови прийнятності індивідуальної заяви Європейським судом з прав людини є фінансова шкода для заявника [8].

Аналіз останніх досліджень та публікацій дозволяє стверджувати, що незважаючи на значну кількість фундаментальних наукових праць вітчизняних та закордонних вчених, присвячених умовам прийнятності індивідуальних заяв до Європейського суду з прав людини (М. Антонович, Т. Анцупова, М. Баймуратов, М. Бурменський, В. Буткевич, Р. Валєєв, С. Василенко, Д. Гом'єн, М. Ентін, В. Карташкін, Г. Летсас, В. Мицик, Н. Моул, В. Муравйов, Н. Севостьянова, С. Шевчук, Ю. Шемшученко та ін.), комплексні наукові дослідження умови прийнятності, що була запроваджена Протоколом №14 до Конвенції, відсутні. Не дослідженими в юридичній літературі є і структурні елементи суттєвої шкоди, зокрема – фінансова шкода.

Із огляду на викладене, обрана тема дослідження є актуальною, теоретично і практично назрілою.

Мета статті – виділити критерії встановлення наявності або відсутності фінансової шкоди для фізичних і юридичних осіб – заявників до Європейського суду з прав людини в розумінні ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як структурного елемента суттєвої шкоди.

Виклад основного матеріалу. Фінансову шкоду, яку зазнав заявник до Європейського суду з прав людини, складають у сукупності матеріальна шкода та моральна шкода [9]. Оскільки, відповідно до ст. 34 Конвенції, звертатися з індивідуальними заявами до Європейського суду з прав людини мають фізичні та юридичні особи, виявимо критерії встановлення наявності або відсутності фінансової шкоди для групи заявників – фізичних осіб та для групи заявників – юридичних осіб.

А. Цибуляк-Кустевич, посилаючись на науково-дослідницький звіт Європейського суду з прав людини щодо дворічної судової практики застосування нового критерію допустимості та рішення Європейського суду з прав людини у справі «Хворостяной та інші проти України» від 25 липня 2013 р., висновує, що фінансова шкода, якої зазнав заявник, має становити щонайменше 500 євро [10].

Департамент Юрисконсульта Європейського суду з прав людини у четвертому виданні практичного посібника щодо прийнятності заяв акцентує увагу на тому, що в багатьох випадках суттєвість шкоди визначається з огляду на фінансові виміри питання, що розглядається, та важливість справи для заявника [11]. Фінансовий вимір оцінюється з точки зору матеріальної і моральної шкоди. При цьому в своїх рішеннях Європейський суд з прав людини наголошує, що фінансова шкода для заявника має бути визначальною для оцінки справжньої значущості справи.

Так, у рішенні в справі «Кіусі проти Греції» Суд постановив, що сума в 1000 євро, якої заявник вимагав за моральну шкоду, не була визначальною для оцінки справжньої значущості справи для заявника. Це пояснюється

тим фактом, що заявники часто самостійно оцінюють розмір моральної шкоди, виходячи з власних припущень щодо відповідної суми [12].

Якщо йдеться про незначну фінансову шкоду, Суд зробив висновок про відсутність «суттєвої шкоди» в таких справах, де відповідні суми були меншими або не перевищували 500 євро: провадження, де оскаржувана сума дорівнювала 90 євро («Іонеску проти Румунії); справа, в якій мова йшла про несплату органами держави–відповідача суми, що була менше 1 євро («Корольов проти Росії»); справа, в якій органами влади не було сплачено заявникові суму, що становить приблизно 12 євро («Васильченко проти Росії»); невідшкодування 125 євро («Стефанеску проти Румунії»); несплата державою заявникові 12 євро («Федотов проти Молдови»); несплата державою заявникові 107 євро плюс 121 євро за видатки, тобто всього 228 євро («Буров проти Молдови»); справа, в якій Суд визначив, що сума матеріальної шкоди складає 504 євро («Кіусі проти Греції»); справа, в якій початкове звернення заявника про повернення йому адвокатом 99 євро було долучене до сплати йому суми, еквівалентної 1 515 євро, за тривалість провадження по суті («Гавелка проти Чеської Республіки»); виконання рішення, за яким надавалася сума в розмірі 34 євро («Шефер проти Росії»). У рішенні «Гавелка проти Чеської Республіки» Суд узяв до уваги той факт, що хоча сума в 1 515 євро, власне кажучи, не являла адекватного й достатнього відшкодування за судовою практикою Суду, вона не настільки відрізнялася від наданого справедливого відшкодування, щоб заявник міг зазнати серйозної шкоди [11].

І навпаки, якщо Суд вважає, що заявник зазнав суттєвої фінансової шкоди, він може відмовитись від цього критерію. Прикладами є рішення ЄСПЛ у справі «Гагліоне та інші проти Італії», «Джусті проти Італії», «Де Іесо проти Італії», «Ріętka проти Польщі» та ін.

У справі «Фернандез проти Франції» Суд зазначає, що він усвідомлює, що наслідки матеріальної шкоди не повинні вимірюватись абстрактно, адже навіть незначна фінансова втрата може бути суттєвою з огляду на конкретний стан особи й економічну ситуацію в країні чи регіоні, де вона проживає. У справі «Гюран проти Румунії» Суд визнав суму в 350 євро значною, оскільки середній розмір пенсії в Румунії на той час становив 50 євро [13].

Є низка справ, під час розгляду яких Суд визнав суттєвою фінансову шкоду, яка становила менше 100 євро. Приклад цьому – рішення Суду у справі «Будченко проти України» [14].

Таким чином, оцінка фінансової шкоди, якої зазнав заявник, не має проводитись абстрактно та оцінюватися з огляду на те, чи дорівнює або перевищує вона 500 євро. Жодним рішенням Європейського суду з прав людини не встановлено фіксований розмір фінансової шкоди, спричиненої заявникові, яка визнавалася б Судом суттєвою.

Відповідно, оцінка фінансової шкоди, якої зазнав заявник, проводиться як оцінка в сукупності матеріальної шкоди з огляду на конкретний фінансовий стан особи та економічну ситуацію в країні чи регіоні, де заявник проживає, і моральної шкоди з огляду на значущість впливу, який вона мала на заявника [15].

Фінансову шкоду для заявника-юридичної особи Європейський суд з прав людини також оцінював як сукупність матеріальної шкоди та моральної шкоди. На підставі аналізу рішень Суду виявимо критерії оцінки їх наявності або відсутності.

У справі «East/West Alliance Limited» проти України» заявник – ірландське підприємство «East/West Alliance Ltd», що знаходиться у м. Дубліні, із представництвом в Україні (далі – підприємство-заявник), обґрунтовуючи суттєвість завданої шкоди, оцінювало завдану йому матеріальну шкоду у сумі 165915960 доларів США, моральну – 10000 доларів США [16].

По-перше, підприємство-заявник до суми матеріальної шкоди включило суму, еквівалентну ринковій вартості чотирнадцяти літаків на момент подачі індивідуальної заяви до Європейського суду з прав людини, подібних до тих, яких воно було позбавлено. Оскільки літаки Ан-28 більше не випускались, підприємство-заявник наводило ринкову вартість літаків M28 «Skytruck», що виробляються польською компанією «PZL Mielec» як модифікація Ан-28, що виготовлявся за ліцензією ДП «Антонов». Шість нових літаків M28 «Skytruck» на час звернення з індивідуальною заявою до Європейського суду з прав людини можна було придбати за 48000000 доларів США. Літаки Л-410 продовжують випускатися чеським виробником «LET Airplane Industries». Тодішня ринкова вартість восьми нових літаків становила 44000000 доларів США [16].

По-друге, підприємство-заявник вимагало відшкодування втраченого прибутку. У зв'язку з цим воно посилалось на прибутки, які воно могло отримати на підставі договорів лізингу. Згідно з його підрахунком, сума цих прибутків із урахуванням інфляції становить 60464552 доларів США [16].

По-третє, підприємство-заявник доводило, що воно могло покласти вищезазначений прибуток від договору лізингу на банківський рахунок із середнім річним відсотком 3,8 %. Унаслідок цього воно могло заробити 13383543 доларів США [16].

Насамкінець, підприємство-заявник вимагало за цим пунктом відшкодування витрат, понесених за договором про охорону шести літаків Ан-28, які становили 67865 доларів США (п. 232-237 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «East/West Alliance Limited» проти України») [16].

Аналіз справи свідчить, що до матеріальної шкоди заявник включав: 1) відшкодування, еквівалентне теперішній ринковій вартості чотирнадцяти літаків, подібних до тих, яких воно було позбавлено; 2) утрачений прибуток; 3) вищезазначений прибуток від договору лізингу на банківський рахунок із середнім річним відсотком 3,8 %; 4) витрати, понесені за договором від 4 червня 2003 року про охорону шести літаків Ан-28.

Уряд заперечив вищезазначені вимоги і доводив, що право власності підприємства-заявника на відповідні літаки було підтверджене національними судами та що державні органи вживали всіх можливих заходів для виконання зазначених судових рішень та повернення літаків підприємству-заявнику. Відповідно, підприємство–заявник включає до розрахунку подвійну плату. Уряд вказував також, що літаки, про які йдеться, не були новими, коли державні органи, як стверджувалося, втрутились у право власності підприємства–заявника. Отже, Уряд вважав розрахунок матеріальної шкоди, здійснений підприємством–заявником щодо відшкодування вартості нових літаків, необґрунтованим [16].

Уряд також стверджував, що вимога підприємства–заявника стосовно втрати прибутків є необґрунтованою. Щодо договору з компанією «АТІ» про лізинг літаків Л-410 від 18 серпня 2000 року Уряд зазначив, що «АТІ» виявилась нездатною дотриматися умов подібного договору стосовно літа-

ків Ан-28. Відповідно немає підстав вважати, що вона належним чином дотримувалась би договору від 18 серпня 2000 року. Щодо посилань підприємства-заявника на договір про лізинг шести літаків Ан-28 від 20 серпня 2001 року Уряд зазначив, що воно взагалі не мало права укладати зазначений договір, оскільки у той час літаки утримувалися державними органами після їхнього вилучення 30 березня 2001 року. Уряд також стверджував про безпідставність та спекулятивність доводу підприємства-заявника стосовно потенційного депозиту грошових коштів на банківському рахунку. Що стосується відшкодування вартості договору про охорону, Уряд зазначив, що на той час літаки перебували під контролем державних органів. Отже, у підприємства-заявника не було жодної потреби та сенсу укладати окремий договір про їхню охорону (п. 38–42 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «East/West Alliance Limited» проти України») [16].

Європейський Суд з прав людини зазначив, що він має певну свободу у здійсненні своїх повноважень, що надані йому Конвенцією, що підтверджується у тексті прикметником «справедливий» та словосполученням «у разі необхідності» (рішення від 6 листопада 1980 року у справі «Гуццарді проти Італії», п. 114, Series A N39 [17]). Суд ураховує специфічні особливості кожної справи, з огляду на які він може дійти висновку, що сума має бути меншою, ніж вартість фактичної шкоди чи понесених витрат. У зв'язку з цим Суд повторив, що у справах про позбавлення майна державою відмінність між «законним» і «незаконним» позбавленням майна є надзвичайно суттєвою для оцінки суттєвості шкоди та розрахунку матеріальної шкоди (рішення у справі «Україна-Тюмень» проти України, заява N 22603/02, п. 22 [18]).

Заявник повинен продемонструвати існування причинно-наслідкового зв'язку між порушенням та будь-якою стверджуваною фінансовою втратою (рішення у справі «Druzstevni zalozna pria» та інші проти Чеської Республіки», п. 9 [19]).

Європейський суд з прав людини звернув увагу на ту обставину, що іноді точний підрахунок суми шкоди, якої зазнав заявник, може бути неможливим у зв'язку із невизначеним за своєю природою характером шкоди, що випливає з порушення.

Що ж до моральної шкоди юридичних осіб, то вона розраховується на засадах справедливості, оскільки її точний підрахунок є неможливим [20]. Зазнана моральна шкода може включати аспекти, які більшою або меншою мірою є «об'єктивними» або «суб'єктивними». Аспекти, які можна враховувати, включають репутацію підприємства, невизначеність при прийнятті рішень, проблеми в керуванні підприємством (для якого не існує точного методу підрахунку наслідків) та, насамкінець, хоча й меншою мірою, тривогу та незручності, завдані керівництву (§35 рішення у справі «Comingersoll S. A.» проти Португалії», 2000 р.). Якщо один або більше з аспектів шкоди не можуть бути точно визначені, Суд може вирішити здійснити загальну оцінку на засадах справедливості (§80 і §93 рішення у справі «Агрокомплекс проти України» від 25 липня 2013 р.).

Наприклад, у справі «East/West Alliance Limited» проти України» Суд зауважив, що порушення, які він констатував у цій справі, вочевидь: 1) створили перешкоди в роботі підприємства-заявника; 2) спричинили тривалу невизначеність в його господарській діяльності; 3) вочевидь викликали відчуття безпорадності та розчарування у його керівників. У світ-

лі вищезазначених міркувань та з огляду на всі наявні матеріали Суд виніс рішення на засадах справедливості та присудив підприємству-заявнику сукупну суму 5000000 євро.

У рішенні у справі «ТОВ «Полімерконтейнер» проти України» від 24 листопада 2016 р. Суд акцентує увагу, що немайнова шкода, завдана таким компаніям, може включати в себе «об'єктивні» або «суб'єктивні» аспекти. Але Судом приймаються до уваги такі з них: 1) репутація компанії; 2) невизначеність в плануванні; 3) перебої в управлінні компанією (для якого не існує точного методу розрахунку наслідків); 4) неприємності та незручності для членів менеджменту.

Висновки:

1. Суттєвість шкоди, яка була завдана заявнику до Європейського суду з прав людини – фізичній або юридичній особі – в результаті порушення однією з Високих Договірних Сторін прав, викладених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, визначається з огляду на фінансову шкоду, завдану заявнику та інші критерії оцінки наявності або відсутності суттєвої шкоди у сукупності. Жодним рішенням Європейського суду з прав людини не встановлено фіксований розмір фінансової шкоди, спричиненої заявникові, яка визнавалася б Судом суттєвою.

2. Фінансова шкода оцінюється як сукупність матеріальної та моральної шкоди, якої зазнав заявник. Установлено, що сума, якої заявник вимагає за спричинену моральну шкоду, має бути визначальною не сама по собі, а для оцінки справжньої значущості справи для заявника вцілому.

Акцентовано увагу, що наслідки матеріальної шкоди не вимірюються абстрактно. При встановлення наявності або відсутності фінансової шкоди для фізичних і юридичних осіб – заявників до Європейського суду з прав людини в розумінні ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ураховується конкретний стан заявника та економічна ситуація в країні чи регіоні, де він зазнав порушення державою-учасницею Конвенції гарантованих нею прав і свобод.

3. Виділено критерії встановлення наявності або відсутності матеріальної шкоди, завданої юридичній особі: 1) вартість утраченого, пошкодженого або знищеного майна; 2) додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо); 3) неодержаний прибуток (утрачена вигода), на який заявник мав право розраховувати.

Виділено критерії встановлення наявності або відсутності моральної шкоди, завданої юридичній особі, яка розраховується на засадах справедливості з урахуванням таких обставин: 1) завдана репутації шкода; 2) невизначеність при прийнятті рішень (невизначеність у плануванні діяльності); 3) проблеми в керуванні; 4) тривога та незручності, завдані керівництву суб'єкта підприємництва.

Для розрахунку наслідків спричиненої юридичній особі моральної шкоди не існує точного методу розрахунку.

Список літератури

1. Конвенція про захист прав людини і основних свобод від 4 жовтня 1950 р. // Офіційний Вісник України. 1998. №13. С.270–302.
2. Дешко Л. М. Конституційне право на звернення до міжнародних судових установ та міжнародних організацій: монографія / Л. М. Дешко. Ужгород, 2016. 486 с.
3. Протокол №14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який змінює контрольну систему Конвенції, від 13 травня 2004 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_527 (дата звернення: 12.06.2018).
4. Протокол № 15 про внесення змін до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 24 червня 2013 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_001-13/paran2#n2 (дата звернення: 12.06.2018).
5. Пантелеева К. Претор не занимается мелочами, или новый критерий приемлемости жалоб в Европейский Суд по правам человека // Актуальные проблемы российского права. 2015. №3 (52). С. 143–144.
6. Дешко Л. Конституційне право кожного звертатися за захистом своїх прав і свобод до Європейського суду з прав людини: критерії de minimis / Л. М. Дешко // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2016. № 3. С. 58–61.
7. Shefer v. Russia. 13 March, 2012. URL: www.hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«\»SHEFER v.RUSSIA\»»], «sort»: [«kpdate Descending»], «documentcollectionid2» : [«DECISIONS»], «itemid»: [«001-109895»]} (дата звернення: 12.06.2018).
8. Дешко Л. М. Умови прийнятності індивідуальних заяв до Європейського Суду з прав людини / Міжнародне право: монографія / Під ред. Г. О. Анцелевича. К.: КНТЕУ, 2017. С. 151–178.
9. Deshko L. The reasons and motives for national court's decision: the practice of the European Court of Human Rights and national courts / L.N. Deshko // TEISE. 2016. №99. P. 186–193.
10. Цибуляк-Кустевич А. Доцільність створення міжнародного мирового суду // Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014. №10-2. С. 193-194.
11. Практичний посібник щодо прийнятності заяв. URL: http://www.echr.coe.int/Documents /Admissibility_guide_UKR.pdf (дата звернення: 12.06.2018).
12. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Кіусі проти Греції». URL: http://www.echr.coe.int/Documents /Admissibility_guide_UKR.pdf. (дата звернення: 12.06.2018).
13. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Гюран проти Румунії». URL: http://www.echr.coe.int/Documents /Admissibility_ guide_UKR.pdf. (дата звернення: 12.06.2018).
14. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Будченко проти України». URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20BUDCHENKO %20v.%20UKRAINE\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-142517%22]} (дата звернення: 12.06.2018).
15. Гуржій Т. О. Предмет адміністративного делікту / Т. О. Гуржій // Право України. 2006. № 7. С. 25–27.
16. Case of East/West Alliance Limited v. Ukraine. URL: www.hudoc.echr.coe.int/eng#{«appno»:[«19336/04»],»itemid»:[«001-140029»]} (дата звернення: 12.06.2018).
17. Case of Guzzardi v. Italy. URL: https://hudoc.echr.coe.int/ eng#%22fulltext%22:[%22Guzzardi%20v.Italy%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57498%22]} (дата звернення: 12.06.2018).
18. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Україна-Тюмень» проти України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_596. (дата звернення: 12.06.2018).

19. Case of DRUŽSTEVNÍ ZÁLOŽNA PRIA and others v. the Czech Republic. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22: [%2272034/01%22], %22itemid%22: [%22001-87882%22]} (дата звернення: 12.06.2018).
20. Гуржій Т. О. Перспективи розвитку адміністративно-деліктного законодавства / Т. О. Гуржій // Адміністративне право і процес. 2014. № 3. С. 156–158.

Стаття надійшла до редакції 15.06.2018

Л. Н. Дешко
Киевский национальный торгово-экономический университет,
кафедра международного публичного права
ул. Киото, 19, Киев, 02156, Украина.

DE MINIMIS NON CURAT PRAETOR: КРИТЕРИИ УСТАНОВЛЕНИЯ НАЛИЧИЯ ИЛИ ОТСУТСТВИЯ ФИНАНСОВОГО ВРЕДА ДЛЯ ЗАЯВИТЕЛЯ

Резюме

Статья посвящена исследованию введенному Протоколом №14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод условию приемлемости индивидуальной жалобы Европейским судом по правам человека – существенный вред, одним из критериев установления наличия или отсутствия которого является финансовый ущерб. В статье выделены критерии установления наличия или отсутствия финансового ущерба для двух групп заявителей в Европейский суд по правам человека в понимании ст. 34 Конвенции – физических и юридических лиц.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, условия приемлемости, de minimis non curat praetor, существенный вред, финансовый ущерб для заявителя.

L. M. Deshko
Kyiv National University of Trade and Economics,
The Department of International Public Law
Kyoto str., 19, Kyiv, 02156, Ukraine

DE MINIMIS NON SURATE PRAERTOR: CRITERIA FOR THE SETTING OF THE AVAILABILITY OR ABSENCE OF THE FINANCIAL HARM FOR THE APPLICANT

Summary

The article is devoted to the analysis of the application of the Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the conditions for the admissibility of an individual application by the European Court of Human Rights – significant disadvantage, one of the criteria for establishing whether or not there is financial harm. The article highlights the criteria for establishing the presence or absence of financial harm for the two groups of applicants to the European Court of Human Rights in the meaning of Art. 34 of the Convention – persons and legal persons.

Key words: The European Court of Human Rights, an individual application, admissibility conditions, de minimis non curat praetor, significant disadvantage, financial damages for the applicant.

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134182
УДК 347.973:347.994

В. В. Сліпенюк
помічник судді Малиновського районного суду м. Одеси, аспірант
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ВИКОРИСТАННЯ В СУДОЧИНСТВІ РІДНОЇ МОВИ АБО МОВИ, ЯКУ ОСОБА РОЗУМІЄ

У статті досліджуються сутність та зміст права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє,визначено його поняття, а також сучасний стан джерел права, що закріплюють та гарантують це право, шляхом аналізу чинних міжнародних договорів та національних нормативно-правових актів. Автором стверджується, що сьогодні в нашій державі наявна законодавча прогалина в регулюванні мовних відносин, що негативно впливає на якість відправлення правосуддя. У статті містяться пропозиції щодо ефективного вирішення вищезазначеної проблеми.

Ключові слова: правове забезпечення, рідна мова, мова, яку особа розуміє, судочинство, мова судочинства.

Постановка проблеми. Фундаментом для існування та розвитку України як правової держави є дієва та справедлива система правосуддя, основою для діяльності якої є дотримання всіх прав, що визначені законодавством, зокрема і права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє. Указане право є ключовим у випадку участі у судочинстві особи, яка не розуміє його мову, оскільки воно надає змогу особі реалізовувати інші, передбачені законодавством права та сприяє дотриманню основних засад здійснення правосуддя, насамперед рівності та змагальності.

Із огляду на всю важливість права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві, особливу увагу слід приділити його правовому забезпеченню, що відображено в міжнародних договорах та національних нормативно-правових актах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві було здійснено в працях таких учених як І. А. Балюк, Ж. В. Васильєва-Шаламова, Т. М. Кузик, О. П. Кучинська, Р. М. Савчук та ін. Однак теоретичні напрацювання цих учених в основному були зосереджені на висвітленні проблем участі перекладача в судочинстві як гарантії забезпечення засади мови судочинства, тоді як питання правового забезпечення права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві залишається поза увагою науковців, що і зумовлює актуальність дослідження.

Метою статті є аналіз міжнародних договорів та нормативно-правових актів України на предмет закріплення та гарантування права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Перш за все, досліджуючи нормативно-правову основу права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві варто визначити зміст та сутність цього права.

Серед мовознавців вироблено три підходи до розуміння поняття «рідна мова». Так, відповідно до першого підходу, під нею розуміється мова нації, мова предків, що поєднує людину з її народом, із попередніми поколіннями, їхнім духовними надбаннями [24, с. 121]. Другий підхід ототожнює рідну мову з мовою, на якій людина мислить без додаткового самоконтролю, за допомогою якої легко та природно висловлює свої думки в усній і письмовій формі, тобто є основною або функціонально першою мовою [23, с. 46]. Натомість, згідно третього підходу, який, на нашу думку, є найточнішим, рідна мова – це мова, яку людина засвоює з раннього дитинства без спеціального навчання, перебуваючи у відповідному мовному середовищі (перша мова) [22, с. 35].

Що ж стосується мови, яку особа розуміє, то, відповідно до «Словника української мови», нею є мова, яку особа може правильно сприймати та відтворювати в усному або письмовому вигляді [26, с. 674].

З огляду на вищезазначені положення, право на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, – це передбачена міжнародними договорами та національними нормативно-правовими актами можливість особи, яка не розуміє мову судочинства, використовувати для участі в ньому мову, яку вона засвоїла без спеціального навчання, перебуваючи у відповідному мовному середовищі, або мову, яку вона може правильно сприймати та відтворювати для забезпечення своїх прав та інтересів, а також виконання обов'язків, передбачених процесуальним законодавством.

Як уже відзначалося, використання досліджуваного права надає можливість забезпечити рівні та належні умови для учасників судового процесу, що в свою чергу позитивним чином впливає на реалізацію останніми інших прав та свобод, а також основних засад судочинства. Усвідомлення суспільної значимості права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, стало причиною для його закріплення в низці міжнародних договорів та вітчизняних нормативно-правових актів.

Серед числа відомих та досить вагомих міжнародних джерел закріплення фундаментальних прав та свобод людини і громадянина, зокрема й досліджуваного права, є Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. Так, кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, без будь-якої різниці у відношенні раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, майнового, станового або іншого положення [1, ст. 2]. Крім того, кожна людина для визначення її прав і обов'язків і для встановлення обґрунтованості пред'явленого їй кримінального звинувачення, має право, на основі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута прилюдно і з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і безстороннім судом [1, ст. 10]. Із аналізу вищезазначених положень випливає, що вищезазначений міжнародний договір визначив право особи на здійснення судочинства на основі рівності, у тому числі й мовної, тобто закріпив право на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє.

Досліджуване право регулюється також Міжнародним пактом про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року. Зокрема, кожен має

право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення; користуватися безоплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використовуваної в суді, або не говорить цією мовою [2, ст. 14]. Також доволі опосередковано досліджуване право охоплює стаття 27 вищезазначеного міжнародно-правового договору, яка вказує, що у тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншості, особам, які належать до таких меншостей, не може бути відмовлено в праві разом із іншими членами тієї ж групи користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою [2, ст. 27].

Важливим документом, який заслуговує на увагу у контексті дослідження правового забезпечення права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. Частина 2 статті 5 Конвенції відзначає, що кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього [3, ст. 5]. Крім того, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього [3, ст. 6].

Аналізуючи вищевказані міжнародні договори, можна дійти висновку, що вони закріплюють та гарантують право на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, лише під час здійснення судочинства в кримінальних справах й лише щодо підозрюваної чи обвинуваченої особи, натомість не наводять відповідних положень для інших видів та учасників судочинства, що є негативним моментом, оскільки таким чином досліджуване право значно звужується, що є неприпустимим для здійснення справедливого та законного судового розгляду.

Досліджуючи право на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, доцільно також звернути увагу на міжнародний договір, який регламентує використання регіональної мови або мови меншин, що, як правило, є відмінною для мови судочинства, а для окремої категорії населення - є рідною або такою, яку особа розуміє. Так, Європейська хартія регіональних мов або мов меншин від 5 листопада 1992 року містить зобов'язання сторін належно забезпечувати здійснення правосуддя в судових округах, де значна чисельність мешканців, що вживають регіональні мови або мови меншин при розгляді кримінальних, цивільних та адміністративних справ шляхом здійснення провадження регіональними мовами або мовами меншин, гарантування та дозволу користуватися ними, а також подання документів і доказів із залученням усних і письмових перекладачів без додаткових витрат для зацікавлених осіб у разі необхідності [4, ст. 9].

Крім того, сторони вказаної Хартії (зокрема, – і Україна) зобов'язались:

a) не заперечувати дійсність юридичних документів, складених в межах держави, виключно на тій підставі, що вони сформульовані регіональною мовою або мовою меншини;

b) не заперечувати дійсність для сторін процесу юридичних документів, складених в межах країни, виключно на тій підставі, що вони сформульовані регіональною мовою або мовою меншини, а також передбачити

можливість їхнього використання проти зацікавлених третіх сторін, які не вживають цих мов, якщо зміст документа повідомляється їм особою (особами), яка посилається на нього;

с) не заперечувати дійсність для сторін процесу юридичних документів, складених в межах країни, виключно на тій підставі, що вони сформульовані регіональною мовою або мовою меншини [4, ст. 9].

У процесі дослідження міжнародних договорів, що закріплюють право особи на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві, варто звернути увагу й на рекомендації Ради Європи. Зокрема, пункт 6 частини В «Спрощення» Додатку до Рекомендації № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя від 14 травня 1981 року вказує, що якщо одна зі сторін недостатньо володіє мовою, на якій здійснюється провадження, державі належить приділити особливу увагу питанню усного і письмового перекладу і забезпечити, щоб особи, які знаходяться у фінансовій скруті, не опинялися в несприятливому становищі з точки зору доступу до суду або участі в судовому процесі через неспроможність говорити мовою, яка вживається в суді, чи розуміти її [5].

Також пункт 6.2. Додатку до Рекомендації Rec (2006) 8 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо допомоги потерпілим від злочинів від 14 червня 2006 року вказує, що інформація, яка стосується справи та є необхідною для захисту інтересів та прав, має надаватись щойно потерпіла особа вступає у зв'язок з органами охорони правопорядку або кримінального правосуддя чи службами соціальної опіки або медичної допомоги. Вона має бути їй повідомлена усно, а також письмово та, за можливістю, мовою, зрозумілою потерпілій особі [6].

Таким чином, аналізуючи вказані положення, можна дійти висновку, що Рада Європи виробила Рекомендації, які певним чином усувають прогалини забезпечення права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, створивши передумови для її використання не лише у кримінальному провадженні, ай в інших видах судочинства для всіх його учасників.

Важливо звернути увагу й на той факт, що при Раді Європи здійснює свою діяльність Консультативна рада європейських суддів, яка надає рекомендації та готує відповідні висновки для забезпечення реалізації вказаного права. Так, у Висновку №9 (2006) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі національних суддів у забезпеченні ефективного застосування міжнародного та європейського права від 8-10 листопада 2006 року вказується, що у сферах підготовки суддів із питань міжнародного та європейського права, доступу суддів до відповідної інформації, курсів іноземних мов та забезпечення перекладу Консультативна рада європейських суддів рекомендує наявність у судах якісних служб усного та письмового перекладу, що повинні фінансуватись окремо від звичайних витрат на функціонування, а також опановування суддями іноземних мов [7]. Також у Пояснювальній записці до Висновку №4 (2009) Консультативної ради європейських прокурорів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо взаємовідносин між суддями та прокурорами у демократичному суспільстві від 18 листопада 2009 року вказується, що саме прокурор, який отримує звіти слідчих, і суддя, який розглядає обвинувачення та зібрані докази, мають гарантувати, щоб кожен

обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення був, зокрема, негайно і докладно проінформований зрозумілою йому мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього [8].

Що ж стосується національного виміру нормативно-правового регулювання права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, то варто зазначити, що в Україні сформовано систему законодавчих актів, які регулюють здійснення судочинства, у тому числі і закріплюють право на використання в ньому рідної мови або мови, яку особа розуміє.

Важливе місце серед указаної системи займає Конституція України від 28 червня 1996 року. Однак Основний Закон визначає досліджуване право доволі опосередковано. Так, громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками [9, ст. 10]. Крім того, Конституцією України встановлюється рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом як одна із засад здійснення судочинства [9, ст. 129]. Таким чином, з аналізу вказаних положень можна дійти висновку, що всі особи при здійсненні судочинства мають право на використання в ньому рідної мови або мови, яку вони розуміють.

Розглядаючи правове забезпечення права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, варто звернути увагу на нормативно-правові акти, що регулюють мовну політику в Україні як основу для використання рідної або мови, яку особа розуміє, в судочинстві.

Відповідно до Основного Закону застосування мов в Україні гарантується Конституцією України та визначається законом [9, ст. 10]. Для реалізації даної норми 3 липня 2012 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про засади державної мовної політики» [14], який 28 лютого 2018 року рішенням Конституційного Суду України був визнаний неконституційним у зв'язку з порушенням процедури його прийняття [21].

Разом із тим, не дивлячись на процесуальні недоліки, вказаний нормативно-правовий акт містив низку суперечливих положень, зокрема й щодо мови судочинства. Так, неконституційний закон зазначав, що у цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справах судочинство здійснюється державною мовою. У межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам частини третьої статті 8 цього Закону, за згодою сторін суди можуть здійснювати провадження цією регіональною мовою (мовами) [14, ст. 14]. Однак, забезпечуючи права носіїв регіональної мови, дане положення створювало можливість обмеження прав інших осіб, оскільки законодавцем не було повністю враховані обставини використання мови під час апеляційного та касаційного оскарження судового рішення. Так, судді при розгляді апеляційної чи касаційної скарги географічно поза межами дії регіональної мови та не володіючи даною регіональною мовою, в деяких випадках були позбавлені можливості повного дослідження обставин справи, зокрема й звукозапису судових засідань (у випадку їх проведення регіональною мовою в суді першої інстанції) [25, с. 22-23].

Крім того, вищезазначеним законом зазначалося, що в межах території, на якій поширена регіональна мова, держава гарантує можливість здійс-

нювати судове провадження цією регіональною мовою (мовами). Необхідність забезпечення такої гарантії має враховуватись при доборі суддівських кадрів. Однак, вимоги щодо володіння кандидатом на посаду судді регіональною мовою відверто суперечать нормам Конституції України [9, ст. 127] та Закону України «Про судоустрій та статус суддів» [17, ст. 69] й можуть бути розцінені як обмеження в доступі до професії судді за мовними ознаками [25, с. 23].

Отже, сьогодні в Україні наявна законодавча прогалина в регулюванні мовних відносин, що негативно впливає на якість відправлення правосуддя та на реалізацію права особи на використання в ньому рідної мови або мови, яку особа розуміє. Вищезазначена проблема потребує негайного вирішення, зокрема, - і шляхом прийняття нового нормативно-правового акту у сфері мовних відносин, який би враховував повною мірою недоліки попереднього «мовного закону».

При дослідженні вітчизняного законодавства на предмет закріплення та гарантування права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, слід звернути увагу й на Закон України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» від 15 травня 2003 року, який визначає зобов'язання України щодо використання регіональних мов або мов меншин у різних сферах, зокрема і при здійсненні судочинства. Із аналізу вищезазначеного Закону, можна дійти висновку, що положення Європейської хартії регіональних мов або мов меншин щодо здійснення судочинства поширюються в Україні доволі обмежено та лише щодо білоруської, болгарської, гагаузької, грецької, єврейської, кримськотатарської, молдавської, німецької, польської, російської, румунської, словацької та угорської мов, оскільки дозволяється лише подати документи і докази регіональними мовами або мовами меншин [16, ст. 4], що фактично є обмеженням права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє.

Питання законодавчого закріплення права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, знаходить своє відображення також в інших нормативно-правових актах, зокрема й у сфері здійснення правосуддя. Яскравим прикладом цьому є Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від 02 червня 2016 року, яким визначено, що правосуддя в Україні здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак[17, ст. 9]. Крім того, врегулюванню права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, присвячена окрема стаття вказаного нормативно-правового акту: «Судочинство і діловодство в судах України проводяться державною мовою. Суди забезпечують рівність прав громадян у судовому процесі за мовною ознакою та використовують державну мову в процесі судочинства, гарантуючи при цьому право громадян на використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють»[17, ст. 12].

Більш детально вказана норма розкрита в спеціальних нормативно-правових актах, які визначають особливості здійснення окремих видів судочинства. Так, положення статті 10 Кримінального процесуального кодексу України від13 квітня 2012 року [12], статті 8, частини 2 статті 15 Кодексу адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року [11],

статті 6, частини 2 статті 9 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року [13], статті 7, частини 2 статті 10 Господарського процесуального кодексу України від06 листопада 1991року [10] передбачають, що при здійсненні кримінального, адміністративного, цивільного, господарського судочинства всі учасники є рівними перед судом та законом незалежно від їхніх мовних ознак.

Крім того, окремі норми вказаних актів відзначають особливості реалізації права на використання рідної мови або мови, якою особа володіє, в окремих видах судочинства. Так, слідчий суддя, суд, прокурор, слідчий забезпечують учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України.

Так, судові рішення, якими суд закінчує судовий розгляд по суті, надаються сторонам кримінального провадження або особі, стосовно якої вирішено питання щодо застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, а також представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у перекладі на їхню рідну або іншу мову, якою вони володіють. Переклад інших процесуальних документів кримінального провадження, надання копій яких передбачено КПК України, здійснюється лише за клопотанням зазначених осіб. Переклад судових рішень та інших процесуальних документів кримінального провадження засвідчується підписом перекладача [12, ст. 29].

Відповідно до частини 3, 4 статті 15 КАС України [11], частини 3, 4 статті 9 ЦПК України [13] та частини 3, 4 статті 10 ГПК України [10] суди використовують державну мову в процесі адміністративного, цивільного, господарського судочинства та гарантують право учасників судового процесу на використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють. Учасники судового процесу, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, мають право робити заяви, надавати пояснення, виступати в суді і заявляти клопотання рідною мовою або мовою, якою вони володіють, користуючись при цьому послугами перекладача, в порядку, встановленому вищезазначеними процесуальними кодексами.

Закріплення рівності учасників конституційного провадження за мовною ознакою міститься також у Законі України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року, який визначає, що учасники конституційного провадження, які не володіють державною мовою, мають своєчасно заявити клопотання про участь у справі перекладача [15, ст. 74].

Як вбачається з аналізу вищезазначених положень, основною формою реалізації права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, у досліджуваних видах судочинства є залучення перекладача. Для цього статтею 68 КПК України, статтею 71 КАС України, статтею 75 ЦПК України, статтею 72 ГПКУкраїни, частинами 4, 5 статті 74 Закону України «Про Конституційний Суд України» регламентується правовий статус перекладачів та особливості їхнього залучення в той чи інший вид судочинства.

Варто також відмітити, що право на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві на національному рівні забезпечується також й підзаконними нормативно-правовими актами. Зокрема, Інструк-

ція з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, апеляційному суді Автономної республіки Крим та Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ, затверджена наказом Державної судової адміністрації України від 17 грудня 2013 року № 173 вказує, що у діловодстві суду можуть використовуватися вхідні документи, викладені іноземною мовою, відповідно до вимог чинного законодавства[20, п 1.4.].

Тотожні положення містяться в Інструкції з діловодства в господарських судах України, затвердженій наказом Державної судової адміністрації України від 20 лютого 2013 року №28 [19, п. 1.3.3.] та в Інструкції з діловодства в адміністративних судах України, затвердженій наказом Державної судової адміністрації України від 17 грудня 2013 року № 174 [18, п. 1.2.3.].

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зробити висновок, що право на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, є одним із ключових прав для учасників судочинства, які не володіють державною мовою. Провівши аналіз значного спектру нормативно-правової бази, можна узагальнити, що вказане право прямо та опосередковано регулюється чималим масивом міжнародних договорів та національних нормативно-правових актів. Разом із тим, ураховуючи визнання 28 лютого 2018 року неконституційним Закону України «Про засади державної мовної політики» від 03 липня 2012 року та відсутності чинного нормативно-правового акту про застосування мов в Україні, що прямо суперечить частині 4 статті 10 Конституції України, досліджувана система національного законодавства є неповною, що і зумовлює перспективи подальших досліджень, зокрема й термінову необхідність розробки за активної участі наукової спільноти нового нормативно-правового акту, який в майбутньому буде регулювати мовну політику в Україні на предмет закріплення та гарантування права на використання рідної мови або мови, яку особа розуміє, в судочинстві.

Список літератури

1. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 25.05.2018).
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 25.05.2018).
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 25.05.2018).
4. Європейська хартія регіональних мов або мов меншинвід 05.11.1992 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_014 (дата звернення: 25.05.2018).
5. Додаток до Рекомендації № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державамчленам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя від 14.05.1981 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_133 (дата звернення: 25.05.2018).
6. Додаток до Рекомендації Rec (2006) 8 Комітету Міністрів Ради Європи державамчленам щодо допомоги потерпілим від злочинів від 14.06.2006 р. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/7442a47eb0b374b9c2257d8700495f8b/$FILE/%D0%A0%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F%20Rec%20(2006)%208.pdf (дата звернення: 25.05.2018).
7. Висновок №9 (2006) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі національних суддів у забезпеченні ефективного

застосування міжнародного та європейського права від 8-10.11.2006 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_9_2006.pdf (дата звернення: 25.05.2018).
8. Висновок №4 (2009) Консультативної ради європейських прокурорів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо взаємовідносин між суддями та прокурорами у демократичному суспільстві від 18.11.2009 р. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/ vsu.nsf/(print)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6 (дата звернення: 25.05.2018).
9. Конституція України від 28.06.1996р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
10. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст.56
11. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–36, № 37. Ст.446
12. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст.88
13. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. 2004, № 40–41, 42. Ст.492
14. Про засади державної мовної політики: Закон України від 3 липня 2012 року № 5029-VI// Відомості Верховної Ради України. 2013. № 23. Ст. 218
15. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р.№ 2136-VIII// Відомості Верховної Ради України. 2017. № 35. Ст.376
16. Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин: Закон України від 15.05.2003 р. № 802-IV// Відомості Верховної Ради України. 2003. № 30. Ст.259.
17. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від02.06.2016 р.№1402 – VIII // Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст.545
18. Інструкція з діловодства в адміністративних судах України: Наказ Державної судової адміністрації України від 17.12.2013 р. № 174. URL: https://court.gov.ua/instructions/ (дата звернення: 25.05.2018).
19. Інструкція з діловодства в господарських судах України: Наказ Державної судової адміністрації України від 20 .02.2013 р. №28. URL: https://court.gov.ua/instructions/ (дата звернення: 25.05.2018).
20. Інструкція з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, апеляційному суді автономної республіки Крим та Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Наказ Державної судової адміністрації України від 17.12.2013 р. № 173. URL: https://court.gov.ua/instructions/ (дата звернення: 25.05.2018).
21. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засади державної мовної політики» від 28 лютого 2018 року № 2-р/2018 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-18 (дата звернення: 25.05.2018).
22. Беликов В. И., Крысин Л. П. Социолингвистика: учебник / В. И. Беликов, Л. П.Крысин. М.: Изд-во Рос. гос. гуманит. ун-та, 2001. 437 с.
23. Вахтин Н. Б., Головко Е. В. Социолингвистика и социология языков / Н. Б. Вахтин, Е. В. Головко. Санкт-Петербург: ИЦ «Гуманитарная Академия»; Изд-во Европейского университета в Санкт-Петербурге, 2004. 336 с.
24. Іванишин В., Радевич-Винницький Я. Мова і нація / В. Іванишин, Я. Радевич-Винницький. Дрогобич: Видавнича фірма «Відродження», 1994. 218с.
25. Сліпенюк В. В. Неконституційність мовного закону та її наслідки / В. В. Сліпенюк // Правовий вимір конституційної та кримінальної юстиції в Україні та світі. Перші юридичні читання: збірка тез доповідей Всеукраїнської дистанційної наукової конференції, присвяченої 20-річчю заснування економіко-правового факультету (27 квітня 2018 року, м. Одеса) / За заг. ред. Л. О. Корчевої, І. А. Дришлюка; уклад. А. В. Левенець, О. В.Нарожна. О.: Фенікс, 2018. С. 21–24.

26. Словник української мови: в 11 т. Т. 8: Природа-Ряхтливий / П. Й. Горецький, А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, Н. І. Швидка. К.: Наукова думка, 1977. 927 с.

Стаття надійшла до редакції 30.05.2018

В. В. Слипенюк
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВА НА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РОДНОГО ЯЗЫКА ИЛИ ЯЗЫКА, КОТОРЫЙ ЛИЦО ПОНИМАЕТ

Резюме

В статье автором исследованы подходы к пониманию понятия родного языка, рассмотрено понятие языка, который лицо понимает, определены сущность и содержание права на использование в судопроизводстве родного языка или языка, который лицо понимает. Автором проанализирована существующая база источников права, которая закрепляет и гарантирует право на использование в судопроизводстве родного языка, или языка, который лицо понимает, путем исследования положений общих и специальных международно-правовых договоров и национальных нормативно-правовых актов на предмет полноты закрепления и обеспечения исследуемого права в различных видах судопроизводства и для всех его участников. Определены пробелы национального законодательства по закреплению и обеспечению права на использование в судопроизводстве родного языка, или языка, который лицо понимает, и на основе этого сформулированы перспективы дальнейших научных исследований.

Ключевые слова: правовое обеспечение, родной язык, язык, который лицо понимает, судопроизводство, язык судопроизводства

V. V. Slipenyuk
Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzkiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

LEGAL SUPPORT OF THE RIGHT TO THE USAGE OF MOTHER TONGUE OR LANGUAGE, WHICH PERSON UNDERSTANDS, IN THE JUDICIAL PROCEEDINGS

Summary

In the article the author studied approaches to understanding the concept of mother tongue, examined the concept of language, which person understands, defined the essence and content of the right to the usageof mother tongue or language, which the person understands, in the judicial proceedings. Author analysed the existing base of legal sources, which establish and guarantee

right to usage of mother tongue or language, which the person understands,in the judicialproceedingsby studying the provisions of general and special international legal treaties and national legal acts for the purpose of analysing the completeness of securing and guaranteeing the researched right in different types of the judicial proceedings and for all of their participants. There were determined the gaps in the national legislation concerning the establishment and guarantee of the right to usageof mother tongue or the language, which the person understands, in the judicialproceedings. On the basis of those gaps the prospects for further scientific research were formulated.

Key words: legal support, mother tongue, language, which the person understands, judicial proceedings, language of the judicial proceedings.

РЕЦЕНЗІЇ

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).134306

С. Я. Фурса
доктор юридичних наук, професор,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
кафедра нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури, завідувач
вул. Володимирська, 60, Київ, 01601, Україна

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ А. Ю. БАБАСКІНА «КРЕДИТНІ ВІДНОСИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ»[1]

Кредитні відносини та стан їх правового регулювання у цивільному праві в умовах триваючих процесів гармонізації цивільного законодавства України з законодавством ЄС, дає підстави віднести тему монографії А. Ю. Бабаскіна «Кредитні відносини у цивільному праві України» до однієї з актуальних проблем цивілістики. Предметом комплексного наукового дослідження монографії є теоретичні та практичні проблеми зобов'язальних відносин, що виникають на підставі кредитного договору та цивільно-правових договорів, що містять умову про надання комерційного кредиту. Робота складається з передмови, чотирьох розділів, які поділяються на чотирнадцять підрозділів, та висновків. У передмові обґрунтовується актуальність теми дослідження, визначається його об'єкт і предмет, мета та основні завдання; визначаються ступінь наукової розробки проблеми дослідження, його науково-теоретична та емпірична основа.

Розділ 1 «Категорія кредитні відносини у суспільних науках» складається з трьох підрозділів. У підрозділі 1.1. «Методи наукового дослідження кредитних відносин у цивільному праві» досліджена сукупність обраних автором методів наукового дослідження. Зокрема, це стосується діалектичного, формально-логічного, системного, соціологічного, порівняльно-правового методів наукового дослідження та методу правового моделювання, що свідчить про достатній рівень володіння автором сучасними методами наукового пізнання. У підрозділі 1.2. «Категорія «кредитні відносини» у суспільних науках (на прикладі економічної теорії та економічної соціології) автором досліджені погляди представників економічної науки та науки економічної соціології на категорії «кредитні відносини» та «кредит». У підрозділі 1.3. «Категорія кредитні відносини в цивільному праві України» доведено, що під кредитом у цивільному праві слід розуміти: а) зо-

[1] Бабаскін А. Ю. Кредитні відносини у цивільному праві України. К.: ТАЛКОМ, 2018. 570 с.

бов'язання, що виникає на підставі кредитного договору або змішаного договору, що містить елементи кредитного договору, наприклад, договір банківського рахунку з умовами кредитування; б) матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі кредитного договору; в) зобов'язання комерційного кредиту, яке не має окремої договірної форми та встановлено сторонами як умова в цивільно-правових договорах, що є відмінними від кредитного договору. У свою чергу, під категорією «кредитні відносини» слід розуміти врегульовані нормами цивільного права зобов'язані правовідносини, що виникають на підставі кредитного договору, змішаного договору з елементами кредитного договору, а також на підставі цивільно-правових договорів, що містять умови комерційного кредиту.

Розділ 2 «Цивільно-правове регулювання кредитного договору» складається з чотирьох підрозділів. У підрозділі 2.1. «Поняття кредитного договору та його правова природа» автором досліджена правова природа кредитного договору та його окремі види. У дослідженні кредитний договір розглядається як самостійний, поіменований, консенсуальний, двосторонній, синалагматичний, відплатний, строковий, комутативний, каузальний, формальний договір, договір, що належить до договорів із надання фінансових послуг. Автором заперечується віднесення кредитного договору до публічних, фідуціарних та алеаторних договорів. Доводиться, що наявність в ЦК України норм, які встановлюють субсидіарне застосування до кредитного договору норм ЦК України, що, регулюють договір позики, є прикладом особливого юридичного способу регулювання правовідносин, коли при регулюванні має місце відсилання до регламентації подібних та схожих правовідносин у встановленому законом порядку. Автором дослідженні окремі види кредитного договору та запропоновано передбачити в цивільному законодавстві, як окремий вид кредитного договору, договір про банківський комісійний кредит. У підрозділі 2.2. «Форма кредитного договору та наслідки її недотримання» міститься висновок, що під формою кредитного договору розуміється спосіб вираження узгодженої волі сторін кредитного договору, який потребує фіксації волевиявлення сторін у вигляді паперового або електронного документа. Кредитний договір розглядається автором як формальний договір, наслідком недотримання письмової форми для якого є його нікчемність. У підрозділі 2.3. «Порядок укладення кредитного договору» автор розглядає порядок укладення кредитного договору як урегульований законодавством спосіб дій кредитодавця та позичальника, спрямований на виникнення договірних зобов'язань, та визначення змісту кредитного договору, який, залежно від характеру формування волевиявлення сторін, поділяється на неконкурентний і конкурентний способи укладення договору. У роботі досліджено договірні конструкції, які широко використовуються при укладенні кредитних договорів, зокрема, рамковий договір, договір приєднання, загальні (стандартні) умови. У підрозділі 2.4. «Істотні умови кредитного договору» автором віднесено до істотних умов кредитного договору: предмет договору (вид кредиту за способом його надання, розмір кредиту, валюта кредиту), умови щодо розміру процентів, типу процентної ставки, порядку сплати процентів, у разі застосування змінюваної процентної ставки умови щодо порядку її обчислення та максимальний розмір збільшення процентної ставки за кредитом, строк, на який надається кредит, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Розділ 3 «Кредитні правовідносини, що виникають на підставі кредитного договору» складається з чотирьох підрозділів. У підрозділі 3.1 «Суб'єкти кредитного договору» автором досліджений суб'єктний склад сторін указаного договору (кредитодавець і позичальник), включаючи можливість виникнення множинності суб'єктів зобов'язання на стороні кредитодавця та позичальника. У підрозділі 3.2. «Матеріальний об'єкт зобов'язання» досліджено як матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі кредитного договору, визначено грошові кошти (гривня), а за наявності у кредитодавця - резидента генеральної ліцензії на здійснення валютних операцій - іноземну валюту. У підрозділі 3.3. «Зміст кредитного договору» досліджено зміст кредитного договору як правовідношення. Автором досліджені особливості надання кредиту, зокрема у вигляді кредитної лінії та «овердрафту», момент надання кредиту, підстави для відмови у наданні та отриманні кредиту, підстави для дострокового повернення кредиту тощо, обов'язки позичальника щодо повернення кредиту та сплати за ним процентів та непроцентних платежів. У підрозділі 3.4. «Відповідальність сторін кредитного договору» автором досліджено форми цивільно-правової відповідальності сторін кредитного договору, зокрема: відшкодування збитків; сплата неустойки, сплата процентів річних та інфляційних нарахувань на прострочену суму. Автором розглянуті правові наслідки безпідставного невиконання кредитодавцем обов'язку з надання позичальнику кредиту або його частини.

Розділ 4 «Кредитні правовідносини, що виникають на підставі цивільних договорів, які містять умови комерційного кредиту» складається з трьох підрозділів. У підрозділі 4.1. «Поняття комерційного кредиту та його правова природа» автор дослідив правову природу поняття «комерційний кредит», під яким автор розуміє: а) зобов'язання комерційного кредиту, яке не має окремої договірної форми, та встановлюється сторонами як умова в інших цивільно-правових договорах; б) умову цивільно-правового договору, на підставі якої виникає зобов'язання комерційного кредиту. У підрозділі 4.2. «Види комерційного кредиту в цивільному праві України» автором досліджено чотири визначені законом види комерційного кредиту: відстрочення оплати товарів (робіт, послуг); розстрочення оплати товарів (робіт, послуг); надання грошових коштів у вигляді авансу; надання грошових коштів у вигляді попередньої оплати. У підрозділі 4.3. «Цивільно-правове регулювання комерційного кредиту в Україні» автором розглянуто особливості правового регулювання комерційного кредиту з позицій його порівняльної характеристики з фінансовим (грошовим) кредитом.

У висновках надається узагальнення та шляхи вирішення теоретичних проблем, що полягають у вдосконаленні понятійного апарату, правової природи кредитних відносин у цивільному праві України, елементів кредитного договору, пропозицій щодо вдосконалення цивільного законодавства та практики його застосування учасниками цивільних відносин.

Обрана структура монографії дала змогу автору послідовно й системно проаналізувати широкий спектр питань, які стосуються проблематики, що досліджувалась. Автор виклав матеріал логічно, із дотриманням відповідного співвідношення загальних та конкретних питань, сформулював необхідні наукові дефініції. Тому монографія А. Ю. Бабаскіна «Кредитні відносини у цивільному праві України» є комплексною і фундаментальною

науковою працею, що виконана на актуальну тему та має наукову й практичну цінність. Результати дослідження можуть бути використані науковцями, суддями, адвокатами, викладацьким персоналом ВНЗ, слухачами та студентами, працівниками кредитної сфери.

Рецензія надійшла до редакції 03.06.2018

Українською, російською та англійською мовами

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 11463-336Р від 07.07.2006 р.

Журнал є фаховим виданням з юридичних наук
(наказ МОН України № 1021 від 07.10.2015 р.)

Рекомендовано до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова.
Протокол № 10 від 26 червня 2018 р.

Адреса редколегії:
65082, м. Одеса, вул. Дворянська, 2
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Відповідальна за випуск особа: *А. В. Левенець*

Тираж 100 прим. Зам. № 1807-01.

Видавництво і друкарня ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №1044 від 17.09.02)
м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25.
Тел. (048) 795-59-60.
e-mail: fenix-izd@ukr.net www: law-books.od.ua