

Подано результати наукових досліджень із питань господарського, екологічного, цивільного, кримінального, фінансового, адміністративного права. Окремі статті присвячено питанням теорії держави та права, конституційного та процесуального права.

Для науковців, правників, студентів.

Предлагаются результаты научных исследований по вопросам хозяйственного, экологического, гражданского, уголовного, финансового, административного права. Отдельные статьи посвящены вопросам теории государства и права, конституционного и процессуального права.

Для ученых, правоведов, студентов.

The results of scientific research of economic, ecological, civil, criminal, financial, economic, administrative law questions are proposed to the reader's attention. Some articles are devoted to some questions of state theory and law, constitutional and proceeding law.

The issue is intended for scientists, practicing lawyers and students.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепикова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); О.О. Отраднова, д-р юрид. наук, доц.; В.С. Щербина, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; М.І. Іншин, д-р юрид. наук, проф.; С.Я. Фурса, д-р юрид. наук, проф.; М.В. Краснова, д-р юрид. наук, проф.; П.С. Берзін, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Мірошніченко, д-р юрид. наук, проф.; М.А. Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Ю.С. Шемшученко, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.; Г.П. Середа, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Петришин, д-р юрид. наук, проф.; В.М. Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Бойко, д-р юрид. наук; П.Б. Стецюк, канд. юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; М.Й. Вільгушинський, д-р юрид. наук; М.І. Цуркан, канд. юрид. наук; Я.М. Романюк, д-р юрид. наук; проф. Лаура Ваньї (Laura Vagni) (Італія)
Адреса редколегії	Юридичний факультет, вул. Володимирська, 60, Київ, Україна, 02017 ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 18.03.18 (протокол № 7)
Включено	до Переліку наукових фахових видань України. Міністерство освіти і науки України. Наказ № 747 від 13.07.15
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет" Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	ВПЦ "Київський університет" (кімн. 43), б-р Т. Шевченка, 14, Київ, Україна, 01601 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

ЗМІСТ

Боднар Т. Деякі питання захисту майнових прав дітей	5
Андрій В. Поняття та сутність пільги як правової категорії	7
Вахоньса Т. Поняття, види та характерні риси творчої праці як категорії трудового права	11
Кодинець А. Інформація та право інтелектуальної власності: окремі аспекти співвідношення в умовах формування інформаційного суспільства.....	15
Ізарова І., Сільвестрі Е. Принцип "case management" у цивільному судочинстві: порівняльне дослідження законодавства Італії та України.....	19
Узелац А. На шляху до європейських правил цивільного процесу: переосмислення процесуальних обов'язків.....	24
Кікалішвілі М. Соціологічні теорії девіантної поведінки (теорія культурного переносу Г. Тарда, теорія диференціальної асоціації Г. Сатерленда, теорія стигматизації, теорія конфлікту).....	32
Шамрай В. До питання інтернаціоналізації конституційного законодавства: досвід провідних країн та перспективи України.....	37
Мацелюх І. Система покарань за злочини проти віри, сім'ї та моралі у джерелах права Великого Князівства Литовського та Речі Посполитої.....	40
Радченко Л. Співвідношення категорії "сім'я" у праві України та Республіки Польща.....	43
Кучма О. До питання індексації заробітної плати.....	47
Сахарук І. Принцип недискримінації як складова концепції гідної праці в Україні.....	50
Апанасенко К. Класифікація документів дозвільного характеру і прав за ними	58
Сороченко А., Мішта Т., Лахтіонова Л. Особливості правовідносин у сферах публічних закупівель та публічно-приватного партнерства за законодавством України	66
Фоміна Т. Судове рішення як юридична підстава застосування запобіжного заходу.....	71
Цемко С. Правовий статус дитини у сімейних відносинах.....	75
Кіреєва Н., Приймак Є. Проблемні аспекти проведення врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України	80
Старченко О. Правова природа та межі спеціальних знань у цивільному процесі України	85

СОДЕРЖАНИЕ

Боднар Т. Некоторые вопросы защиты имущественных прав детей.....	5
Андриив В. Понятие и сущность льготы как правовой категории.....	7
Вахонева Т. Понятие, виды и характерные черты творческого труда как категории трудового права.....	11
Кодинец А. Информация и право интеллектуальной собственности: отдельные аспекты соотношения в условиях формирования информационного общества.....	15
Изарова И., Сильвестри Е. Принцип "case management" в гражданском судопроизводстве: сравнительное исследование законодательства Италии и Украины.....	19
Узелац А. На пути к европейским правилам гражданского процесса: переосмысление процессуальных обязанностей.....	24
Кикалишвили М. Социологические теории девиантного поведения (теория культурного переноса Г. Тарда, теория дифференциальной ассоциации Г. Сатерленда, теория стигматизации, теория конфликта).....	32
Шамрай В. К вопросу интернационализации конституционного законодательства: опыт ведущих стран и перспективы Украины.....	37
Мацелюх И. Система наказаний за преступления против веры, семьи и морали в источниках права Великого Княжества Литовского и Речи Посполитой.....	40
Радченко Л. Соотношения категории "семья" в праве Украины и Республики Польша.....	43
Кучма О. К вопросу индексации заработной платы.....	47
Сахарук И. Принцип недискриминации как составляющая концепции достойного труда в Украине.....	50
Апанасенко К. Классификация документов разрешительного характера и прав, которые ими удостоверяются.....	58
Сороченко А., Мишта Т., Лахтионова Л. Особенности правоотношений в сферах публичных закупок и публично-частного партнерства по законодательству Украины.....	66
Фомина Т. Судебное решение как юридическое основание применения мер пресечения.....	71
Цемко С. Правовой статус ребенка в семейных отношениях.....	75
Киреева Н., Приймак Е. Проблемные аспекты проведения урегулирования споров с участием судьи в гражданском процессе Украины.....	80
Старченко Е. Правовая природа и границы специальных знаний в гражданском процессе Украины.....	85

CONTENTS

Bodnar T. Some problems of protection of proprietary rights of children	5
Andriiv V. Concept and essence of the privileges as a legal category	7
Vakhonieva T. Concept, types and characteristic features of creative work as a category labor law	11
Kodynets A. The right to information and the right of intellectual property: some aspects of correlation in the conditions of information society	15
Izarova I., Silvestri E. "Case management" principle in civil justice: comparative study of Italian and Ukrainian law	19
Uzelats A. Way to go european rules of the civil process: transfer of processing requirements	24
Kikalishvili M. Sociological theories of deviant behavior (theory of cultural transfer G. Tarde, differential association theory G. Sutherland, the theory of stigmatization, conflict theory)	32
Shamray V. To the question of international constitutional legislation: experience of leading countries and perspectives of Ukraine	37
Matselyukh I. The system of punishment for crime against church, family and morals in sources of the Grand Duchy of Lithuanian and Polish-lithuanian Commonwealth	40
Radchenko L. Comparison of the concept "family" in the law of Ukraine and Republic of Poland	43
Kuchma O. On the question of wage indexation	47
Sakharuk I. Principle of non-discrimination as an component of the decent work in Ukraine	50
Apanasenko K. The classification of permissive documents and rights according to such documents	58
Sorochenko A., Mishta T., Lakhtionova L. Peculiarities of law relations in public procurement and ppp spheres under the legislation of Ukraine	66
Fomina T. Judgments as the legal basis for the application of a preventive measure	71
Tsemko S. Legal status of a child in domestic relations	75
Kireeva N., Priyak E. Problem aspects of discussion by the participation of the judge in the civil process of Ukraine	80
Starchenko O. Legal nature and bands of special knowledge in the civil process of Ukraine	85

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ДІТЕЙ

Розглянуто окремі аспекти захисту майнових прав дітей за цивільним і сімейним законодавством України, зокрема, права власності дитини на майно та її житлові права.

Ключові слова: право власності дитини на майно, житлові права дитини, захист майнових прав дитини.

До майнових прав дитини в широкому розумінні належать право дитини на утримання, право власності дитини на майно, право дитини на користування майном батьків, право дитини на рівень життя, необхідний для її фізичного, розумового, духовного і соціального розвитку, житлові права дитини, спадкові права дитини, корпоративні права дитини [1, 135]. Особливе місце серед майнових прав дітей посідають право власності та право користування житлом. У Декларації прав дитини (Принцип 4) від 20 листопада 1959 р. [2] зазначено, що дитина повинна мати право на належні харчування, житло [виділено авт. – Т. Б.], відпочинок і медичне обслуговування. Зазначені положення знайшли своє закріплення і подальший розвиток у національному законодавстві. Зокрема, як встановлено ст. 18 Закону України від 26 квітня 2001 р. "Про охорону дитинства" [3], держава забезпечує право дитини на проживання в таких санітарно-гігієнічних та побутових умовах, що не завдають шкоди її фізичному та розумовому розвитку. Діти-члени сім'ї наймача або власника житлового приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні із власником або наймачем.

При цьому положеннями ч. 3 зазначеної статті на органи опіки та піклування покладається обов'язок здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні житлових приміщень та купівлі нового житла. Форми здійснення такого контролю встановлені, зокрема, ст. 177 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [4], ч. 3 ст. 17 Закону України "Про охорону дитинства". Відповідно до ч. 2 ст. 177 СК України батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, у тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини. Батьки мають право дати згоду на вчинення неповнолітньою дитиною зазначених вище правочинів також лише з дозволу органу опіки та піклування (ч. 3 ст. 177 СК України). Дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини надається органом опіки та піклування після перевірки, що проводиться протягом одного місяця, і лише в разі гарантування збереження права дитини на житло. Органи опіки та піклування можуть відмовити у наданні дозволу на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини з одночасним зверненням до нотаріуса щодо накладення заборони відчуження такого майна лише у випадках, якщо ними встановлено, що: 1) мати та/або батько дитини, які (яка, який) звернулися за дозволом, позбавлені судом батьківських прав відповідно до ст. 164 СК України; 2) судом, органом опіки та піклування або прокурором постановлено (прийнято) рішення про відібрання дитини від батьків (або того з них, який звернувся за дозволом) без позбавлення їх батьківських прав відповідно до ст. 170 СК України; 3) до суду подано позов про позбавлення батьків дитини (або того

з них, який звернувся за дозволом) батьківських прав особами, зазначеними у ст. 165 СК України; 4) особа, яка звернулася за дозволом, повідомила про себе неправдиві відомості, що мають суттєве значення для вирішення питання про надання дозволу чи відмову в його наданні; 5) між батьками дитини немає згоди стосовно вчинення правочину щодо нерухомого майна дитини; 6) між батьками дитини або між одним із них та третіми особами існує судовий спір стосовно нерухомого майна, за дозволом на вчинення правочину щодо якого звернулися батьки дитини (або один із них); 7) вчинення правочину призведе до звуження обсягу існуючих майнових прав дитини та/або порушення охоронюваних законом інтересів дитини. Ч. 3 ст. 17 Закону України "Про охорону дитинства" передбачає, що батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування, наданого відповідно до закону, укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукую, видавати письмові зобов'язання. Зокрема, згідно із законодавством України обов'язковому нотаріальному посвідченню підлягають договори про відчуження (купівля/продаж, міна, дарування, жертва, рента, довічне утримання (догляд), спадковий договір) нерухомого майна відповідно до положень ст. 657, 715, 719, 729, 732, 745, 1304 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [5]; іпотечні договори згідно з вимогами ст. 577 ЦК України та ст. 18 Закону України "Про іпотеку" [6].

Механізм надання дозволу на вчинення таких правочинів установлений п. 66–68 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866 (далі – Порядок) [7]. Звертає на себе увагу різниця в правових наслідках вчинення правочинів щодо майнових прав дитини без дозволу органу опіки та піклування опікунами і піклувальниками (ч. 1 ст. 224 ЦК України) і батьками дитини. Так, ч. 1 ст. 224 Цивільного кодексу України встановлено, що правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування (ст. 71 цього Кодексу), є нікчемним. Ч. 1 ст. 71 ЦК України передбачено, що опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування: 1) відмовитися від майнових прав підопічного; 2) видавати письмові зобов'язання від імені підопічного; 3) укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, у тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; 4) укладати договори щодо іншого цінного майна. Піклувальник, згідно із ч. 2 ст. 71 ЦК України, має право дати згоду на вчинення правочинів, передбачених частиною першою цієї статті, лише з дозволу органу опіки та піклування. Дещо інакше регулює відносини, пов'язані з отриманням дозволу органу опіки і піклування, СК України. Установивши в ч. 2 та ч. 3 ст. 177 СК України обов'язок батьків отримувати дозвіл органів опіки та піклування на вчинення певних правочинів щодо майнових прав дитини, законодавець не пе-

редбачив у зазначеній статті правових наслідків укладення правочинів щодо нерухомого майна без дозволу зазначених органів, що можна пояснити різним правовим статусом опікунів (піклувальників) і батьків дитини.

Ця прогалина, на нашу думку, сьогодні може бути заповнена шляхом подання службою у справах дітей голові районної, районної у м. Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті (у разі утворення) ради, сільської, селищної ради об'єднаної територіальної громади клопотання про необхідність звернення до суду з метою захисту майнових та житлових прав дитини, як це передбачено п. 68 Порядку. Виконавчі органи, у свою чергу, можуть звертатися до суду в порядку ч. 1 ст. 56 Цивільного процесуального кодексу України [8] із позовами про визнання недійсними правочинів, укладених без дозволу органів опіки та піклування, оскільки згідно з абз. 4 ч. 3 ст. 5 Закону України "Про охорону дитинства" саме місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування відповідно до їх компетенції, визначеної законом, забезпечують, зокрема, вирішення питань для захисту особистих і майнових прав та інтересів дітей. Разом із тим, слід визнати невинуватою відсутність у ст. 177 СК України норми, яка б містила пряму вказівку на право батьків (одного з них) звертатися до суду з позовом про визнання недійсним правочину, укладеного іншим із батьків щодо майна малолітньої дитини, або неповнолітньої дитиною, без відповідного дозволу органу опіки та піклування, попри те, що у разі вчинення одним із батьків (вважається, що він діє за згодою другого з батьків) правочину щодо майна малолітньої дитини, що виходить за межі дрібного побутового, без згоди другого з батьків, останній має право звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним як укладеного без його згоди (ч. 6 ст. 177 СК України). У зв'язку із цим пропонуємо доповнити ст. 177 СК України частиною 4 такого змісту: "4. Правочин, учинений одним із батьків без дозволу органу опіки та піклування, може бути визнаний недійсним судом за позовом другого з батьків або органу опіки та піклування", а частини 4–10 ст. 177 СК України вважати частинами 5–11.

Вважаємо, що це дозволить ефективніше захистити порушені майнові (зокрема, житлові) права малолітніх та неповнолітніх дітей шляхом застосування положень ст. 203 і 215 ЦК України. Стосовно судової практики застосування ст. 177 СК України в частині правових наслідків відсутності дозволів органів опіки і піклування на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дітей, то вона не є однаковою. Так, в одних випадках суди визнають недійсними такі правочини, в інших – відмовляють у задоволенні позовних вимог. Постановою Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 10 лютого 2016 р. (справа № 6-3005цс15) [9] скасовано рішення місцевого суду та ухвали судів апеляційної і касаційної (на час розгляду справи) інстанцій про визнання недійсним іпотечного договору. При цьому Верховний Суд України мотивував своє рішення, зокрема, тим, що суди неправильно застосували норми ст. 12 Закону України від 2 червня 2005 р. "Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей" [10], ст. 17 Закону України "Про охорону дитинства" та ст. 177 СК України. Як зазначено в Постанові, незважаючи на те, що вчинення батьками малолітньої дитини певного правочину без попереднього дозволу органів опіки та піклування порушує встановлену ст. 177 СК України заборону, сам по собі цей факт, на думку суду, не є безумовним підтвердженням наявності підстав для визнання правочину недійсним. Правочин, зазначив далі суд, може бути визнано недійсним, якщо

його вчинення батьками без попереднього дозволу органу опіки та піклування призвело до порушення права особи, в інтересах якої пред'явлено позов, тобто до звуження існуючих майнових прав дитини та/або порушення охоронюваних законом інтересів дитини, зменшення або обмеження прав та інтересів дитини щодо житлового приміщення. Із наведеною позицією Верховного Суду України, сприйнятою і судами нижчих інстанцій (прикладів можна навести дуже багато, особливо коли йдеться про договори позики, іпотечні договори тощо), не можна погодитися з таких міркувань. Закон України "Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей", відповідно до ч. 2 ст. 12 якого неприпустиме зменшення або обмеження прав та інтересів дітей під час вчинення будь-яких правочинів щодо житлових приміщень, визначає загальні засади соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей, забезпечує правове регулювання відносин у суспільстві, які спрямовані на реалізацію бездомними особами і безпритульними дітьми прав і свобод, передбачених Конституцією та законодавством України. Отже зазначений закон поширюється лише на певне коло осіб, а саме – на бездомних осіб і безпритульних дітей, тому положення ст. 12 не можуть бути поширені на всіх дітей, як це зробив Верховний Суд України. Більше того, зазначена стаття вміщена у розділі, норми якого спрямовані на запобігання бездомності і безпритульності. В інших своїх постановках, зокрема, від 6 червня 2016 р. (справа № 6589цс16), від 13 вересня 2017 р. (справа № 6-1414цс17) Верховний Суд України висловив правові позиції, відповідно до яких норми закону щодо необхідності попереднього отримання дозволу органу опіки та піклування на укладення батьками договору щодо майна, право на яке має дитина, спрямовані на захист майнових прав дітей, тому підставою для визнання недійсним відповідного договору є порушення майнових прав дитини (звуження обсягу існуючих майнових прав, порушення охоронюваних законом інтересів, зменшення, обмеження прав щодо житлового приміщення тощо) унаслідок укладення такого договору, а не сам по собі факт відсутності попереднього дозволу органу опіки та піклування на укладення такого договору, який не є безумовним підтвердженням наявності підстав для визнання правочину недійсним. Крім того, наголошується на недопустимості порушення особою, яка вчиняє правочин, засад справедливості, добросовісності, розумності цивільного законодавства, обов'язку її утриматися від дій, які могли б порушити права інших осіб, недопустимості дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Наведені аргументи, на нашу думку, не спростовують вимоги закону щодо необхідності отримання батьками дозволу на вчинення правочинів щодо майна дітей у передбачених випадках. Очевидно, що підставою визнання недійсним правочину щодо нерухомого майна малолітньої дитини, учиненого батьками без попереднього дозволу органів опіки та піклування, чи відсутність дозволу на надання згоди на вчинення правочину неповнолітньою дитиною, є сам факт відсутності такого дозволу, незалежно від того, чи порушуються при цьому, чи ні майнові права дитини. Отже, наявність дозволу органу опіки та піклування на вчинення правочинів щодо майнових прав малолітньої дитини (ч. 2 ст. 177 СК України) чи на надання згоди на вчинення правочинів неповнолітньою дитиною (ч. 3 ст. 177 СК України) слід визнати однією, проте, надзвичайно важливою, умовою дійсності зазначених правочинів.

Список використаних джерел:

1. Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: монографія / Л. В. Красицька. – К.: Ліра-К, 2014. – 628 с.
2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_384
3. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>
4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/print>
5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/43515/print#n388>

6. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/89815>
7. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/8662008-p>
8. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
9. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55903413>
10. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2623-15>

Надійшла до редколегії 12.12.17

Т. Боднар, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ДЕТЕЙ*Рассмотрены отдельные аспекты защиты имущественных прав детей по гражданскому и семейному законодательству Украины, в частности, права собственности ребенка на имущество и его жилищные права.**Ключевые слова: право собственности ребенка на имущество, жилищные права ребенка, защита имущественных прав ребенка.*

T. Bodnar, Doctor of Law, Professor,

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SOME PROBLEMS OF PROTECTION OF PROPRIETARY RIGHTS OF CHILDREN*Some aspects of the protection of the property rights of children under the civil and family legislation of Ukraine, in particular, the property rights of the child for property and his housing rights are considered.**Key words: the child's right to property, the housing rights of the child, protection of the child's property rights.*

УДК 349.3

В. Андріїв, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ ПІЛЬГИ ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ*Досліджується поняття та сутність пільги як правової категорії. Досліджено доктринальні підходи щодо розуміння сутності поняття пільги в теорії права соціального забезпечення. Окреслено особливості історико-правового розвитку зазначеного правового явища. Акцентовано увагу на відмінності поняття пільги від заохочення, компенсації, гарантії.**Ключові слова: соціальний захист, правова пільга, правовий стимул, законні переваги.*

У сучасних умовах особливого соціального значення набувають правові засоби, які сприяють найбільш цивілізованому і результативному вирішенню практично значимих завдань для суспільства та забезпечують надійність і стійкість ринкових відносин. Особливо актуальними серед них є юридичні засоби, що підвищують цінність і роль права, його потенціал у врегулюванні соціальних зв'язків, а також найбільш повне задоволення інтересів і потреб суб'єктів. У зв'язку із цим великого практичного та наукового значення набуває проблема правових пільг.

Попри всю важливість пільг, практично відсутні теоретичні дослідження з цього питання на монографічному рівні, а в тих нечисленних роботах, в яких порушена ця проблема, не склалося єдиного розуміння пільг. У певному обсязі зазначеною проблематикою займалися такі науковці: М.Г. Александров, В.С. Андрєєв, М.В. Артамонов, Н.Б. Болотіна, Д.М. Бахрах, Г.М. Бойченко, В.П. Галаганов, І.В. Гуцин, Р.І. Іванова, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, І.С. Морозова, А.В. Мурза, В.І. Нікітінський, С.М. Синчук, Б.І. Сташків, В.А. Тарасова, Я.М. Фогель, І.М. Ярцун та ін.

Пільги, у традиційному розумінні цього поняття – переваги, додаткові права, що надаються певним категоріям громадян або організаціям, підприємствам, регіонам (наприклад, часткове чи повне звільнення від обов'язкових платежів, податків, зборів) [34, с. 183].

Чинне законодавство не дає визначення поняття пільг попри те, що в ньому сам термін "пільги" вживається доволі часто.

Кожна пільга повинна бути адресною, обґрунтованою, правомірною, справедливою. Саме через помірковані ефективні пільги можна впливати на розвиток тих

чи інших відносин у вигідному для суспільства та держави напрямку, сприяти процесу реформації економіки та одночасно посилювати соціальний захист особи. Від характеру та об'єму пільг залежить якість права. Пільги покликані втілювати в життя ідеї справедливості та рівності в умовах правової держави, виступати специфічним критерієм суттєвих основ права [7, с. 453–459].

Пільги є, перш за все, соціальним заходом, і в цьому проявляється їх суспільна цінність. У складній соціально-економічній ситуації необхідні радикальні зміни системи пільг із метою подолання зростаючих негативних тенденцій у цій сфері та підтримки соціально незахищених верств населення.

Під правовою пільгою розуміють правомірне полегшення становища суб'єкта, яке дозволяє йому повніше задовольнити свої інтереси та виражається як у наданні додаткових, особливих прав (переваг), так і у звільненні від обов'язків. Правові пільги супроводжуються більш повним задоволенням інтересів суб'єктів, полегшенням умов їх життєдіяльності, що обов'язково повинно здійснюватися в рамках суспільних інтересів. При встановленні пільг законодавець ставить мету – соціально захистити, поліпшити становище окремих осіб, привести процес задоволення їхніх інтересів у більш сприятливий режим. Мета тут має першочергове значення, оскільки не всяке розширення прав і звільнення від обов'язків є пільгою. Крім цього, правові пільги є винятком із загальних правил, відхиленням від єдиних вимог нормативного характеру та виступають способом юридичної диференціації. Чим досконаліше право, тим більш диференційовано воно регламентує конкретні питання суспільного життя. За відсутності правової регламентації

у тій чи іншій сфері, органи управління вимушені враховувати конкретні обставини, робити на свій розсуд винятки для окремих осіб, що веде до різнобою у практичній діяльності і відкриває шлях для суб'єктивізму і навіть зловживань [6, с. 75].

Як справедливо зазначають деякі дослідники, спочатку проблема правових пільг вивчалася на галузевому рівні у сфері трудового, цивільного, фінансового, адміністративного права, права соціального забезпечення тощо. Дослідження цього правового інституту відбувалося в межах розгляду питань стимулювання праці, соціального управління, охорони праці жінок і неповнолітніх, правового регулювання деяких видів угод, удосконалення податкового законодавства тощо. Незважаючи на це, багато авторів, не розглядаючи пільгу як самостійну правову категорію, здебільшого, ототожнюючи її з такими подібними поняттями, як "компенсація", "гарантії", "заохочення", "привілеї", "дозвіл" [24, с. 59; 17, с. 12; 10, с. 35–36].

У розвиток, цього положення, І.С. Морозова [20, с. 12] зазначає, що багато "галузевиків" розглядають пільги як засіб юридичної диференціації правового становища суб'єкта. Так, О.В. Смирнов, наголошуючи на необхідності існування диференційованого підходу до правового регулювання трудових правовідносин обґрунтовує важливість установлення пільг для певних категорій працівників, які дозволяють враховувати "специфіку галузей виробництва, професійні, статеві, вікові особливості робітників і службовців, територіальне розташування підприємств" [30, с. 117]. Визначаючи пільги для працівників Крайньої Півночі і місцевостей, до них прирівняних, М.І. Бару свого часу зазначав, що вони дозволяють враховувати особливості умов праці й життя в цих регіонах, та покликані, з одного боку, компенсувати відмінності в затратах праці і вартості життя, а з другого – обмежити, запобігти або усунути негативний вплив природно-кліматичних факторів на здоров'я людини [5, с. 51]. Тобто за допомогою пільг законодавець виокремлює певні категорії громадян у деяких видах суспільних відносин.

Інші вчені вважають, що вказана юридична категорія спрямована на вирівнювання становища окремих груп суб'єктів порівняно із загальним рівнем, і створює для них додаткові можливості юридичного характеру. Можна погодитися з подібною позицією, оскільки, дійсно, пільги дозволяють враховувати особливості фактичного становища визначеної категорії осіб, їх специфічні інтереси і потреби, полегшуючи доступ до юридично забезпечених благ. Не випадково аналіз цього правового інституту дуже часто проводився в межах вивчення проблем соціальної рівності. Тут пільга розглядалася як один із засобів досягнення соціальної однорідності суспільства в умовах розвинутого соціалізму, [28, с. 43] забезпечення рівного доступу до розподілу матеріальних і нематеріальних благ, [2, с. 37] диференційованого підходу до потреб різних соціальних груп. Із цієї точки зору, пільги є втіленням найважливішого принципу соціальної справедливості, вони дозволяють втілити в життя діалектичне розуміння рівності: для того щоб зрівняти нерівних людей, право повинно бути нерівним.

На думку інших дослідників, пільги є додатковими заходами юридичного характеру, які розширюють права деяких суб'єктів, створюють для них набагато кращі умови порівняно із загальноприйнятими [16, с. 92].

Пільги полегшують становище деяких категорій осіб, які в силу певних обставин, не в змозі повністю задовольняти свої потреби. Вони дозволяють розширити можливості громадян, надають їм особливі права [1,

с. 75; 2, с. 40]. Тобто, доповнюючи коло прав і свобод індивіда, пільги збільшують обсяг його правосуб'єктності.

Водночас, на галузевому рівні нема єдиного підходу до визначення юридичної природи правових пільг. У деяких дослідженнях зазначається, що вказаний юридичний засіб передбачає додаткові права. Так, Є.Г. Азарова вважає, що у правовій науці, пільги розглядаються як виключно додаткові права, додаткові матеріальні блага, послуги та переваги. Нікітінський В.І, зауважує, що пільги є не тільки додатковими правами, але й передбачають звільнення від установлених законом обов'язків і тому є винятком з єдиних вимог нормативного характеру [22, с. 78]. У підтвердження цього, В.К. Колосов зазначає, що пільги це не виключно додаткові права, вони можуть передбачати і звільнення від встановлених законом єдиних нормативних правил [13, с. 84].

Значимо, що розгляд правових пільг у контексті виключно додаткових прав, є не досить повним і дещо навіть формальним. Правові переваги можуть полягати як у встановленні особливих, додаткових прав, так і у звільненні від деяких встановлених законом обов'язків.

Досить важливим моментом є те, що аналіз правових пільг досить часто зустрічається при розгляді проблем правового стимулювання, науково-технічного прогресу, удосконалення фінансової діяльності держави, оптимізації законодавства [27, с. 158; 22, с. 58], підвищення правової активності особистості [16, с. 15], залучення працівників до деяких галузей господарства [32, с. 10] тощо.

Деякими вченими відзначається здатність пільг, як різновиду правових стимулів, зокрема до здійснення окремих видів суспільно корисної діяльності. Розширюючи можливості суб'єктів для повнішого задоволення інтересів і потреб, правові пільги, тим самим, зацікавлюють їх у дотриманні певної суспільно корисної моделі поведінки, що у свою чергу сприяє досягненню поставлених державою правових завдань. Це сприяє виконанню, наприклад, договірних зобов'язань сторонами в цивільно-правових відносинах (деякі пільги для сільськогосподарських підприємств, що здійснюють поставання продукції для державних потреб), підтримці розвитку вітчизняної промисловості (певні податкові пільги і преференції для юридичних осіб, які здійснюють свою діяльність у найважливіших галузях господарства), підвищенні професійного рівня працівників (пільги для осіб, які поєднують роботу з навчанням), підвищенні обороноздатності країни (пільги для військовослужбовців, субсидії, дотації, податкові преференції для підприємств військово-промислового комплексу) тощо [33, с. 56; 17, с. 12; 11, с. 67; 29, с. 45; 22, с. 78; 14, с. 95]. У цьому випадку ідеться не про зобов'язання для певної особи, а про стимул для досягнення корисного для держави результату. Як стверджують деякі дослідники, пільги хоча прямо не пов'язані з результатами праці, але за своєю юридичною суттю мають значення стимулів [4, с. 9].

Разом із тим, в юридичній літературі відображено різні підходи до характеристики цього правового інституту. Так, одні науковці вбачають пільги як форму матеріального стимулювання [9, с. 89], другі – як міру матеріального і морального заохочення, треті – як додаткові матеріальні блага, послуги, переваги тощо. С.А. Іванов і Р.З. Лівшиць під пільгами розуміють особливі права і переваги, надані тій чи іншій категорії працівників у випадках, передбачених законодавством. Їхні погляди поділяє і М.Є. Панкін, який розглядає пільгу як будь-яке підвищення рівня прав порівняно з передбаченою загальною нормою [29, с. 150; 3, с. 289; 11, с. 117; 23, с. 3].

Як зазначає І.С. Морозова, для повнішого визначення правової пільги необхідний аналіз та узагальнення теоретичних і галузевих поглядів на цю проблему, враховуючи і матеріальну складову, яка розкриває соціальну цінність цього правового явища [20, с. 14]. На її думку правова пільга – це юридичний засіб, за допомогою якого створюється режим сприяння для задоволення інтересів і потреб суб'єктів, який має для останніх компенсаційне, стимулююче або гарантійне значення й певні ознаки.

По-перше, це засіб юридичної диференціації правового становища суб'єкта. Як відомо, інтереси і потреби кожного індивіда залежать від багатьох соціально-економічних чинників (статі, віку, матеріального і сімейного стану, місця проживання, характеру роботи тощо), обумовлених, як правило, умовами його існування і місцем, яке він займає в соціальній структурі суспільства. Однак особистого і суспільного значення вони набувають лише за умови задоволення своїх потреб. Існуючі відмінності у фактичному становищі суб'єктів не дозволяють повною мірою реалізувати власні інтереси для їх певних категорій у межах стандартної моделі правового регулювання. Це пов'язано з багатьма причинами, напр., біологічними (статева приналежність, стан здоров'я, наявність трудового каліцтва, досягнення певного віку та ін.), соціально-економічними (місце розташування та умови виконуваної роботи, поєднання трудової діяльності з навчанням, проходження строкової військової служби, вимушений переїзд у результаті виникнення надзвичайних ситуацій). Як наслідок, відбувається істотне порушення інтересів таких категорій громадян як інваліди, пенсіонери, біженці й вимушені переселенці, військовослужбовці, вагітні жінки та ін. Саме тому право покликане враховувати особливості положення певних груп населення, і, відповідно, більш диференційовано підходити до питань регламентації суспільного життя. Як цілком слушно зауважує Р.З. Лівшиць, установлення пільг – типовий прийом правового регулювання, засіб правового диференціації. За допомогою пільг законодавець виділяє становище деяких громадян у певній галузі суспільних відносин [18, с. 298].

По-друге, пільги це елемент спеціального правового статусу суб'єктів. Далеко не всі життєво важливі, необхідні інтереси і потреби знаходять відображення в юридично закріплених правах і обов'язках. Надаючи особливі права, повністю або частково звільняючи від деяких установлених обов'язків, пільги входять до складу спеціального правового статусу, який відображає особливе становище певних категорій осіб та доповнюють його не тільки кількісно, але і якісно, тим самим зміцнюючи його.

Пільги не можуть входити до складу загального правового статусу, що не відображає існуючої специфіки фактичного стану суб'єктів, оскільки його зміст складають, головним чином, конституційні права і обов'язки. Загальний правовий статус є статусом особи як громадянина держави, члена суспільства. Він єдиний і однаковий для всіх і не залежить від різних обставин (статі, віку, сімейного та матеріального становища, характеру роботи тощо), тому пільги, як законні переваги, засіб юридичного диференціації, не можуть входити до його складу. Разом із тим, у деяких випадках пільги можуть бути елементом індивідуального правового статусу, який відображає правове становище конкретної людини. Так наприклад, Закон України "Про пенсії за особливі заслуги перед Україною" від 01.06.2000 р. (у ред. від 11.10.2017 р.) [25] передбачає встановлення громадянам, які мають значні заслуги у сфері державної, громадської або господарської діяльності, досягнення в

галузі науки, культури, освіти, охорони здоров'я, фізичної культури і спорту тощо, пенсії за особливі заслуги перед Україною. У цьому випадку, слід звернути окремо увагу і на те, що наявність у особи правових пільг, певною мірою впливає і на межі такого структурного елемента правосуб'єктності особи, як необхідність і здатність особи нести юридичну відповідальність за невиконання тих чи інших вимог, тобто на деліктоздатність. Яскравим прикладом таких правових пільг, як зазначають деякі дослідники, є імунітет [21, с. 7–11]. У цьому аспекті правовий імунітет у юридичному значенні є винятковим правом не підкорятися деяким загальним законам, надане особам, що мають особливе становище в державі, тобто це пільги і привілеї, що звільняють визначених законом осіб від певних обов'язків і відповідальності з метою збереження ними свого особливого правового статусу. Правовий імунітет – це перебування особи (повне або часткове) поза юрисдикцією держави [15, с. 22–27]. Таким чином, правовий імунітет є особливим видом правової пільги, привілею, який пов'язаний зі звільненням конкретно встановлених у нормах міжнародного права та Конституції і в законах осіб від певних обов'язків і відповідальності, задля забезпечення виконання ними відповідних функцій. Отже, можна зазначити, що правові пільги є елементом спеціального правового статусу особи і певним чином визначають вид спеціального правового статусу особи.

По-третє, пільга є законною перевагою, правомірним винятком, який передбачено в нормативних актах, прийнятих компетентними органами у встановленому законом порядку. Діяльність із підготовки, прийняття та опублікування подібних нормативно-правових актів здійснюється в межах закону, відповідно до демократичних принципів правотворчості.

Пільга закріплюється на рівні диспозиції юридичної норми, яка визначає права та обов'язки суб'єктів права, установлює можливі і належні варіанти поведінки. У гіпотезі норми окреслюється коло учасників регульованих відносин, конкретні життєві обставини, а також умови, порядок та підстави щодо надання пільг. Належність особи до тієї чи іншої, законодавчо передбаченої групи суб'єктів, що мають право на пільги, визначається низкою обставин (вік; страховий (трудова) стаж; навчання у вищих навчальних закладах для студентів; втрата роботи та безробіття, стан здоров'я тощо). Наприклад, Закон України "Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту" від 22.10.1993 р. (ред. станом на 24.02.2018 р.) [26] визначає правовий статус ветеранів війни, забезпечує створення належних умов для їх життєзабезпечення, сприяє формуванню в суспільстві шанобливого ставлення до них.

Зазначимо, що в деяких випадках законодавець наділяє правом надавати пільги і певних суб'єктів. Відповідно до ст. 9 КЗпП України підприємства, установи, організації в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів можуть установлювати додаткові, порівняно із вимогами законодавства, трудові й соціально-побутові пільги для працівників. Контрактна система найму працівників також передбачає можливість надання роботодавцем додаткових пільг з урахуванням його економічного становища.

По-четверте, пільги супроводжуються повнішим задоволенням потреб суб'єктів, надають додаткові правові можливості для реалізації їхніх інтересів. Так, створення спеціальних умов праці для інвалідів, неповнолітніх (скорочення робочого часу, додатковий час для відпочинку під час роботи) дозволяє їм не лише реалізувати своє конституційне право на працю, але й істотно поправити матеріальне становище. Пільги для працюючих жінок

(обмеження їх праці у нічний час, заборона нічних, надурочних робіт, а також відряджень вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, надання відпусток у зв'язку з вагітністю та пологами тощо) сприяють полегшенню умов їх життєдіяльності, створюють сприятливіший режим, надаючи, тим самим, додаткові правові можливості для поєднання трудової діяльності з виконанням спеціальної соціальної ролі матері.

По-п'яте, пільга є різновидом правових стимулів. Як відомо, у забезпеченні своєї життєдіяльності і розвитку кожен із нас повинен претендувати на певний набір матеріальних, правових, духовних та інших благ, які виступають, по суті справи, як права людини, є її природною властивістю, відповідно формуючи її інтереси та потреби. Останні, у свою чергу, закладено в основу мотивів поведінки індивідів. Без інтересу не може бути ні свідомого мотиву, ні мети дії, ні діяльності взагалі. Сягаючи своїм корінням у потреби, інтереси усвідомлюються у складному мотиваційному процесі, знаходять у ньому цілеспрямований характер і, у свою чергу, впливають на перебіг цього процесу [17, с. 10]. Значимість інтересу в особистому або громадському плані залежить від можливості його більш повного задоволення. Надаючи подібні можливості і юридично їх гарантуючи, правові пільги здійснюють інформаційно-психологічний вплив на індивіда, виступаючи як спонукальний, стимулюючий фактор у визначенні характеру його діяльності. Завдяки їм, створюється, певного роду, алгоритм дій у покрашеному варіанті поведінки, в яких, без сумніву, зацікавлена держава.

Таким чином, право за допомогою цього юридичного засобу, впливає на внутрішні мотиваційні, саморегулюючі процеси за рахунок того, що особистість визнає соціальні цінності й переводить їх у свої власні настанови, у мотиви своєї дії.

Соціальна сутність правових пільг полягає в тому, що вони є універсальним юридичним засобом узгодження (гармонізації) інтересів особистості, соціальних груп, держави, що сприяє, у свою чергу, розвитку як окремого громадянина, так і суспільства в цілому. Так, скажімо, реалізація державних інтересів щодо залучення інвестицій в економіку з метою її реформування і реструктуризації можлива шляхом надання різного роду податкових пільг суб'єктам інвестиційної діяльності, що дає реальну можливість, у свою чергу, останнім повніше реалізувати власні інтереси у фінансово-економічному плані. Таким чином, пільги сприяють розвитку відносин у вигідному для суспільства і держави напрямку, становленню ринкової економіки, з одночасним посиленням соціальної захищеності особистості. Вони сприяють також раціональному розподілу юридично гарантованих соціальних благ, що має на меті підтримку загальних умов існування суспільства, його стійкості і впорядкованості щодо дестабілізуючих факторів.

Категорію "пільги" необхідно відрізнити від поняття "заохочення". Під останнім розуміють форму і міру юридичного схвалення добровільної заслуженої поведінки, у результаті чого суб'єкт винагороджується і для нього настають сприятливі наслідки. Заслуга характеризується такими ознаками: 1) вона пов'язана із соціально активною поведінкою, із здійсненням позитивних обов'язків; 2) це добросовісне відношення особи до свого обов'язку; 3) вона пов'язана із більш ніж належним виконанням особою своїх обов'язків або із досягненням нею загально визнаного корисного результату; 4) вона є підставою для застосування заохочувальних заходів. Найважливішими передумовами застосування заходів заохочень є суворе дотримання умов заохочувальної норми, обставин виконання, а також

кінцевий результат. Як зазначає А.В. Малько, основна функція заохочення полягає в тому, що воно спеціально призначене для стимулювання, схвалення і винагороди заслуженої поведінки [19, с. 50]. Саме тому позиція деяких науковців, які відносять пільги до заохочувальних норм, не є переконливою [8, с. 52; 16, с. 92]. Заохочення співвідноситься з такими поняттями, як винагорода та переконання. Термін "винагорода" у словниках тлумачиться у двох значеннях: як нагорода і як плата за послуги. Відмінність заохочення від плати за послуги полягає в тому, що перше застосовується за заслуги, а останнє за послуги, які також є корисними діями, але зовсім не зв'язані з перевищенням звичайних вимог. Заохочення, створюючи у свідомості окремих громадян і їх колективів переконання у правильності та корисності певного варіанту поведінки, служить засобом переконання, яке, на жаль, не в змозі виконувати функції заохочення у прямому розумінні цього слова.

Загальним для заохочень і пільг є те, що ці юридичні засоби спрямовані на стимулювання суспільно корисної діяльності, підвищення соціальної активності суб'єктів. Це означає, що в певних випадках пільги можуть виступати як заохочення, хоча й умовно. На відміну від заохочення, досягнення позитивного результату чи певних заслуг для надання пільг у багатьох випадках не потрібно. Стимулююча функція правових переваг тісно пов'язана з компенсаційною. З одного боку, пільги, установлені, напр., для ветеранів війни, є своєрідною мірою заохочення заслуженої поведінки, із другого – вони певною мірою покликані компенсувати негативні наслідки (погіршення стану здоров'я), які виникли внаслідок таких дій.

Однак, пільги не можна повністю ототожнювати з компенсаціями, необхідними насамперед для відшкодування реального збитку, витрат, заподіяних суб'єкту (відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю працівника при виконанні трудових обов'язків, витрати при відрядженнях, переведенні на роботу в іншу місцевість тощо).

Пільги слід відрізнити і від поняття "гарантії", під якими розуміють систему юридичних, економічних, організаційних, моральних, політичних умов, передумов, способів, засобів, що створюють рівні можливості для особистості в реалізації її інтересів, прав і свобод. Категорія "гарантії" ширша за своїм обсягом від категорії "пільги", оскільки містить крім пільг інші юридичні засоби: покарання, заборони, обов'язки, заохочення, засоби профілактики правопорушень, різні форми нагляду, контролю та ін.

Існує також відмінність між пільгами і поняттям "дозволу". З юридичних підстав дозвіл відображається, як правило, у суб'єктивних правах на власну активну поведінку, а також у власних законних інтересах. Дозвіл є різновидом правових стимулів, однак має меншу спонукальну дію ніж пільги, які уособлюють механізм доповнення прав можливостями юридичного характеру.

Таким чином, зазначимо, що *правова пільга* – це встановлені законодавством або іншими нормативними актами юридично-значимі винятки, за допомогою яких відбувається наділення суб'єкта додатковими заходами юридичного характеру, надання йому особливих додаткових прав і звільнення від встановлених законом обов'язків.

Список використаних джерел:

1. Абрамова А.А. Охрана труда женщин. Справочник по законодательству / А.А. Абрамова. – М. : Профиздат, 1978. – 143 с.
2. Азарова Е.Г. Проблемы равноправия женщины и мужчины в социальном обеспечении в СССР / Е.Г. Азарова ; отв. ред. С.А. Иванов. – М. : Наука, 1989. – 165 с.
3. Андреев В.С. Право социального обеспечения в СССР / В.С. Андреев. – М. : Юрид. л-ра. – 1980. – 352 с.
4. Артамонов Н.В. Советское законодательство о льготах гражданам в связи с выполнением воинской обязанности и вопросы его совершенствования : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1974. – 20 с.

5. Бару М.И. Унификация и дифференциация норм трудового права. Советское государство и право / М.И. Бару. – М., 1971. – № 10. – С. 50–52.
6. Бахрах Д.Н. Правовые льготы / Д.Н. Бахрах // Справедливость и право. – Свердловск, 1989. – С. 74–83.
7. Бойченко Г.М. Особливості правового регулювання пільгового забезпечення працівників в умовах ринкової економіки / Г.М. Бойченко // Трудове право України в контексті європейської інтеграції: мат. науково-практ. конференції; Харків, 25–27 травня 2006 р.; за ред. проф. В.С. Венедіктова. – Х., 2006. – С. 453–459.
8. Ведяхин В.М. Правовые стимулы: понятие и виды / В.М. Ведяхин // Правоведение. – 1992. – №1. – С. 50–55.
9. Гудимов Н.В. Стимулирование трудовой активности. Проблемы совершенствования законодательства о труде и социальном обеспечении: Межвуз. сб. науч. тр. / Н.В. Гудимов. – Свердловск, 1983. – С. 87–90.
10. Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация / Н.Д. Егоров. – Л.: изд-во Ленинградского ун-та. – 1988. – 176 с.
11. Иванов С.А. Личность в советском трудовом праве / С.А. Иванов, Р.З. Лившиц. – М.: Наука, 1982. – 232 с.
12. Керимов Д.А. Психология и право / Д.А. Керимов // Государство и право. – 1992. – № 12. – С. 10–20.
13. Колосов В.К. Трудовые права рабочих и служащих / В.К. Колосов. – М.: Экономика, 1987. – 96 с.
14. Кондратьев Р.И. Локальные нормы трудового права и материальное стимулирование / Р.И. Кондратьев; науч. ред. В.Г. Сокуренок. – Львов: Вища шк. Изд-во при Львов. ун-те, 1973. – 160 с.
15. Кохановський В.В. Юридична природа та ознаки правового імунітету інституту президентства / В.В. Кохановський // Митна справа. – 2011. – № 5 (77). – Ч. 2. – С. 22–27.
16. Крылатых Е.Г. Роль льгот в праве социального обеспечения / Е.Г. Крылатых // Вестник МГУ. Серия II: Право. – 1988. – № 2. – С. 90–95.
17. Курилов В.И. Личность, труд, право / В.И. Курилов. – М.: Юрид. л-ра, 1989. – 336 с.
18. Лившиц Р.З. Социальная политика и ее правовое опосредование / Р.З. Лившиц // Правовая система социализма. – М., 1986. – Т. 1 – 398 с.
19. Малько А.В. Льготы: политико-правовой анализ / А. В. Малько // Общественные науки и современность (ОНС). – 03/1996. – № 3. – С. 47–54.

20. Морозова И. С. – Льготы в российском праве: Вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Саратов, 1999. – 185 с.
21. Мурза О.В. Загальнотеоретична характеристика правових пільг / О. В. Мурза // Право і Безпека. – 2012. – № 2. – С. 7–11. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/...](http://nbuv.gov.ua/UJRN/)
22. Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права / В.И. Никитинский. – М.: Юрид. л-ра. – 1971. – 247 с.
23. Панкин М.Е. Льготы рабочим и служащим / М.Е. Панкин. – М.: Профиздат, 1976. – 159 с.
24. Пашков А.С. Социальная политика и трудовое право / А.С. Пашков, В.Г. Ротань. – М., 1986. – 240 с.
25. Про пенсії за особливі заслуги перед Україною: Закон України від 01.06.2000 (у ред. від 11.10.2017 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1767-14>.
26. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту: Закон України від 22.10.1993 (ред. станом на 24.02.2018 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3551-12>
27. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е.А. Ровинский. – М.: Госюриздат, 1960. – 193 с.
28. Ротань В.Г. Социальное равенство и советское трудовое право в условиях развитого социализма / В.Г. Ротань. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1983. – 145 с.
29. Сейнаров Б.М. План и договор: материальное стимулирование / Б.М. Сейнаров. – М.: Юрид. л-ра, 1989. – 192 с.
30. Смирнов О.В. Основные принципы советского трудового права / О.В. Смирнов. – М.: Юрид. л-ра, 1977. – 216 с.
31. Тихомиров Ю.А. Закон, стимулы, экономика / Ю.А. Тихомиров. – М.: Юрид. л-ра, 1989. – 270 с.
32. Торган К.Э. Правовые стимулы научно-технического прогресса в производственном объединении / К. Э. Торган. – М.: Юрид. л-ра, 1983. – 88 с.
33. Цыпкин С.Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства / С.Д. Цыпкин. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1983. – 80 с.
34. Ярцун І.М. Пільги в праві соціального забезпечення / І.М. Ярцун // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.; редкол. С.В. Ківалов (гол. ред.) та ін. – О.: Юрид. л-ра. – 2009. – Вип. 46. – С. 183–189.

Надійшла до редколегії 12.12.17

В. Андриив, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ ЛЬГОТЫ КАК ПРАВОВОЙ КАТЕГОРИИ

Исследуется понятие и сущность льготы как правовой категории. Исследованы доктринальные подходы к пониманию сущности понятия льготы в теории права социального обеспечения. Определены особенности историко-правового развития указанного правового явления. Акцентировано внимание на отличии понятия льготы от понятий поощрения, компенсации, гарантий.

Ключевые слова: социальная защита, правовая льгота, правовой стимул, законные преимущества.

V. Andriiv, Doctor of Law, Professor,

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONCEPT AND ESSENCE OF THE PRIVILEGE AS A LEGAL CATEGORY

The article explores the concept and essence of privileges as a legal category. The doctrinal approaches to understanding the essence of the concept of privilege in the theory of social security law are investigated. The features of the historical and legal development of this legal phenomenon are outlined. The emphasis is placed on the distinction between the concept of benefits from promotion and compensation.

Key words: social protection, legal privilege, legal incentive, legal advantages.

УДК 349.2

Т. Вахоньса, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ ТВОРЧОЇ ПРАЦІ ЯК КАТЕГОРІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА

Досліджено поняття творчої праці, виявлено її характерні риси, встановлено види. Задяки аналізу основних ознак творчої праці, як категорії трудового права, здійснено її порівняння з іншими видами трудової діяльності, виявлено її характерні риси та проблеми правового регулювання. Виконано порівняння продуктів творчої праці з об'єктами права інтелектуальної власності.

Ключові слова: творча праця, творча діяльність, інтелектуальна діяльність, професійна творча діяльність, творчий працівник.

Сучасне соціальне, політичне, економічне життя визначається стрімкими процесами глобалізації та інформатизації, формуванням нових соціальних норм та стандартів поведінки, появою нових культурних цінностей. Головним фактором розвитку та впливу виступає людина, яка має бути для будь-якої держави основною

цінністю. Саме держава повинна забезпечувати людині можливість самовираження, вільного розвитку, створювати умови для реалізації своїх інтелектуальних (творчих) здібностей. Правильне використання творчого потенціалу кожної окремої людини та нації в цілому є

гарантом успішного розвитку держави в усіх сферах її функціонування.

Особливу увагу з боку держави слід приділити професійній творчій праці, яка має стати основним критерієм відмежування творчих працівників від інших категорій працівників, які займаються інтелектуальною діяльністю. Для визначення правового статусу творчих працівників, як суб'єктів трудового права, необхідно з'ясувати сутність та визначити природу творчої діяльності як основної складової творчої праці.

Метою здійснюваного дослідження є визначення поняття творчої праці як категорії трудового права, установлення її характерних рис та основних видів. Дослідження правового становища творчих працівників в Україні комплексно не здійснювалося, але деякі питання правового регулювання творчої праці вивчалися такими науковцями як: І.А. Богдан, Г.С. Гончарова, Н.Б. Болотіна, І.В. Лагутіна, П.Д. Пилипенко, О.І. Процевський, В.І. Щербина, Г.І. Чанишева та ін.

Творча праця є складним процесом, який передбачає здійснення інтелектуальної (розумової) діяльності, у процесі якої реалізуються природні та набуті людиною здібності (мистецькі, художні, музичні, літературні, технічні, технологічні тощо), у результаті чого створюються нові образи, композиції, технічні рішення та ін. Творча праця реалізується шляхом здійснення творчої діяльності, яка дослідниками визначається як цілеспрямована пошукова діяльність людини, результатом якої є щось якісно нове, із притаманною йому неповторністю, оригінальністю та суспільно-історичною унікальністю. Творчість властива людині, оскільки передбачає творця – суб'єкта творчої діяльності, яким може бути тільки людина [1, с. 500]. Творчість, як складова творчої праці (діяльності), є інтелектуальною діяльністю людини, що приводить до створення нею якісно нового результату, який відрізняється неповторністю, оригінальністю, можливістю й унікальністю, а якщо цим результатом є нові технології, – то й ринковою привабливістю їхнього впровадження в новому продукті [2, с. 14]. Іншими дослідниками творчість визначається як діяльність, що має елементи новизни, які проявляються як у створенні якісно нових матеріальних і духовних цінностей, так і в більш досконалому виконанні трудових функцій. Творча діяльність здійснюється зі знанням справи, цілеспрямовано, натхненно; у ній повніше проявляються здібності людини. Це діяльність, яка здатна себе критикувати й удосконалювати, а також надавати задоволення як самому творцю, так і тим, для кого створюються продукти творчості [3, с. 101].

Творчість та творча праця досліджуються не лише юридичною наукою, а також філософією, соціологією, психологією, економікою та іншими галузями наукового пізнання світу. Тому, формуючи поняття творчої праці як категорії трудового права, слід враховувати досягнення інших наук у відповідній сфері і підходити до цього питання комплексно. Наприклад, із точки зору психології, продукт творчої праці як суспільно корисний продукт впливає на ставлення до праці, на стосунки між людьми у процесі праці. Киричук О.В. відзначає, що, розмежовуючи вкладені в нього творчі дії суб'єкта, продукт праці сам спонукає до творчої діяльності. Творча праця залежна від волі. Саме завдяки волі свідомість спрямовується на створення продукту. Результату творчої праці передують робота думки. Інтуїція і натхнення як характеристики творчої праці не протистоять праці взагалі.

Здебільшого вони самі – результат, підсумковий момент особливого піднесення, зосередження фізичних і духовних сил, які спрямовує воля на створення певного продукту. Творча праця, створюючи суспільно ко-

рисний продукт, об'єктивно вносить в нього разом із тим щось нове, оригінальне, властиве особистості. У свою чергу можливість творчої праці визначається емоційною готовністю особистості до неї [4, с. 433].

Результатом праці, у загальному її розумінні, із погляду філософії праці, є створення певного духовного чи матеріального продукту, тобто речі, реального предмета, в якому втілено знання, навички, уміння людини. Процес праці – це перетворення ідеального результату, що був на початку уявним, на реальний продукт праці в кінці цього процесу, із використанням системи дій і рухів. Усі ланки процесу праці підкорені її кінцевому результату; ціль процесу праці не в ньому самому, а в продукті праці як її результаті. Трудова діяльність виконується не заради самого процесу праці, а заради більш чи менш віддаленого його результату, що слугує задоволенню потреб людини через привласнення не лише продукту її діяльності, а й продукту праці інших людей, продукту суспільної діяльності. Таким чином, творча праця передбачає внесення нового у процес праці, удосконалення дій і рухів, спрямованих на досягнення цілі [4, с. 435].

Економісти визначають творчу працю як діяльність, що створює новий продукт, здатний задовольнити потреби суспільства. До творчої праці відносять особливий спосіб мислення, який прийнято називати творчим і можна розподілити на конвергентне (репродуктивне) і дивергентне (продуктивне). Конвергентне мислення пов'язане з концентрацією на пошуку єдиного правильного рішення із відомого їх набору, у той час як дивергентне мислення спрямоване на генерування можливої більшої кількості варіантів рішень. Саме дивергентне мислення науковці пов'язують із процесом творчості [5, с. 29].

Інтелектуальна діяльність – це свідомо, раціональна, осмислена діяльність людини шляхом використання розуму, результатом якої є дослідження існуючих законів природи, створення творів науки, літератури, мистецтва, здійснення осмисленої практичної діяльності у різних сферах суспільного життя. Інтелектуальна діяльність передбачає здійснення саме розумової раціональної діяльності, що у більшості випадків включає і творчу діяльність. Таким чином, вважаємо, що творча діяльність у більшості випадків є інтелектуальною діяльністю, у той час, як інтелектуальна діяльність може і не містити елементів творчості в широкому розумінні цього поняття, тобто не створювати щось якісно нове.

Як правило, інтелектуальність та творчість, як характерні риси здійснюваної праці, досліджуються у нерозривній єдності, оскільки інтелектуальна або складна розумова праця розглядається вченими, які працюють у сфері наукової організації праці, як праця високосмістовна, із додаванням творчих функцій, або як така, що має творчий характер і є надскладною та унікальною. При цьому під змістовністю розуміють насиченість трудового процесу розумовими операціями та творчими елементами [6, с. 7].

Таким чином, економістами встановлено, що завданням інтелектуальної праці, яка насичена творчими елементами, є виробництво нових знань. Зміст творчої праці передбачає інтелектуальну діяльність, яка включає активні процеси продуктивного мислення. У цьому випадку ми можемо говорити про конвергентне мислення як характерну рису творчої праці. Враховуючи основні характеристики творчої праці, зазначимо таке: чим більше елементів творчості у конкретній діяльності, тим вищою має бути оцінка у характеристиці техніко-організаційного змісту праці.

Творча праця, як основна складова праці творчих працівників, повинна бути закладена у визначення пра-

вового статусу творчих працівників як суб'єктів трудового права, а основний її зміст має відображатися у трудовій функції працівника. Трудова функція являє собою одну з основних умов трудового договору і визначається шляхом установлення сторонами трудового договору професії, спеціальності, кваліфікації та посади, за якою працюватиме цей працівник на конкретному підприємстві, в установі, організації. Без визначення трудової функції трудовий договір не може бути укладений, а отже, не зможуть виникнути трудові правовідносини. Загальний класифікатор професій, таким чином, повинен бути доповнений розділом "Творчі працівники", із визначенням професій, які мають відповідати основним критеріям творчої праці.

Професійна творчість потребує диференціації, тобто розподілу її на певні види. Залежно від характеру виконуваної роботи виокремлюють: 1) працю щодо створення нових знань (наукова діяльність, що має характер фундаментальних досліджень); 2) працю щодо впровадження нових технологій (діяльність щодо обґрунтування конкретних способів застосування результатів наукових досліджень, створення діючих зразків обладнання або машин, розробка технічних завдань тощо); 3) працю у сфері мистецтва щодо створення нових культурних цінностей (діяльність щодо створення художніх та мистецьких творів); 4) працю щодо задоволення поточних потреб у сфері культури (створення творів масової культури, як правило, розважального характеру); 5) підприємницьку інноваційну працю (діяльність, пов'язана з отриманням нових знань, які здатні вплинути на успіх підприємницької діяльності тощо) [7, с. 11].

Залежно від складності та змісту творчих елементів творчу працю можна поділити на такі види: 1) праця, спрямована на відкриття нових законів та явищ, що належать до сфери фундаментальних досліджень (результат повинен мати абсолютну новизну, а відповідна творча праця стосовно інших видів творчої діяльності має найвищий ступінь змісту творчих елементів); 2) праця щодо створення нових культурних та мистецьких цінностей (результатом є оригінальний художній або мистецький твір, який має демонструвати нові художні прийоми, явища, що збагачують творчість тощо); 3) праця, спрямована на здійснення прикладних досліджень (є творчою, але меншою мірою, оскільки заснована на впровадженні вже отриманих знань).

Творча праця залежно від змісту може поділятися на такі види: 1) технічна праця (обумовлюється технічною творчістю тощо); 2) художня та мистецька творчість (обумовлюється створенням культурних та мистецьких цінностей, а також їх інтерпретацією тощо).

Визначаючи та характеризуючи різні види творчої праці, які є результатом творчості (творчої діяльності), слід звернути увагу на вже більш-менш сформований законодавством перелік об'єктів права інтелектуальної власності. Так, у науковій літературі поширеним є поділ об'єктів права інтелектуальної власності на чотири групи: 1) об'єкти авторського права і суміжних прав (літературні та художні твори, комп'ютерні програми, виконання, фонограми, відеограми тощо); 2) об'єкти права промислової власності, які охороняються патентним правом (винаходи, корисні моделі, промислові зразки); 3) засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, виробленої продукції (комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; 4) нетрадиційні результати інтелектуальної діяльності (наукові відкриття, компонування інтегральних мікросхем, раціоналізаторські пропозиції, сорти рослин, породи тварин, комерційна таємниця тощо) [8, с. 805].

Творча праця окрім видів також може мати різні форми організації. Творча праця може виконуватися на дер-

жавному рівні (організація, управління та фінансування здійснюється державою з метою вирішення загальнодержавних або регіональних наукових чи культурних задач, що є пріоритетними для розвитку держави). Творча праця може здійснюватися на приватному рівні (за рахунок приватних капіталів або із залученням бюджетних коштів). Інколи приватні установи виконують пошукову та іншу діяльність за замовленням і за рахунок держави. Індивідуальний рівень творчої праці частково спостерігається, коли найманий працівник поряд зі своїми трудовими обов'язками виконує за окремим цивільно-правовим договором роботу щодо створення того чи іншого інтелектуального продукту. Щодо індивідуального рівня творчої праці висловлюються у науці й інші погляди. При розробці умов праці, системи оплати праці для творчих працівників, які виконують творчу працю в установах різних рівнів, необхідно врахувати цей фактор. Щодо працівників державного сектора, наприклад, установити жорсткий контроль за процесом творчої діяльності і звертати особливу увагу на отримані результати (наявність та якість інтелектуального продукту). Працівники приватного сектора можуть жорстко контролюватися лише у звітний період (при поданні створеного результату), процес праці у частині його нормування можна зробити більш динамічним ніж це передбачено загальним трудовим законодавством. Цілком або частково подібна творча робота може виконуватися вдома; у певних випадках мають передбачатися оплачувані творчі відраядження для творчих працівників тощо.

Розробка основних законодавчих засад правового статусу творчих працівників, як суб'єктів трудового права, неможлива без урахування виду творчої праці та тих положень, які вже містяться у нормах права інтелектуальної власності. Деякі із цих положень, наприклад, потребують трансформування у трудове право; окремі питання регулювання праці творчих працівників та визначення їх майнових і особистих немайнових прав потребують запровадження нових підходів та правил. Створення інтелектуального продукту у процесі творчої діяльності ототожнюється з інтелектуальною власністю.

Термін "інтелектуальна власність" відображає саме особливості результатів інтелектуальної творчої діяльності як об'єктів цивільного права та вказує на особливості їх створення, користування та розпорядження. Якщо у праві власності держава насамперед захищає інтереси особистості, що на законних підставах привласнила той чи інший матеріальний об'єкт, то у праві інтелектуальної власності захищаються інтереси творця інтелектуального продукту, чий статус привласнити неможливо. Об'єкт права власності (річ) має обмежений термін існування, що пов'язано з його матеріальним походженням. Щодо інтелектуальних продуктів, то їх існування у часі є безтерміновим. І навпаки, існування права власності є безтерміновим, а існування права інтелектуальної власності обмежується чітко визначеними законодавством термінами, після спливу яких інтелектуальний продукт перетворюється на суспільне надбання народу.

Як зазначив відомий дослідник права інтелектуальної власності В.А. Дозорцев, для прав на результати матеріального виробництва вирішальне значення має право власності на умови та передумови їх створення. Для прав на результати інтелектуальної діяльності вирішальне значення мають інші фактори – праця творця та його особистість, особливо у випадку, коли об'єктом є результати творчості [9, с. 89].

Інтелектуальна власність може розглядатися як економічна та як юридична категорія. У вигляді економічної категорії "інтелектуальна власність" розглядається як складова та один із різновидів капіталу, який має відповідні ознаки капіталу і водночас відтворює

властиві лише йому (інтелектуальному капіталу) особливості. Інтелектуальний капітал – це продукт, що може бути перетворений на прибуток та оцінений. Таким чином, інтелектуальна власність є складовою інтелектуального капіталу і виконує функцію визначення належності результату інтелектуальної (творчої) діяльності, що втілений у певну об'єктивну форму (авторський твір, винахід, товарний знак тощо). Інтелектуальна власність як юридична категорія є сукупністю виключних прав як особистого, так і майнового характеру на результати інтелектуальної і, у першу чергу, творчої діяльності, а також на деякі інші прирівняні до них об'єкти, конкретний перелік яких установлюється законодавством відповідної держави з урахуванням прийнятих нею міжнародних зобов'язань [10, с. 19].

Творчий працівник, створюючи той чи інший об'єкт права інтелектуальної власності, виступає найманним працівником, здійснює творчу діяльність у межах виконання трудової функції та своїх трудових зобов'язань, отримує регулярну заробітну плату за виконану роботу тощо. Деякі майнові та особисті немайнові права й особливості створення інтелектуального продукту повинні забезпечуватися виключно нормами трудового права, комплексно нормами трудового права та права інтелектуальної власності, а окремі права мають забезпечуватися винятково нормами цивільного права (права інтелектуальної власності).

Різними науками виокремлено низку специфічних ознак творчої праці, цінність яких для трудового права полягає в тому, що вони дозволяють диференціювати творчу працю за різними критеріями й оптимально визначити нормування праці творчих працівників, оплату праці, стимулювання праці, час відпочинку тощо. Так, творча праця може характеризуватися так: складна (багатокомпонентний зміст); колективна (учасники творчого процесу зв'язані спільною метою); довготривала (невизначеність результатів на попередньому етапі, необхідність ретельної перевірки кожного етапу роботи); така, що потребує додаткового фінансування (необхідність додаткових коштів для створення необхідних умов, проведення експериментальної роботи та матеріальна підтримка учасників процесу); суперечлива (виникнення суперечностей між учасниками творчого процесу щодо творчого внеску, суперечливе ставлення учасників процесу до створеного результату тощо); наявність сумнівів у процесі творчості (сумніви щодо використання методів та прийомів творчої праці, сумніви в оцінюванні результату); наявність випадковості (створення інтелектуального (творчого) продукту внаслідок випадковості); авторська праця (наявність автора та визначення прав інтелектуальної власності); перспективна (інтуїтивна здатність творця бачити перспективи, знаходити правильні рішення тощо); праця, яка базується на творчій уяві (важлива риса для творчості та цінності кінцевого результату, що робить його новим, оригінальним, неповторним тощо); специфіка результатів (визначає сутність творчості) [7, с. 27–38] та ін.

Кожний вид творчої діяльності потребує ретельного дослідження з погляду визначення його характерних рис і, залежно від наявних характеристик, формування законодавства щодо спеціального регулювання процесу творчої праці трудовим правом.

Враховуючи викладене вище, можна зробити такі висновки:

1. Творча праця є різновидом інтелектуальної діяльності, у процесі якої здійснюється реалізація при-

родних та набутих людиною здібностей та вмінь, у результаті чого створюються нові образи, композиції, технічні рішення та інші продукти процесу творчості, які відрізняються від інших результатів інтелектуальної діяльності новизною, оригінальністю, неповторністю, унікальністю, суспільною необхідністю та, можливо, ринковою привабливістю.

2. Основними характерними рисами творчої праці (творчої діяльності) є: 1) створення нового продукту духовної або технічної творчості, що повинен мати ознаки неповторності, унікальності, суспільної необхідності та ін; 2) створення продукту творчості здійснюється в результаті дивергентного мислення, яке передбачає не лише осмислену раціональну діяльність, але і застосування нестандартних підходів до розв'язування задач; 3) змістовність творчої праці означає насиченість трудової діяльності розумовими процесами, продуктивним мисленням та різноманітними творчими елементами; 4) зміст творчої праці має відобразитися у трудовій функції працівника, а оцінка творчої праці повинна здійснюватися залежно від кількості творчих елементів, – "чим більше елементів творчості у конкретній діяльності, тим вищою має бути оцінка у характеристиці техніко-організаційного змісту праці".

3. Для визначення правового статусу творчих працівників творчу працю доцільно поділити на два основні види: 1) технічна творча праця; 2) художня та мистецька творча праця. У межах цих двох видів необхідно виокремити їх підвиди за різними критеріями та визначити характерні риси такої діяльності та її результатів.

4. Творчий працівник – це фізична особа, яка здійснює творчу працю на професійній основі на підставі трудового договору. Професійний характер творчої праці означає здійснення творчої діяльності в межах трудових правовідносин за професією (посадою), яка у спеціальному нормативному порядку визнана творчою.

Список використаних джерел:

1. Інтелектуальна власність в Україні: правові засади та практика. У 4 т. / за заг. ред. О.Д. Святоцького. – Т. 1 : Право інтелектуальної власності / С.О. Довгий, В.С. Дробязко, В.О. Жаров та ін.; за ред. В.М. Литвина, С.О. Довгого. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 1999. – 460 с.
2. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 6 : Право інтелектуальної власності / за ред. проф. Спасибо-Фатеевої. – Серія "Коментарі та аналітика". – Х. : ФОП Лисяк Л.С., 2011. – 592 с.
3. Чангли І.І. Труд. Социологические аспекты теории и методологии исследования / И.И. Чангли. – М. : Наука, 1973. – 588 с.
4. Киричук О.В. Основи психології : підручник / О.В. Киричук. – К., 2006. – 632 с.
5. Галаева Е.В. Творческий потенциал предприятий и организаций: вопросы управления / Е.В. Галаева. – М. : НИИ труда, 1995. – 259 с.
6. Кочкина Н.В. Количественная оценка содержательности труда / Н.В. Кочкина. – М. : Экономика, 1987. – 157 с.
7. Кушнир А.Б. Оценка и оплата творческого труда. : дис. ... канд. экон. наук : 08.00.05 / ФГУП "Научно-исследовательский институт труда и социального страхования" Федерального агентства по здравоохранению и социальному развитию. – М., 2007. – 176 с.
8. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
9. Дозорцев В.А. Творческий результат: система правообладателей / В.А. Дозорцев // Вестник Высш. Арбитр. Суда РФ. – 2002. – № 11. – С. 89–94.
10. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник / А.П. Сергеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 1999. – 752 с.

Надійшла до редколегії 21.12.17

Т. Вахонєва, д-р юрид. наук, проф.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОНЯТИЕ, ВИДЫ И ХАРАКТЕРНЫЕ ЧЕРТЫ ТВОРЧЕСКОГО ТРУДА КАК КАТЕГОРИИ ТРУДОВОГО ПРАВА

Исследовано понятие творческого труда, выявлены его характерные черты, установлены виды. Анализируя основные признаки творческого труда, как категории трудового права, осуществлено его сравнение с другими видами трудовой деятельности, выявлены его характерные черты и проблемы правового регулирования. Осуществлено сравнение продуктов творческого труда с объектами права интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: творческий труд, творческая деятельность, интеллектуальная деятельность, профессиональная творческая деятельность, творческий работник.

T. Vakhonieva, Doctor of Law, Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONCEPT, TYPES AND CHARACTERISTIC FEATURES OF CREATIVE WORK AS A CATEGORY LABOR LAW

In the scientific article studied the concept of creative work, it revealed its characteristic features, types installed. By analyzing the main features of the creative work, as a category of labor law, carried out its comparison with other types of work, identified its characteristics and problems of legal regulation. Implemented comparison creative work products with the objects of intellectual property rights.

Key words: creative work, intellectual work, professional creative activity, creative worker.

УДК 347.121 , 347.77.01

А. Кодинець, д-р юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ІНФОРМАЦІЯ ТА ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ В УМОВАХ ФОРМУВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Статтю присвячено розгляду теоретичних аспектів співвідношення інформації та об'єктів права інтелектуальної власності; визначенню інформації як об'єкта цивільних прав; окресленню концепції та методології цивільно-правової регламентації відносин в інформаційній сфері. Із позиції юридичної доктрини аналізуються особливості інформації, обґрунтовується концепція цивільно-правового регулювання інформаційних відносин у законодавстві України, визначаються тенденції та перспективи правового регулювання в інформаційному суспільстві.

Ключові слова: інформація, інформаційні відносини, результат інтелектуальної діяльності, інтелектуальна власність, творчість.

В умовах поширення інформаційних технологій, становлення й розвитку інформаційного суспільства відбувається переосмислення ролі та значення інформації як соціального блага і правового феномена. Інформація із категорії, що характеризує систему знань та уявлень про людину і навколишню дійсність трансформується в базову умову життєдіяльності особи, невід'ємний атрибут її функціонування та суспільного розвитку. Поступово у нормативно-правових актах право на інформацію виокремилася із системи природних прав та сформувалося як основоположне, первинне право людини, яке визнається та гарантується міжнародною спільнотою. Формування правової держави, розбудова громадянського суспільства в сучасних умовах неодмінно передбачає розширення меж приватноправової регламентації інформаційних відносин. Зазначені фактори зумовлюють актуальність дослідження засад правового регулювання інформаційних відносин, розгляду особливостей співвідношення інформації та об'єктів права інтелектуальної власності, окреслення методології приватноправової регламентації відносин в інформаційній сфері.

Зазначені питання були предметом наукового дослідження представників різних галузей юридичної науки, зокрема, О.О. Городова, В.О. Копилова, Є.В. Петрова, О.О. Підпригори, О.А. Підпригори, О.П. Сергєєва, О.І. Харитонової та інших науковців. Науковим підґрунтям дослідження проблем даної публікації стали роботи О.В.Кохановської, присвячені розробці теорії цивільно-правового регулювання інформаційних відносин.

При написанні статті використовувалися загальнонаукові та спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій.

Метою статті є дослідження теоретичних аспектів співвідношення інформації та об'єктів права інтелектуальної власності, аналіз особливостей інформації як об'єкта правової охорони, окреслення методології приватноправової регламентації відносин в інформаційній сфері.

Інформація у силу своєї нематеріальної природи, здатності до поширення та тиражування може перебувати одночасно у необмеженій кількості осіб, а інформаційні відносини виникають, передусім, між приватними особами. Регламентація інформаційних відносин публічним правом, повинна доповнювати (а не замінити) приватноправові засади впорядкування інформаційних відносин. Тому, враховуючи, що інформація є самостійним об'єктом цивільних прав (ст. 200 ЦК України), а право на інформацію охороняється як особисте немайнове право фізичної особи (ст. 302 ЦК України) спробуємо визначити місце інституту інформаційних прав у межах системи цивільного права.

Підкреслимо, що серед науковців тривають дискусії щодо співвідношення інформації та об'єктів права інтелектуальної власності. У цьому аспекті можна виділити три основні точки зору. Зокрема, О.О. Підпригора вважала, що об'єктом права інтелектуальної власності є будь-яка інформація [1, с. 676–677]. Така позиція видається досить дискусійною оскільки законодавство відносить до об'єктів інтелектуальної власності не всі види інформації, а лише ті, які відповідають установленим умовам охороноздатності. Тому існування виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності є скоріше особливим правовим режимом окремих видів інформації.

Інші вчені визначають, що інформація та результати інтелектуальної творчості – це окремі об'єкти цивільних прав [2, с. 40; 3, с. 25]. Такого підходу дотримується значна частина цивілістів, які при визначенні співвідношення інформації та інтелектуальної власності, хоча і кажуть про інформаційну природу результатів творчої діяльності, проте, формально застосовуючи норму ст. 177 ЦК України, підкреслюють, що інформація та результати інтелектуальної, творчої діяльності є самостійними видами об'єктів цивільних прав [4, с. 136].

Третя точка зору [5, с. 99–104; 6, с. 61–64] передбачає розгляд об'єктів права інтелектуальної власності як різновиду інформації, а творчу діяльність як інформаційний процес. Цілком закономірно, що такий підхід набуває дедалі більшого поширення серед зарубіжних, а також вітчизняних науковців. У межах цього підходу також існує декілька напрямів. Ряд науковців, зазначаючи про тісний зв'язок інформаційного права та інтелектуальної власності, підкреслюють їх взаємозамінний характер. Зокрема, на думку В.О. Копилова, інститут інтелектуальної власності є основою правового регулювання інформаційних відносин, що виникають при виробництві, передачі, поширенні та споживанні інформації, створюваної в порядку здійснення свободи думки і слова, свободи літературної, художньої, наукової, технічної та інших видів творчості [7, с. 47].

Інші вчені зазначають про можливість додаткового захисту механізмами інформаційного права результатів творчої діяльності. Зокрема, І.Л. Бачило та В.М. Лопатін указують на таке: стосовно результату інтелектуальної творчості виникає подвійний захист прав суб'єкта інтелектуальної власності, форма може бути захищена режимом твору, а зміст – патентним режимом. Виникає модель подвійного (а часом і потрійного) захисту: права на документ, на пакет документів як на результат виконаної роботи, прав автора на форму інтелектуальної авторської праці – твір, а за певних умов – і на захист ідеї, вираженої в цьому комплекті документів [8].

Вітчизняні правознавці також наголошують на тому, що інформація у межах системи цивільного права проявляється як окремий об'єкт правової охорони та як результат творчої діяльності, що охороняється системою права інтелектуальної власності.

Зокрема, О.В. Кохановська визначає форми інформації як об'єкта цивільного права [9]. Інформацію можна розглядати у таких її проявах: 1) як особисте немайнове благо у комплексі благ, перерахованих у ст. 201 і Книзі 2 ЦК України; 2) як результат творчої інтелектуальної діяльності, тобто як об'єкт виключних прав, урегульованих у ст. 199 і Книзі 4 ЦК України; 3) як інформаційний продукт, ресурс, документ, тобто об'єкт, який може бути інформаційним товаром і предметом будь-яких правочинів, з урахуванням особливостей і специфіки його як об'єкта особливого роду.

Наведені визначення відображають різні аспекти категорії інформації як об'єкта приватного права, підкреслюють характер інформації як особливого немайнового блага, що може виражатися у вигляді особистих благ фізичної особи, як результат творчої діяльності, а також виступати предметом договірних та позадоговірних зобов'язань. За такого ракурсу розгляду співвідношення інформації та об'єктів інтелектуальної власності не відбувається протиставлення цих взаємопов'язаних інститутів цивільного права. Навпаки, результати інтелектуальної, творчої діяльності як різновид інформації автоматично підпадають під охорону інформаційного законодавства і додатково можуть захищатися способами захисту права інтелектуальної власності.

Зв'язок між сферою інтелектуальної власності та інформаційними відносинами проілюструємо прикладом. Учений створив нову технологію, оформив її в наукових звітах, конструкторській документації тощо, проте ще не встиг оформити заявку на отримання охоронного документа. До моменту подання заявки на отримання патенту технологія охороняється як об'єкт авторських прав. Відомо, що авторсько-правова охорона поширюється на форму подання інформації, але не на її зміст. Тому, якщо інша особа отримує доступ до такої технології й опублікує статтю про новий виріб, у загальних рисах описавши його особливості, винахідник не зможе забезпечити захист своїх порушених прав, оскільки форми вираження інформації (науковий звіт, конструкторська документація та наукова стаття) є абсолютною різними, а ідеї не підпадають під охорону як об'єкти авторських прав. Способом захисту прав первинного винахідника у цьому випадку є встановлення режиму конфіденційності щодо результатів дослідження та форм їх вираження, порушник якого може бути притягнутий до відповідальності на підставі законодавства, яке регулює інформаційні відносини. За цих умов наголошуємо, що окремі недоліки законодавчого регулювання відносин інтелектуальної власності можуть бути ефективно вирішені на підставі інформаційного законодавства, і навпаки, регулювання інформаційних відносин може бути забезпечене також правом інтелектуальної власності, якщо інформація має інтелектуальний, творчий характер.

Наведемо інший приклад. Журналіст узяв інтерв'ю в особи і з певними змінами опублікував його у місцевій газеті. Опублікована стаття, на думку особи, неправильно відображає її висловлювання, перекручує окремі факти чи містить додаткові коментарі. Зазначені відносини мають інформаційний характер, проте лише на підставі цивільно-правових норм, що регулюють право на інформацію, досить важко заборонити публікацію чи вимагати відшкодування заподіяних збитків. Право на спростування та право на відповідь, що встановлені ЦК України для захисту інформаційних прав особи стосуються лише випадків поширення недостовірної інформації про особу чи членів її сім'ї (ст. 277 ЦК України). Якщо ж опубліковане інтерв'ю безпосередньо не стосується особи чи членів її сім'ї, проте містить перекручені висловлення чи коментарі, то норма ст. 277 ЦК України не підлягає застосуванню. Проте, враховуючи, що з позиції авторського права інтерв'ю тлумачиться як твір, створений у співавторстві, громадянин як співавтор може заборонити публікацію твору, створеного у співавторстві. За цих обставин норми законодавства про інтелектуальну власність сприяють формуванню вищого рівня правової захищеності суб'єкта інформаційних відносин.

Органічний зв'язок між інформацією і результатами творчої діяльності, які охороняються правом інтелектуальної власності, матиме юридичне значення у разі офіційного законодавчого закріплення результатів творчості як особливого виду інформації.

Однак, на відміну від висловленої науковцями думки про первинність інституту інтелектуальної власності для регулювання інформаційних відносин [7, с. 47], вважаємо, що базою регламентації інтелектуальної власності має бути приватноправове регулювання інформаційних відносин. Кожен об'єкт інтелектуальної власності є результатом інтелектуальної діяльності людини, тобто має інформаційний характер, проте не завжди інформація є результатом творчості, яка охороняється як об'єкт інтелектуальної власності. Сфера правового регулювання інформаційних відносин наба-

гато більша за інститут інтелектуальної власності. Проте не можна не наголосити про більш високий рівень сформованості юридичних механізмів охорони результатів творчості та захисту суб'єктивних прав їх творців. Тому закономірно, що в межах юриспруденції триває процес формування цілісної системи уявлень, категорій і понять про інформацію як об'єкт правової охорони, тоді як основні засади охорони інтелектуальної власності визначено ще наприкінці XIX ст. і закріплено на рівні основних міжнародних конвенцій про авторське право і про право промислової власності.

У сучасних умовах розвитку інформаційного суспільства належне й ефективне регулювання інформаційних відносин має бути основою для подальшого розвитку інших "інформаційних інститутів" цивільного права: права інтелектуальної власності та особистих немайнових прав фізичної особи.

У межах досліджуваної тематики також доцільно проаналізувати співвідношення категорій "інформація", "результат інтелектуальної діяльності" та "результат творчої діяльності".

Інформація пов'язана з інтелектуальною діяльністю та може мати будь-які форми зовнішнього відображення, які можуть бути сприйняті особою безпосередньо чи за допомогою технічних засобів. Як результат інтелектуальної діяльності людини інформація може існувати як самостійний об'єкт, так і у формі результатів творчої діяльності, які охороняються системою права інтелектуальної власності. Концепція інформації як результату інтелектуальної діяльності дозволяє поширити на інформаційні відносини приватноправового характеру окремі положення законодавства про інтелектуальну власність. Зазначимо, що трактування інформації як результату інтелектуальної діяльності ґрунтується на загальноприйнятому значенні поняття інтелекту як здатності до мислення та раціонального пізнання [10, с. 501]. Стосовно цього О.П. Сергеев слушно зазначає, що поняття "результат інтелектуальної діяльності" має дуже широкий характер і в принципі може охоплювати все, що створено в результаті певних інтелектуальних зусиль людини [11, с. 621].

У науковій літературі інтелект визначається як здатність пізнавати і вирішувати проблеми, які поєднують у собі пізнавальні здібності. Людина застосовує інтелект для обробки наявної інформації, наприклад, із метою побудови або вдосконалення розуміння, позиції, стратегії, методу, правила, комбінації, відношення, пояснення, рішення, плану чи мети. Інтелект пов'язаний з іншими внутрішніми властивостями людини, такими як, сприйняття, пам'ять, мова, уява, самосвідомість, самоконтроль, характер, творчість, інтуїція [12, с. 244].

Поняття "творчість" у філософській літературі характеризується як діяльність людини, спрямована на створення якісно нових, невідомих раніше духовних або матеріальних цінностей (нові твори мистецтва, наукові відкриття, інженерно-технологічні, управлінські чи інші інновації тощо) [13, с. 296]. У психології творчість вивчається переважно у двох аспектах: як психологічний процес творення нового і як сукупність властивостей особистості, що забезпечують її включеність у цей процес [14, с. 244].

Представники філософських наук та вчені-психологи, досліджуючи феномен творчості, незважаючи на полісемію наукових поглядів і світоглядних позицій, пов'язували цю категорію з поняттям інтелекту, наголошуючи на неможливості здійснення творчої діяльності без інтелектуальної поведінки особи. Як засвідчили результати психологічних досліджень, не завжди високий рівень інтелекту має наслідком

здійснення творчої діяльності, тобто творчість як соціологічний феномен, хоча і тісно пов'язана з інтелектуальною діяльністю й реалізується у її межах, але є вужчою категорією. Головну роль у детермінації творчої поведінки відіграють особистісні риси людини.

Отже, аналіз основних положень філософії та інших гуманітарних наук щодо розуміння сутності категорій "творчість" та "інтелект", визначення їх взаємної кореляції, детермінації та розмежування дає підстави резюмувати. Поняття "результат інтелектуальної діяльності" охоплює всі результати розумової діяльності фізичної особи чи групи осіб. Різновидом результатів інтелектуальної (розумової) діяльності є результати творчої діяльності. Кожен результат творчості є результатом інтелектуальної діяльності особи, адже творчість, так само як і інтелектуальна діяльність, притаманна лише людині. Якщо результат інтелектуальної діяльності особи не має характеру новизни чи оригінальності, його не можна вважати творчим надбанням, але він залишається результатом інформаційної діяльності особи.

У сфері юридичної науки існує також інший підхід щодо співвідношення категорій "результат інтелектуальної діяльності" та "результат творчості". Зокрема, О.А. Підпригора і О.Д. Святоцький вважають, що творча діяльність – поняття більш широке ніж інтелектуальна діяльність. Результати інтелектуальної діяльності обов'язково мають відповідати встановленим вимогам закону. Лише за цієї умови результати інтелектуальної діяльності можуть стати об'єктами інтелектуальної власності" [15, с. 30].

Вочевидь, бачимо суміщення понять "результат інтелектуальної діяльності" та "результат творчої діяльності як об'єкт правової охорони". Справді, не кожний результат творчості отримує правову охорону. Для її забезпечення він має відповідати визначеним законодавством критеріям – умовам охороноздатності. Такими критеріями, зокрема для винаходів, є новизна, винахідницький рівень та промислова придатність. Однак навіть за відсутності зазначених критеріїв створений продукт, процес чи торговельна марка також будуть результатами інтелектуальної, творчої діяльності особи, які не матимуть правової охорони у силу недодержання вимог законодавства.

Категорія інтелектуальної діяльності охоплює будь-які форми, види й результати розумової діяльності особи. Значна частина цих результатів може мати новизну, характеризуватися оригінальністю, неповторністю та суспільно-історичною унікальністю, тобто бути результатом творчої діяльності. Проте лише ті результати творчості, які відповідають вимогам законодавства, можуть отримати правову охорону як об'єкти права інтелектуальної власності. Наприклад, винахідник створив новий технологічний продукт, опублікував відомості про створений ним винахід і звернувся за отриманням патенту. При цьому, якщо термін, що сплинув із дати оприлюднення відомостей про винахід, не перевищує 12 місяців до дати подання заявки на отримання патенту, то такий технологічний продукт отримає правову охорону як об'єкт права інтелектуальної власності. Якщо зазначений термін перевищено, винахідникові буде відмовлено у видачі патенту через порушення умови патентоздатності винаходів – новизни. Проте в обох наведених ситуаціях нова технологія є результатом інтелектуальної, творчої діяльності особи. Аналогічно винахід, термін чинності майнових прав на який сплинув, не буде охоронятися як об'єкт права інтелектуальної власності, але він залишається результатом творчої діяльності його творця.

Відтак категорії "результат інтелектуальної діяльності", "результат творчості" та "об'єкт права інтелектуальної власності" поєднують той факт, що всі зазначені терміни стосуються характеристики різноманітних проявів розумової діяльності особи. Найширшим за своїм обсягом є поняття "інтелектуальна діяльність", що охоплює будь-які форми, види та результати розумової діяльності. Результати інтелектуальної діяльності особи – нематеріальні блага, незалежно від форм їх зовнішнього вираження та існування, є інформацією, що може охоронятися на підставі законодавства про захист інформації. Такий вид інтелектуальної діяльності, у результаті якої створюються якісно нові нематеріальні блага, що вирізняються неповторністю, оригінальністю і суспільно-історичною унікальністю, є творчим надбанням (результатом творчості). Результати інтелектуальної, творчої діяльності, які відповідають визначеним законодавством критеріям, стають об'єктами права інтелектуальної власності.

Висновки. Інформація як об'єкт цивільно-правового регулювання знаходить вираження у різних інститутах та нормах цивільного права.

По-перше, інформація є самостійним об'єктом цивільних прав. Норми, які присвячені регламентації інформації у системі цивільного права перебувають у стадії свого розвитку і закріплені лише в окремих статтях ЦК України (ст. 200, 277–278 та 302), проте і за цих умов можемо констатувати формування самостійного інституту цивільного права – права на інформацію – та перспективи його подальшого розширення та генезису.

По-друге, інформація є складовою значної кількості особистих немайнових благ, які охороняються Книгою 2 ЦК України. У межах системи особистих немайнових благ, що забезпечують природне існування фізичної особи та її соціальне буття (Книга 2 ЦК України), охороняються блага, які мають інформаційну складову.

По-третє, інформація завжди пов'язана з інтелектуальною діяльністю та може мати будь-які форми зовнішнього відображення, придатні для сприйняття особою безпосередньо чи за допомогою технічних засобів. Як результат інтелектуальної діяльності людини інформація може існувати як самостійний об'єкт, так і у формі результатів творчості, які охороняються системою права інтелектуальної власності. Концепція інформації як результату інтелектуальної діяльності дозволяє екстраполювати на інформаційні відносини приватноправового характеру, система регулювання яких лише фор-

мується у вітчизняному законодавстві, окремі положення законодавства про інтелектуальну власність.

У сучасних умовах становлення та розвитку інформаційного суспільства спостерігаємо суперечність між системою права інтелектуальної власності та інформаційними можливостями особи щодо вільного збирання, зберігання, поширення та використання інформації. В умовах інформаційного суспільства, розвитку наукової та науково-технічної діяльності монопольне право суб'єкта інтелектуальної власності потребує істотних обмежень як у часовому, так і у просторовому вимірах.

Список використаних джерел:

1. Право власності в Україні / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, О.А. Підпригори. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 816 с.
2. Лютикова П.В. К вопросу об информации как объекте гражданского права / П.В. Лютикова // Проблемы законности. – 2000. – № 40. – С. 42–46.
3. Северин В.А. Правовое регулирование информационных отношений / В.А. Северин // Вестник Моск. ун-та. Серия 11. Право. – 2000. – № 5. – С. 21–36.
4. Цивільне право України: підручник. У 2 кн. / О.В. Дзера, Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 1. – 720 с.
5. Кохановська О.В. Актуальні теоретичні проблеми співвідношення інформаційних прав і прав інтелектуальної власності / О.В. Кохановська // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 8. – С. 99–104.
6. Гаврилов О.А. Информатизация правовой системы России: Теоретические и практические проблемы: учеб. пособие / О.А. Гаврилов. – М.: Юрид. кн.: ЧеРо. 1998. – 103 с.
7. Копылов В.А. Информационное право: учебник / В.А. Копылов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 512 с.
8. Бачило И.Л. Информационное право: учебник / И.Л. Бачило, В.Н. Лопатин, М.А. Федотов – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 789 с. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.alleng.ru/d/jur/jur532.htm>.
9. Кохановська О.В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. / О.В. Кохановська. – К., 2006. – 34 с.
10. Советский энциклопедический словарь / А. М. Прохоров (пред.) и др. – М.: Советская Энциклопедия, 1981. – 1600 с.
11. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник / А.П. Сергеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ПБОЮЛ Грищенко Е.М., 2001. – 752 с. – С. 621.
12. Філософський словник / за ред. В.І. Шинкарука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Головна редакція УРЕ, 1986. – 800 с.
13. Філософія: навч. посіб. / І.Ф. Надольний, В.П. Андрущенко, І.В. Бойченко, та ін.; за ред. І.Ф. Надольного. – К.: Вікар, 1997. – 584 с.
14. Палій А.А. Диференціальна психологія: навч. посіб. / А.А. Палій. – К.: Академвидав, 2010. – 432 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/14210923/psihologiya/zdatnist_tvorchosti_zvyazki_tvorchosti_intelektu.
15. Право інтелектуальної власності: Академ, курс: підручник для студ. вищих навч. закл. / О.А. Підпригора, О.Б. Бутнік-Сіверський, В.С. Дроб'язко та ін.; за ред. О.А. Підпригори, О.Д. Святоцького. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: Концерн Видавничий Дім "Ін Юре", 2004. – 672 с.

Надійшла до редколегії 21.12.17

А. Коди́нец, д-р юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ИНФОРМАЦИЯ И ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ:

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ СООТНОШЕНИЯ В УСЛОВИЯХ ФОРМИРОВАНИЯ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА

Статья посвящена рассмотрению теоретических аспектов соотношения информации и объектов права интеллектуальной собственности; определению информации как объекта гражданских прав; рассмотрению методологии гражданско-правовой регламентации отношений в информационной сфере. С позиции юридической доктрины анализируются особенности информации, обобщается концепция гражданско-правового регулирования информационных отношений в законодательстве Украины, определяются тенденции и перспективы правового регулирования в информационном обществе.

Ключевые слова: информация, информационные отношения, результат интеллектуальной деятельности, интеллектуальная собственность, творчество.

A. Kodynets, Doctor of Law, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE RIGHT TO INFORMATION AND THE RIGHT OF INTELLECTUAL PROPERTY: SOME ASPECTS OF CORRELATION IN THE CONDITIONS OF INFORMATION SOCIETY

The right to information and the right of intellectual property: some aspects of correlation in the conditions of information society. The article deals with the theoretical aspects of the correlation between information and objects of intellectual property law; the definition of information as an object of civil rights; consideration of the methodology of civil regulation of relations in the information sphere. This article from the perspective of legal doctrine examines the features of the information, the concept of civil legal regulation of information relations at the present stage of development of legislation of Ukraine, trends and prospects of legal regulation in the information society.

Key words: information, information relations, the result of intellectual activity, intellectual property, creativity, information legislation.

УДК 347.971

I. Ізарова, д-р юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
Е. Сільвестрі, проф. кафедри права
керівник курсів з підготовки спеціалістів ADR, Університет Павія

ПРИНЦИП "CASE MANAGEMENT" У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПОРІВНЯЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ІТАЛІЇ ТА УКРАЇНИ

Статтю присвячено одному з найактуальніших питань сучасної науки цивільного процесу – принципу "case management", який упродовж останніх двадцяти років упевнено завойовує чільне місце під сонцем реформ цивільного процесуального законодавства в європейських державах. Основою для цього дослідження стала національна доповідь, підготовлена проф. Сільвестрі на конференцію Міжнародної асоціації процесуального права "Про судовий менеджмент у порівняльному аспекті", що відбулася 8–10 листопада 2017 р. у Тянчжині, КНР, друга сесія "Організація розгляду справ", основний доповідач – д-р Джон Сорабджі. Охарактеризовано положення реформованого цивільного процесуального законодавства України, в якому прослідковуються ідеї запровадження принципу "case management". Підготовлено пропозиції щодо визначення суті цього принципу та більш комплексної реалізації в законодавстві Італії та України.

Ключові слова: цивільне судочинство; принцип організації розгляду справи; ефективний та своєчасний захист прав; європейський цивільний процес.

Принцип "case management" став стержнем реформи цивільного судочинства Великої Британії, основною метою якої було підвищення доступності правосуддя і зменшення витрат на розгляд справ у суді, а також спрощення правил та модернізація судочинства [1, 2]. Для цього лорд Г. Вульф запропонував відійти від традиційних підходів щодо організації розгляду справи – так званого інквізиційного, де діє активний суддя і пасивні сторони, і змагального, в якому суддя відіграє пасивну роль, а процес залежить від активності сторін. Ці моделі впродовж доволі тривалого часу реалізувалися у процесуальному законодавстві європейських країн [3]. Проте, на його думку, жоден із них не забезпечив ефективного правосуддя, тому він запропонував новий підхід, відповідно до якого у сторін та суду кореспондуючі права та обов'язки, що забезпечують їх однакову взаємну відповідальність за організацію розгляду справи та її результат.

Шляхом перерозподілу обов'язків сторін і суду, залишаючи за останнім контроль за організацією розгляду справи, за задумом лорда Вульфа можна було б вирішити такі проблеми, як невинуватне затягування розгляду справи, надмірні судові витрати на розгляд справи тощо. Відповідно за судами він залишив остаточне право вирішити, яка процедура підходить для розгляду справи; установити реальні терміни вчинення процесуальних дій і забезпечити дотримання цієї процедури та термінів. Під час перекладу цього принципу українською мовою ми виходили більш із його суті й основної мети, для досягнення якої він і був запроваджений. Мета, передусім, полягає у забезпеченні ефективної організації судового розгляду справи шляхом взаємодії суду і сторін, зокрема, у визначенні порядку розгляду справи, часу проведення судового засідання, у термінах здійснення процесуальних дій тощо. З огляду на це, на наше переконання, найбільш вдалим терміном для перекладу терміну "case management" буде такий: "організація розгляду справи" судом.

У подальшому принцип організації розгляду справи знайшов своє місце в реформах більшості європейських країн. Як влучно зазначив А. Узелац, цілком варто відійти від цієї дихотомії й утвердити принцип організованого розгляду справи та лояльного співробітництва з метою забезпечення справедливого, ефективного, своєчасного та пропорційного вирішення цивільних справ [4, с. 3–18]. Проте при цьому в ЄС досі не сформувалося єдиного підходу до питання про судовий контроль за процесом, як зазначено у Доповіді про спільні мінімальні стандарти цивільного процесу в ЄС [5]: основними трендами реформ цивільного процесу серед держав-членів є забезпечення ефективності процесу,

що передбачає надання суддям відповідного рівня судового контролю, і це не притаманне системам так званого слідчого процесу, а більше інквізиційному; водночас слід констатувати зовсім протилежні результати, що можна пов'язати, зокрема, із недостатністю суспільної довіри до суддів у постсоціалістичних країнах.

Отже, ефективне функціонування принципу організації розгляду справи залежить від сукупності факторів, які зумовлюють та визначають особливості його реалізації в конкретному національному законодавстві. Які, наприклад, перспективи його реалізації в цивільному процесуальному законодавстві Італії і України? Про це детальніше йдеться у другій та третій частинах нашої статті.

Підготувати доповідь про організацію розгляду справ у цивільному судочинстві в Італії так само складно, як і "ганятися за дикими гусями". Організація розгляду справ є одним із найактуальніших питань цивільного процесу, що обговорюються серед науковців. Судді й політики звертаються до нього, перш за все, як це влучно кажуть англійською мовою, "щоб справити належне враження". Проте просто висловлювання не могло так магічно вплинути на так довго очікувану ефективність та своєчасність судового розгляду. Реальність полягає в тому, що організації розгляду справ практично не існує в італійських судах. Безумовно, є якісь унікальні приклади роботи судів, в яких уживаються зусилля для того, щоб краще організувати розгляд величезної і постійно зростаючої кількості справ, але процесуальні правила, самі по собі або практика їх застосування, не свідчать про те, що запроваджено організований розгляд справ у судах.

За останні тридцять років Італія стала свідком численних реформ, спрямованих на удосконалення цивільного правосуддя. На жаль, їх результати були доволі скромними, хоча кількість справ, що розглядаються в судах першої інстанції (і, трохи менше, в апеляційних судах), зменшилась. Проте ця приємна обставина не є результатом набуття суддями особливих управлінських навичок, що дали їм змогу краще організувати розгляд величезної кількості справ. Причиною, швидше за все, стало те, що в Італії закріплено обов'язкове ADR, яке і стало певною перешкодою для доступу до суду.

Нещодавно Єврокомісія зазначила те, що результати реформ цивільного правосуддя з'являються дуже повільно, а тривалість розгляду справи у цивільному судочинстві залишається основною проблемою. Незважаючи на певне зменшення термінів розгляду в судах нижчих інстанцій, час розгляду справи у провадженнях у цивільних та комерційних справах продовжує залишатися одним із найдовших у ЄС у всіх ін-

станціях [6]. Рішення, запропоноване Комісією, є простим: "зменшити терміни провадження в цивільному судочинстві шляхом запровадження ефективної організації розгляду справ та правил, що забезпечують процесуальну дисципліну" [7].

Відповідно, організація розгляду справи може стати одним із можливих рішень багаторічної кризи італійського цивільного правосуддя, і це допоможе Італії вийти із "прекрасної ізоляції" та взяти активну участь у реформах, що провадяться державами-членами ЄС у сфері судочинства в цивільних і комерційних справах.

Насправді, у більшості італійських процесуальних реформ ми повністю знехтували низкою уроків, отриманих законодавцями інших держав-членів. Показовим є приклад, пов'язаний із підготовкою провадження розгляду справи. Хоча останні реформи, запроваджені в Іспанії, наприклад, передбачали конкретну початкову стадію провадження, на якій би проводилася підготовка до розгляду справи в концентрованому підготовчому засіданні. Це ніби прелюдія до основного судового засідання, яка дозволяє досягнути різних цілей (таких як подання доказів, заслуховування клопотань та заяв сторін тощо); італійські судді все ще проводять нескінченну кількість судових засідань, розпорощених упродовж непередбачуваного періоду часу, тому справедливо зауважити, що концепція справжнього підготовчого етапу залишається тією бажаною метою, до реалізації якої ще дуже далеко.

У цій ситуації не варто дивуватися тому, що організація розгляду справ судом є *terra incognita*. Дивує також те, що відповідно до Цивільного процесуального кодексу, суд "наділений усіма повноваженнями, необхідними для швидкого і справедливого ходу розгляду справи", включаючи право "установлювати терміни для здійснення процесуальних дій" (ст. 175, розд. 1 і 2; пер. англ. Е. Сільвестрі). Крім того, суд також може застосовувати санкції до сторін та їх представників у разі, якщо вони порушили обов'язок сприяти суду справедливо і чесно розглядати справу (ст. 88). Таким чином, зрозуміло, що згідно із чинними процесуальними правилами, італійські суди могли б вдаватися хоча б до мінімальної організації розгляду справ. Насправді це не відбувається. Що ж заважає суддям експериментувати з більш організованим підходом до розгляду справ?

Фактично ситуація ускладнюється тим, що кількість справ є величезною, а судів недостатньо. Ці два взаємопов'язані прокльони, з якими не може впоратися італійська система правосуддя, не дозволяють суддям приділяти належну увагу кожній справі для того, щоб правильно організувати її розгляд. Нещодавні спроби поліпшити ситуацію, наприклад, шляхом створення так званого *ufficio per il processo* (що може бути приблизно перекладено як "офіс з організації провадження"), збільшує кількість суддівських кадрів шляхом зарахуванням до них персоналу суду (як правило, молоді випускники-правознавці), мирових суддів та інших осіб, які повинні допомогти суддям розібратися в морі заяв, клопотань та інших видів документів, що надходять до судів та опанувати онлайн-судочинство (нещодавнє надбання італійського правосуддя). Сама по собі ідея про групу з осіб, які компетентно вирішують задачі, що не повинен робити сам суддя, непогана. На практиці ж занадто багато залишається для "організаційної творчості" кожного суду та його спроможності вигадувати "гарний приклад"¹, що не обов'язково гарантує задовільні та однакові результати по всій країні.

Окрім практичних реалій, існують також принципові ідеологічні перешкоди будь-яким спробам реформування Цивільного процесуального кодексу та запровадженню підходу, що полягає у чітко передбаченій і структурованій, а не епізодичній, організації розгляду справи, а також у забезпеченні можливості вибору судової процедури відповідно до принципу пропорційності. Згідно з широко розповсюдженою думкою, надання суддям повноважень щодо організації розгляду справи означає запровадження авторитаризму в цивільному процесі. Щоб зрозуміти цю цікаву ідею, слід проаналізувати історію чинного Цивільного процесуального кодексу. Кодекс був ухвалений у 1940 р., і той факт, що суди були наділені повноваженнями, які дозволяли їм відігравати активну роль у процесі, пізніше розглядалися як ознака "фашистського" або авторитарного підходу до судового провадження. Саме тому до будь-яких ідей про наділення суддів більшими повноваженнями часто ставляться скептично, якщо не ворожо. Як часто це трапляється, помилкові уявлення випливають із незнання, і навіть, у випадку з Кодексом та повноваженнями суддів, не точного аналізу Доповіді, що додана до оригінального тексту Кодексу.

У вказаній Доповіді йдеться про те, як розробники Кодексу передбачили ідеї, які стануть популярними значно пізніше. У їхній концепції динаміка цивільного судочинства повинна відповідати потребам конкретної справи. Диктат єдиної, жорсткої процедури, що застосовується до кожного і до будь-якої справи, – наголошується у Доповіді, – не забезпечує точного з'ясування фактів (що є насамперед необхідним у складних справах), а також своєчасного розгляду справ (що особливо важливо, коли справа проста або вимагає швидкого вирішення). Тому необхідно організувати вирішення справи згідно із принципами адаптивності та гнучкості: суд, за сприяння сторін, має пристосувати процедуру до особливостей справи, щоб забезпечити максимальний можливий рівень процесуальної економії.

Навіть незважаючи на те, що появи принципу організації розгляду справи в цивільному процесі Італії не може бути передбачено, принаймні, у найближчому майбутньому, слід згадати про порівняно нове провадження в суді першої інстанції, що запроваджено в 2009 р., і скромно провіщує організаційні заходи. Тут йдеться про те, що пов'язане з так званим "спрощеним провадженням" (італійською *procedimento sommario di cognizione*), яке може бути обране позивачем у разі дотримання певних вимог. Із погляду організації розгляду справи, спрощене провадження є цікавішим, оскільки суд "на підставі позовної заяви та, заслуховуючи думку сторін, може вирішити, як буде розглядатися справа, не допускаючи будь-яких формальностей, що не є суттєвими для захисту прав учасників процесу" (ст. 702 *ter*, розд. 5 Кодексу, мій переклад). Тому суд може адаптувати (пристосувати) процедуру її розгляду до конкретних потреб за допомогою запровадження більш гнучкого підходу, який є прямо протилежним жорсткому підходу, що характерний для звичайного провадження в суді першої інстанції. На жаль, спрощене провадження не виявилось дуже успішним на практиці з різних причин, які не можна пояснити тут і зараз. Незважаючи на це, у законопроекті, що поданий до Парламенту для (десятого) реформування Цивіль-

створення "офісу з організації провадження", підготовленому Вищою радою суддів (Consiglio Superiore della Magistratura, а також CICC, Самоврядування судової системи Італії). Ел.ресурс. http://www.csm.it/web/csm-internet/ufficio-per-il-processo/esperienze#Tra_prassi_positive_e_previsioni_normative.

¹ Примітка. Обидва вирази "організаційна творчість" та "гарний приклад" використано в офіційному документі про

ного процесуального кодексу, передбачено узагальнення спрощеного провадження, яке стане основною моделлю провадження у судах першої інстанції. У деяких наукових і професійних юридичних колах законопроект не сприйнято позитивно, але тут марно говорити про протилежні думки, висловлені різними зацікавленими сторонами, оскільки відбулися політичні вибори. Парламент повинен ухвалити нові закони й інші важливі законопроекти. Тому реформу цивільного процесу в Італії і запровадження організації розгляду справ знову доведеться чекати.

Як ми бачимо із проаналізованих у вступі до цієї статті ідей лорда Г. Вульфа, принцип організації розгляду справи містить такі компоненти: розподіл обов'язків між сторонами та судом щодо обрання процедури розгляду справи; визначення конкретних термінів вчинення процесуальних дій; дотримання пропорційності у судових витратах.

Традиційно в Україні, як і в Італії, підхід, згідно з яким у процесі діє авторитарний суддя, критикується, а забезпечення змагальності і передача ключової ролі сторонам підтримуються як такі, що запроваджені в умовах становлення вже незалежного судочинства і відповідають вимогам побудови правової демократичної держави.

Під час підготовки ЦПК 2004 р. змінено основне завдання цивільного судочинства. У ст. 2 ЦПК УРСР 1963 р. під завданням цивільного судочинства визначено охорону прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб, держави шляхом усебічного розгляду та вирішення цивільних справ повністю відповідно до чинного законодавства (зі змінами від 23 січня 1981 р.). Це було підставою для майже безмежної влади судді в радянському процесі, який мав змогу з метою охорони прав та інтересів осіб навіть вийти за межі позовних вимог, заявлених у справі.

Під час підготовки ЦПК 2004 р. українські законодавці вирішили відійти від радянського підходу й активного судового контролю за динамікою справи та забезпечити справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ із метою захисту порушених або оспорюваних прав та свобод фізичних і юридичних осіб. Тобто основний акцент роботи суду було переміщено на розгляд справи, а не на захист прав чи інтересів, що в цивільних справах цілком виправдано. Відповідно суддю було обмежено тільки розглядом позовних вимог (а саме: тільки за зверненням осіб, у межах заявлених ними вимог і на підставі поданих учасниками доказів відповідно до ст. 11), позбавлено можливості витребувати докази або призначати експертизу (натомість суд мав сприяти всебічному і повному з'ясуванню обставин справи так: роз'яснювати особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджувати про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій, сприяти здійсненню їхніх прав відповідно до ст. 10) [9].

Не можна сказати впевнено, які саме причини кризи цивільного судочинства в Україні, але основними проблемами є тривалість розгляду справи, величезна кількість яких розглядається судами (за даними судової статистики це більше 1 млн справ на рік у цивільному судочинстві в судах першої інстанції) та відсутність гідної альтернативи – позасудового вирішення спорів. Остання проблема, з огляду на нове гасло "звернення до суду як останньої інстанції з вирішення спору" [4, с. 3–18], є надзвичайно актуальною.

Сучасна реформа цивільного судочинства давно нарізла. Відповідно у *Законі про внесення змін до Гос-*

подарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 [10] передбачено кілька нових інститутів, серед них загальне і спрощене позовне провадження, принцип пропорційності цивільного судочинства й ускладнений порядок визначення та оплати судових витрат. Ці новели зумовлені зміною основного завдання цивільного судочинства – відповідно до ЦПК 2017 р. воно повинно бути ефективним. Це свідчить про перехід до нового для українського законодавства порядку здійснення правосуддя і запровадження нового підходу до визначення ролі судді та учасників процесу в організації розгляду справи.

Відповідно в положеннях нового ЦПК можна виділити три компоненти принципу організації розгляду справи: вирішення питання про процедуру розгляду справи; установлення термінів вчинення процесуальних дій; а також визначення судових витрат, що понесуть сторони.

Зокрема, за законом суддя остаточно вирішує питання про визначення порядку розгляду справи – загальний чи спрощений. Ініціатива розпочати спрощене позовне провадження все ж таки належить позивачеві, відповідно до частини 2 ст. 184 ЦПК, а також ст. 276, що фактично дублюється. Водночас в частині 1 ст. 277 зазначено, що суд сам вирішує питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження в ухвалі про відкриття провадження у справі (малозначній або трудовій); і тільки відповідно до частини 2 – у всіх інших випадках за наслідками розгляду відповідного клопотання. Тобто суд наділений доволі широкими повноваженнями вирішити, в якому порядку розглядатиметься справа. Одразу зауважимо, що ухвала, в якій судом вирішене питання про порядок розгляду справи – загальний або спрощений, не оскаржується окремо від остаточного рішення суду.

Суд також вправі остаточно вирішити питання про призначення судового засідання у спрощеному провадженні. Відповідно до частини 5 ст. 279 суд розглядає справу в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, за відсутності клопотання будь-якої зі сторін про інше. При вирішенні цього питання суд відповідно до ЦПК враховує: 1) ціну позову; 2) значення справи для сторін; 3) обраний позивачем спосіб захисту; 4) категорію та складність справи; 5) обсяг та характер доказів у справі, у тому числі, чи потрібно у справі призначити експертизу, викликати свідків тощо; 6) кількість сторін та інших учасників справи; 7) чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес; 8) думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження.

Ці умови дійсно мають важливе значення для вирішення справи. Зокрема, значення розгляду справи для сторін справді повинно впливати на вибір порядку захисту прав, тому питання про врахування думки сторін щодо розгляду справи у порядку спрощеного провадження варто підняти. Проте, на наше переконання, слід виходити з такого. Закон і воля сторін повинні бути рушійною силою під час реалізації принципу пропорційності цивільного судочинства, який має системно застосовуватися разом із принципами диспозитивності та змагальності цивільного судочинства. Наділення суду повноваженням визначити правила розгляду справи посягає на принцип диспозитивності та право заявника обрати порядок захисту своїх прав, принаймні заявити клопотання про це або заперечити.

Спрощена процедура розгляду справ має бути дієвою альтернативою для загального позовного провадження, але обрати її для захисту має саме заявник, а не суд, який може тільки визначити, чи не порушується при цьому закон. Для захисту своїх прав заявник обере найефективніший порядок – або спрощений, що дозволить оптимізувати витрати та час, або загальний, що дозволить скористатися всіма наявними інструментами для досягнення результату. При цьому спрощення не повинно означати звуження або зменшення всіх прав осіб, які беруть участь у справі, а тільки їх права на вибір процедури розгляду справи. Цей вибір повинен забезпечуватися законом, має бути узгодженим між сторонами та судом, що більше узгоджується із запропонованим принципом організації розгляду справи.

Другий компонент організації розгляду справи пов'язаний із не менш актуальною проблемою тривалості судочинства. За ЦПК 2004 р. передбачено розумні терміни розгляду цивільної справи, але не більше двох місяців із дня відкриття провадження у справі. Скорочені терміни встановлено тільки для двох категорій справ – про аліменти та у трудових спорах. У ЦПК 2017 р. закріплено принцип розумності термінів розгляду справи судом. Відповідно для спрощеного позовного провадження передбачено розумні терміни розгляду справи, але не більше шістдесяті днів із дня відкриття провадження.

Для загального позовного провадження передбачено такі часові межі: суд має розпочати розгляд справи по суті не пізніше ніж через шістдесят днів із дня відкриття провадження у справі, а у випадку продовження терміну підготовчого провадження – не пізніше наступного дня із дня закінчення такого терміну; він має розглянути справу по суті протягом тридцяти днів із дня початку розгляду справи по суті. Відповідно до ст. 189 підготовче провадження має бути проведене протягом шістдесяти днів із дня відкриття провадження у справі, але у виняткових випадках для належної підготовки справи для розгляду по суті цей термін може бути продовжений не більше ніж на тридцять днів за клопотанням однієї зі сторін або з ініціативи суду. Таким чином, провадження у справі може тривати близько 120 днів або 4 місяці – підготовче провадження може тривати 90 днів, потім 30 днів розгляду справи по суті.

Суддя відповідно до положень нового ЦПК навіть отримує ширші повноваження – згідно зі ст. 121 він має встановлювати розумні терміни для вчинення процесуальних дій. Процесуальні терміни в національному законодавстві завжди поділялися на два види – установлені законом та судом. За новим ЦПК суд має встановлювати такі терміни, як подання письмових заяв тощо. Водночас є певні слабкі місця нового ЦПК, зокрема, положення ч. 7 ст. 178, відповідно до якої термін подання відзиву подається в термін, який встановлюється судом, але не може бути меншим п'ятнадцяти днів із дня вручення ухвали про відкриття провадження у справі. Цей термін водночас має дозволити відповідачу підготувати цей відзив та відповідні докази, а іншим учасникам справи – отримати відзив не пізніше першого підготовчого засідання у справі. Згідно зі ст. 179 та 180 позивач та відповідач мають право обмінятися також відповіддю на відзив та запереченнями у термін, теж встановлений судом, але вже до початку розгляду справи по суті. Тобто, з одного боку, створюється підґрунтя для забезпечення співробітництва суду і сторін, але, з іншого боку, навряд чи можна передбачити це, не перевищуючи терміни заздалегідь. Імовірно, обмін такими документами поза судовим засіданням за

домовленістю між сторонами впродовж встановленого судом терміну був би кращим виходом.

Упродовж реформи цивільного судочинства також змінено підходи до контролю судом розподілу судових витрат. Уперше в ЦПК 2017 р. правило про відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалено судові рішення, було закріплено у вигляді принципу (ч. 2 ст. 3). Водночас значно ускладнено порядок визначення розміру цих судових витрат та їх оплати і розподілу. Зокрема, відповідно до ст. 134–135 кожна сторона у своїй першій заяві має визначитися, які судові витрати вона понесла і які планує понести у зв'язку з розглядом справи; суд відповідно може зобов'язати сторони забезпечити судові витрати з метою виконання рішення у справі. Суд отримав відповідні інструменти впливу на поведінку учасників справи, зокрема, при вирішенні питання про розподіл судових витрат, він може врахувати поведінку сторони під час розгляду справи, що призвела до затягування розгляду справи (наприклад, подання стороною явно необґрунтованих заяв і клопотань; безпідставне твердження або заперечення стороною певних обставин, які мають значення для справи; безпідставне завищення позивачем позовних вимог; дії сторони щодо досудового вирішення спору та щодо врегулювання спору мирним шляхом під час розгляду справи; стадію розгляду справи, на якій зазначені дії вчинялися). Суд відповідно до чинного ЦПК навіть отримав право покласти на сторону всі судові витрати повністю або частково незалежно від результатів вирішення спору у випадку зловживання нею чи її представником процесуальними правами, або якщо спір виник унаслідок неправильних дій сторони.

На поведінку сторін у процесі суд також може вплинути, застосовуючи штраф як захід процесуального примусу (відповідно до ст. 144 та 148 ЦПК). Серед підстав для його застосування є: невиконання процесуальних обов'язків, зокрема ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу; зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству; неповідомлення суду про неможливість подати докази, витребувані судом або неподання таких доказів без поважних причин тощо.

Такі повноваження суду, установлені ЦПК 2017 р., забезпечують йому можливість дієво впливати на поведінку сторін у процесі, підсилюють його роль у динаміці розгляду справи, а також мають сприяти належній організації розгляду справи.

Висновки. Перш за все, варто підтримати ідею за провадження у законодавстві нового принципу організації розгляду справ із метою забезпечення ефективності судочинства. З огляду на те, що в Україні, як і в Італії, залишилась певна упередженість до суддівського контролю за динамікою процесу, слід детальніше визначити цілі та критерії застосування конкретних повноважень судді, зокрема, під час вирішення питання про розподіл судових витрат тощо.

Для ефективного розгляду справи варто забезпечити не тільки лояльну співпрацю між суддею та сторонами, але також і між самими сторонами спору, покладаючи на них певні процесуальні обов'язки. Це стосується розкриття доказів, обміну змагальними паперами, вручення судових документів тощо. Таким чином, учасників процесу можна *схилити* до організованої взаємодії, що ймовірно приведе їх до пошуку більш компромісного рішення. Водночас можна розвантажити суд від деяких функцій, які прямо не пов'язані зі здійсненням право-

суддя. Контролю судді за організацією взаємодії між сторонами спору буде достатньо для забезпечення динаміки процесу, розгляду і вирішення справи.

Водночас, слід враховувати, особливо в Україні, що звернення до суду має стати останньою інстанцією для захисту прав і не може застосовуватися як панацея тільки тому, що виконання судового рішення гарантоване державою й апаратом примусу. Тому доступ до правосуддя, як правильно зазначено в одному з останніх звітів про доступність правосуддя, не можна розглядати як синонім доступу до судів та до адвокатів [11]. У ЦПК України зазначено, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або якщо цього вимагає закон. Відповідно це положення має сприяти поширенню звернень до ADR за згодою сторін. Проте у подальшому варто запроваджувати обов'язкові підстави для звернення до ADR, зокрема, за прикладом Італії, для споживчих спорів. Успішний приклад Ebaу Resolution Center вартий підтримки, яка сприятиме поширенню цього досвіду в інших країнах. Відповідно варто підтримати і сприяти запровадженню якомога більшої варіативності альтернативного вирішення спорів, які спрямовані на мирне позасудове врегулювання.

Список використаних джерел:

1. Woolf H.K. Access to Justice, Interim Report. Lord Chancellor's Department / H.K. Woolf. – June, 1995. [Electronic source]. Access mode : https://e-l.unifi.it/pluginfile.php/457346/mod_resource/content/1/Access%20to%20Justice%20Final%20Report.pdf.
2. Woolf H.K. Access to Justice, Final Report.H.M. Stationery Office / H.K. Woolf. – 1996. [Electronic source]. Access mode : : https://e-l.unifi.it/pluginfile.php/457346/mod_resource/content/1/Access%20to%20Justice%20Final%20Report.pdf ; Sorabji John English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms : A Critical Analysis. CUP, 2014. –284 p.

3. Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation / C.H. Van Rhee (ed.) Ius Commune Europaeum, Intersentia, 2008.

4. Van Rhee C.H. Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure in J. Adolphsen et al., Festschrift für Peter Gottwald zum 70 / C.H. Van Rhee. – Geburtstag. Beck, 2014. – P. 689–99.

5. Uzelac Alan Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations / Alan Uzelac. – Hungarian Journal of Legal Studies 58. – 2017. – № 1. – P. 3–18.

6. Tulibacka M. Common minimum standards of civil procedure / M. Tulibacka, R. Blomeyer, M. Sanz. – European Parliament, 2016.

7. Європейська Комісія, Рекомендація для Рекомендації Ради щодо Національної програми реформ в Італії 2017 і Позиція Ради щодо Програми розвитку Італії 2017, Брюссель, 22 травня 2017 р., пар. 9. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-europeansemester-country-specific-recommendations-commission-recommendationsitaly.pdf>

8. [Electronic source]. Access mode : http://www.csm.it/web/csm-internet/ufficio-per-il-processo/esperienze#Tra_prassi_positive_e_previsori_normative.

9. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV станом на 01 вересня 2005 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/ed20040318/print> .

10. Закон про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів від 23 березня 2017 р. № 6232. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

11. A Strategy for Access to Justice The Report of Access to Justice (2). – September 2015. [Electronic source]. Access mode : <https://www.justice-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/doj/access-to-justice-review-part-2-report.pdf> .

Надійшла до редколегії 23.01.18

И. Изарова, д-р юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина,
Е. Сильвестри, проф. кафедры права, руководитель курсов по подготовке специалистов ADR, Университет Павия

ПРИНЦИП "CASE MANAGEMENT" В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ: СРАВНИТЕЛЬНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ИТАЛИИ И УКРАИНЫ

Статья посвящена одному из актуальных вопросов современной науки гражданского процесса – принципу "case management", который на протяжении последних двадцати лет уверенно завоевывает свое место под солнцем реформ гражданского процессуального законодательства в европейских государствах. Основой для этого исследования стал национальный доклад, подготовленный проф. Сильвестри на конференцию Международной ассоциации процессуального права "О case management в сравнительном аспекте", состоявшуюся 8–10 ноября 2017 в Тяньчжине, КНР, вторая сессия "Организация рассмотрения дел", основной докладчик – д-р Джон Сорабджи. В статье охарактеризованы положения реформированного гражданского процессуального законодательства Украины, в котором прослеживаются идеи внедрения принципа "case management". Подготовлены предложения по определению сути этого принципа и более комплексной реализации в законодательстве Италии и Украины.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство; принцип организации рассмотрения дела; эффективная и своевременная защита прав; европейский гражданский процесс.

I. Izarova, Doctor of Law, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
E. Silvestri, PhD, Professor, Department of Law
Head of training courses of ADR specialists, University of Pavia

"CASE MANAGEMENT" PRINCIPLE IN CIVIL JUSTICE: COMPARATIVE STUDY OF ITALIAN AND UKRAINIAN LAW

The aim of the article is to highlight one of the most current trend of civil procedure – the principle of "case management", which over the past twenty years confidently become one of the main reforming of civil procedural law in European states. The basis for this study was a national report, prepared by prof. Silvestra at the conference of the International Association of Procedural Law "On Judicial Management from comparative perspective", held on November 8-10, 2017 in Tianjin, China, the second session Case Management", the General Reporter Dr. John Sorabji. The article describes the provisions of the reformed civil procedural legislation of Ukraine, which follows the idea of introducing the "case management" principle. Proposals have been prepared to determine the essence of this principle and more comprehensive implementation in the legislation of Italy and Ukraine.

Key words: civil justice; the principle of "case management"; effective and timely civil procedure; European civil procedure.

УДК 347.921.42, 347.921.43, 347.921.1

А. Узелац, д-р юрид. наук, проф.
Університет Загреба, Європейський інститут права

НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВИЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ

Висвітлено результати дослідження однієї з робочих груп проекту, завданням якої є розробка правил про обов'язки сторін, представників та суддів, основою для яких став Принцип 11 Принципів транскордонного цивільного процесу, розроблених Американським інститутом права (ALI) та UNIDROIT.

Ключові слова: обов'язки сторін, обов'язки представників, обов'язки суддів, цивільний процес, транскордонні правила цивільного процесу.

Підставою для підготовки цієї статті стала спільна робота та активний обмін думками членів Робочої групи ELI-UNIDROIT щодо визначення обов'язків сторін, представників та суддів. Підтримкою для проведення дослідження, результатом якого стала ця стаття, став грант від наукового проекту NHPS юридичного факультету Університету Загреба. "Від транскордонних принципів до Європейських правил цивільного процесу" [1] – це спільний проект Європейського інституту права (ELI) [2] та Міжнародного інституту уніфікації приватного права (UNIDROIT) [3]. Дослідження стосується Принципу 11 Принципів транскордонного цивільного процесу, розроблених Американським інститутом права (ALI) [4] та UNIDROIT.

За час своєї роботи з листопада 2014 р., Робоча група досягла конкретних результатів, серед яких проект правил, в якому визначаються процесуальні обов'язки (та відповідальність за їх порушення), пов'язані з організацією розгляду справи [5], з'ясуванням фактів, поданням доказів та визначенням права та тими зусиллями, що спрямовані на досягнення автономного врегулювання цивільних спорів. У статті описано основні досягнення цієї роботи, зокрема, охарактеризовано кілька важливих нових підходів до традиційних уявлень про процесуальні обов'язки.

Наразі європейська інтеграція не перебуває в активній фазі, але питання зближення національних судових процедур у Європі, що розпочалося у 1980-х рр., усе ще перебуває на порядку денному [6]. Судові процедури давно залишаються об'єктом національного врегулювання, але кілька подій минулих десятиліть дали поштовх руху "європеїзації" процесуального права на всіх рівнях [7]. Одним із результатів кризи багатьох національних систем цивільного судочинства стала загальна потреба у добре запланованих реформах, які будуть спрямовані на вирішення таких серйозних проблем, як надмірна кількість цивільних справ у судах, значні судові витрати та тривалість їх розгляду [8]. Відчувається також тиск із боку національних економік країн ЄС, які вимагають практичної реалізації проголошеної взаємної довіри до національних судових органів, що фактично підтримує вільний обіг товарів та послуг в усьому просторі європейського правосуддя. Хоча компетенція ЄС у сфері цивільного процесу є доволі обмеженою, нова система законодавства ЄС, незважаючи на її фрагментарний характер, викликала дискусію щодо розробки спільних мінімальних стандартів більш загального характеру [9; с. 5–6]. Замість того, щоб поступово наближувати, краще досягти спільних мінімальних стандартів, які ґрунтуються на узгодженому комплексному наборі принципів та правил, що є результатом ґрунтовного експертного дослідження найкращих прикладів та загальних тенденцій національного й міжнародного цивільних процесів.

На цьому тлі відлуння Принципів транскордонного цивільного процесу [10] у всьому світі заохочувало подальші проекти, спрямовані на підготовку більш усе-

осязних та детальних регіональних правил. У цій статті йдеться про частину одного з найамбітніших і найперспективніших проектів – проекту з розробки Європейських правил цивільного процесу. Незважаючи на те, що цей проект ще не завершено, у деяких напрямках його підготовки вже досягнуто значного прогресу. Основну увагу зосереджено на темі процесуальних обов'язків, тобто на попередніх результатах, отриманих групою експертів, яким доручено розробку комплексу Європейських правил про обов'язки сторін, представників та суддів.

Загальний огляд і завдання Робочої групи ELI-UNIDROIT щодо підготовки правил про обов'язки сторін, представників та суддів. Робоча група з підготовки правил про обов'язки сторін, представників та суддів була створена в рамках спільного проекту Європейського інституту права та Міжнародного інституту уніфікації приватного права "Від Транскордонних принципів до Європейських правил цивільного процесу", який був розпочатий в листопаді 2014 р. [11]. Метою Робочої групи є розробка Європейських правил цивільного процесу, зокрема, на основі визначеного у проекті "Принципів транскордонного цивільного процесу", що були розроблені Американським інститутом права та Міжнародним інститутом уніфікації приватного права (обов'язки сторін та представників) [10; 20–21]. У результаті широкого обговорення та на підставі підготовлених матеріалів Робоча група дійшла висновку, що збалансований підхід до визначення процесуальних обов'язків не може бути досягнутий без належного визначення обов'язків суддів, і тому було додано і цей елемент.

Підходи та загальна структура запропонованих Правил. Робоча група визнала принцип 11 Принципів транскордонного цивільного процесу ALI/UNIDROIT [10, с. 20–21] як відповідну точку, що може стати основою для розробки європейських правил щодо процесуальних обов'язків. Принцип 11 містить не тільки усталені положення, але також відповідає сучасним тенденціям реформування цивільного процесу. Відштовхуючись передусім від принципів ALI/UNIDROIT, які визначають обов'язки сторін, представників та суддів, під час розробки правил Робоча група також застосовувала й інші джерела. Важливо, що в процесі дослідження враховано всі принципи ALI/UNIDROIT, а не лише Принцип 11, який визначає обов'язки сторін і представників.

Серед інших джерел Робоча група досліджувала відповідні рекомендації Ради Європи (зокрема, Рекомендацію 1984 р. щодо цивільного судочинства) [12], прецедентне право найвищих європейських судових органів (Суд Правосуддя Європейського Союзу та Європейський суд із прав людини), різноманітні проекти з гармонізації європейського цивільного процесу (починаючи з проекту Сторма) [13], матеріали у сфері порівняльного цивільного процесу (модельні кодекси (*Código modelo Ibero-americano*) [14], національне законодавство різних європейських держав) та професійні

кодекси поведінки, зокрема, Кодекс поведінки європейських юристів Ради адвокатів та юридичних товариств Європи (РАЮТЕ) [15]. У ході ґрунтовного дослідження Робочої групи вирішено питання про необхідність та доцільність гармонізації правил цивільного процесу.

Основною ідеєю, яка охоплює всі запропоновані правила, використовуючи мову Принципу 11, є спільна відповідальність як сторін (і представників), так і суду, щодо забезпечення справедливого, ефективного та швидкого вирішення справи. Ця ідея, на думку Робочої групи, перевершує традиційну дихотомію змагальної моделі, в якій сторони домінують у процесі і самостійно керують провадженням, та інквізиційної моделі процесу, в якій суд відповідає за організацію розгляду та вирішення справи, а на сторони покладаються несуттєві обов'язки або взагалі не покладаються [16; с. 689].

Аналізуючи історію реформування цивільного процесу, практику реалізації подібних підходів можна знайти в найбільш впливових та успішних національних проектах реформ, починаючи від видатної реформи австрійської ZPO (Zivilprozessordnung), розробленої Францем Кляйном в 1895 р. [17], до реформи англійської CPR (the Civil Procedure Rules) у 1999 р., яку очолював та координував лорд Вульф [18]. Основні ідеї цих проектів щодо встановлення спільного обов'язку лояльного співробітництва між судом, сторонами та іншими професійними суб'єктами у процесі (представники тощо) є підставою для практично всіх правил, розроблених Робочою групою, оскільки на її думку, необхідно подолати змагально-інквізиційський розрив та замінити його єдиним лояльним принципом співпраці (або, словами Ф. Кляйна, "лояльним співробітництвом") як одним із найважливіших завдань і одночасно метою. Визнання загальних принципів також є одним з основних інструментів для досягнення загальної мети цивільного процесу – справедливого, ефективного, швидкого та пропорційного вирішення цивільних справ.

Зокрема, наголосимо, що, на відміну від деяких історичних концепцій, які розглядали "співробітництво" як взаємовиключний розподіл праці, запропоновані правила прагнуть поширити концепцію спільних обов'язків на всі аспекти цивільних справ.

Відповідно до традиційного уявлення про "обов'язки" (також іноді використовувався термін "співпраця між сторонами та судом") вважається, що сторони мають виключні обов'язки щодо одних процесуальних дій, а суд – щодо інших. Це розуміння, як правило, використовувалося для пояснення процесуальної динаміки щодо встановлення фактів та права і виражалося в латинському вислові *da mihi factum, dabo tibi jus* (дайте мені факти, я дам вам закон). Його значення, зокрема, полягає в тому, що суд не має жодних обов'язків щодо встановлення фактів та збору доказів, і що сторони не мають будь-яких обов'язків щодо оцінки правових питань, що є виключною прерогативою суду.

Враховуючи сучасні тенденції цивільного процесу та концепції Принципів ALI/UNIDROIT, положеннями пропонується визнати, що суд та сторони (а також усі інші учасники цивільного процесу) несуть певні обов'язки впродовж розгляду і вирішення справи і, відповідно, поділяють відповідальність за хід та результат цивільного судочинства в усіх його аспектах [19].

Ці вихідні положення принципу лояльної співпраці сторін та суду детально викладено у правилах, об'єднаних у чотири розділи відповідно до об'єкта обов'язків.

У чотирьох розділах, що викладені після загальної частини правил, визначено правила щодо: організації розгляду справи та її планування; визначення фактів та

доказів; визначення питань, що стосуються права; спроб урегулювати спір та використання ADR [20].

Усі чотири розділи мають подібну структуру й містять окремі правила щодо обов'язків суду, сторін та їх представників і санкції за порушення процесуальних обов'язків. Проте вони є більш конкретними та детальними порівняно із загальними положеннями про обов'язки та санкціями, що містяться в загальній частині. Вони регулюють, наприклад, низку таких питань, як "case management" conferences та звернення до альтернативного вирішення спорів (ADR).

Основним процесуальним обов'язком у нових правилах (або, перефразовуючи деякі кодифікації, "найголовнішим обов'язком") є обов'язок діяти таким чином, щоб урахувати як приватні інтереси учасників справи, так і інтереси їх супротивників, а також соціальне прагнення розв'язати спір справедливо, швидко та понести при цьому розумні витрати. Цей обов'язок може розглядатися як позитивний, так і як негативний [16, с. 693–694]. Хоча зі свого позитивного боку він вимагає від сторін добросовісного вчинення дій та здійснення таких кроків, що сприяють досягненню поставленої мети; його негативним боком є те, що він зобов'язує сторони утримуватися від зловживання своїми правами.

У будь-якому випадку, для того, щоб обов'язків дотримувалися, потрібні конкретні й ефективні санкції. Робоча група виклала положення щодо санкцій як у загальній частині, так і в межах чотирьох окремих розділів (у "спеціальній частині"). Установлено, що, окрім деяких загальних аспектів, жодних єдиних правил щодо санкцій установлювати не доцільно, оскільки різні суб'єкти та об'єкти процесуальних обов'язків вимагають різних видів і форм санкцій. Тому кожен розділ містить, окрім загальних правил, передбачених у загальній частині, конкретні положення про наслідки порушень процесуальних обов'язків.

Враховуючи основний процесуальний обов'язок, до учасників (або суб'єктів) включають, у першу чергу, сторони спору та суддю або колегію суддів, які розглядають справу. Під час виконання певних обов'язків, особливо щодо організації розгляду справи, суддям допомагають структурні підрозділи суду, його співробітники та помічники, а також інші спеціальні органи, керівництво суду (голова суду, судові посадовці, ІТ-персонал і т.д.). У цьому сенсі правила, що містять посилання на "суд" або "суддів", включають повноваження та відповідальність усіх цих органів та осіб, що забезпечують належне здійснення правосуддя у конкретній справі.

Процесуальні обов'язки також стосуються всіх фахівців, які допомагають виконувати функції суду або сторін. Із боку суду суддям (як професійним, так і непрофесійним, включаючи присяжних та засідателів, де такі є) можуть надавати допомогу не тільки працівники суду, а й задіяні ними експерти, приватні виконавці та ін. Якщо такі особи виступають у конкретних цивільних справах, здійснюючи різні повноваження від імені суду, до них застосовуються положення щодо обов'язків судді. Із боку сторін, представники є найважливішими учасниками процесу, і тому їх обов'язки конкретно визначені. Проте, якщо інші фахівці, такі як призначені стороною експерти та радники, діють від імені сторін і залучені ними для вирішення конкретних питань, то до них також застосовуються положення щодо процесуальних обов'язків сторін та їх представників. Дійсно, до всіх таких суб'єктів також можуть бути застосовані санкції, якщо вони не виконують свої обов'язки.

Перейдемо до основних положень проекту Правил.

A. Організація розгляду справи та її планування.

Для досягнення загальної мети справедливого, ефек-

тивного, швидкого та пропорційного розгляду і вирішення цивільних справ надзвичайно важливим є її раціональне планування та організація розгляду. Тому перший спеціальний розділ запропонованих Правил стосується обов'язків суду та сторін стосовно організації розгляду справи. Організація розгляду справи була визнана важливою загальною засадою для забезпечення права на судовий розгляд упродовж розумного терміну в ряді європейських країн, а також в інших країнах у всьому світі [21]. У цьому сенсі запропоновані правила відображають цю тенденцію, починаючи з обов'язків, і перш за все пов'язані з організацією розгляду справи та її плануванням.

На основі сучасних тенденцій, у Правилах встановлено відповідальність суду щодо активної та ефективної організації розгляду справи. Цей обов'язок реалізується за допомогою різних розпоряджень та дій, спрямованих на організацію розгляду справи та здійснення постійного контролю за дотриманням обов'язків сторін, представників та інших учасників процесу. Більше того, принцип активного судового керівництва організацією розгляду справи передбачає обов'язок консультуватися зі сторонами та, коли це можливо, забезпечити їхню згоду щодо форми, змісту та термінів здійснення конкретних процесуальних дій.

Під час керування судовим процесом суд також повинен брати до уваги характер, вартість та складність конкретного провадження у справі, забезпечуючи пропорційність процедури розгляду справи (кількості процесуальних дій, поданих доказів, проведених засідань, залучених експертів, свідків, а також термінів провадження та витрат) розміру позовних вимог та значенню справи.

Сторони та всі інші учасники зобов'язані співпрацювати один з одним та із судом при плануванні своїх процесуальних дій та термінів їх виконання. Цей обов'язок можна розглядати як у негативному, так і в позитивному контексті. Сторони мають утримуватися від тактики затягування та інших форм зловживання процесуальними правами. Вони також повинні активно сприяти належному плануванню та організації розгляду справи, якнайшвидше ознайомлюючи всіх учасників процесу зі своєю позицією та аргументами на вимогу суду та іншої сторони.

Як один із важливих інструментів для реалізації прав та обов'язків сторін в організації розгляду справи, у проекті Правил передбачено розділ "Підготовче організаційне засідання" [22]. Підготовче організаційне засідання – це судові засідання, яке у принципі має проводитися на початку судового процесу, а також, якщо можливо, за допомогою засобів зв'язку, таких як теле- або відеоконференції. Враховуючи найкращий досвід європейських національних систем, на підготовчому організаційному засіданні у справі може бути навіть розв'язано спір (наприклад, ухвалено рішення суду по суті справи), якщо для цього є достатні підстави [23].

Проте основну роль в ухваленні рішень щодо організації розгляду справи запропоновані Правила відводять саме суду, який також може приймати ухвали щодо організації розгляду справи на власний розсуд та, за необхідності, *ex parte*, наприклад у надзвичайних ситуаціях. Тим не менш, у таких випадках також має забезпечуватися співпраця зі сторонами, що дозволяє їм своєчасно реагувати на дії суду. Повноваження суду щодо постановлення ухвали *ex parte*, виходячи з необхідності забезпечити справедливий та пропорційний розгляд справи та, з іншого боку, врахувати інтереси сторін, у цілому відповідають підходам, запропонованим ALI/UNIDROIT [10, р. 5.8].

Запропоновані правила містять також широкий, але неповний, перелік інструментів, що можуть застосовуватися для планування та організації розгляду справи, і це надає суду різні можливості для забезпечення пропорційного та справедливого розгляду справи, а також зумовлює якнайшвидше виявлення та якнайповніше вирішення всіх відповідних питань найбільш раціональним способом [24]. Обов'язок суду щодо активної організації розгляду справи також передбачає надання суддям права заохочувати сторони до виявлення реальних проблем та відкрито обговорювати зі сторонами відповідні кроки та способи їх реалізації.

Санкції, покладені на сторони за відмову у співпраці в організації розгляду справи, можуть бути у вигляді процесуальних обмежень, наприклад, заборона сторони застосовувати особливі процесуальні заходи або посылатися на конкретний факт чи докази після спливу певного терміну. Зрештою, *cost orders* і штрафи також можуть послужити цій меті. Санкції також можуть застосовуватися до представників сторін та адвокатів, якщо вони не виконують свої обов'язки. Якщо судді не виконують свої обов'язки з організації розгляду справи, сторони можуть вимагати передачі справи іншому судді та подавати скаргу до органів, що забезпечують судовий порядок та дисципліну.

В. З'ясування фактів та подання доказів. Що стосується визначення фактів та подання доказів у справі, що необхідно для вирішення справи по суті, то у проекті Правил пропонується положення, яке є доволі традиційним для європейських країн, відповідно до якого сторони та їхні представники зобов'язуються визначити суть спору [25]. Разом із тим Правилами також передбачено, що вони повинні це зробити якомога раніше, ретельно, повно та своєчасно. Відповідно до принципу концентрації, який є одним із провідних принципів сучасних процесуальних реформ, з'ясування фактів та подання доказів на більш пізній стадії розгляду справи допускається лише у разі пропущення терміну з поважних причин. Згідно із цим підходом (його можна ще назвати "карти на стіл" [26]) з'ясування фактів є і правом, і обов'язком, зокрема, щодо обов'язку діяти таким чином, щоб не затримувати розгляд справи шляхом пред'явлення доказів занадто пізно або доказів, які очевидно не відповідають дійсності тощо. Загалом, суд має ігнорувати факти та докази, подані після закінчення відповідних термінів або процесуальних стадій, і такі наслідки є одночасно стимулом для більш повного та своєчасного розгляду справи та "санкціями" за спроби зловживання процесуальними правами.

Хоча сторони відіграють провідну роль у з'ясуванні фактів та поданні доказів, запропоновані Правила передбачають, що суд може досліджувати факти, які наявні в матеріалах справи, і витребувати докази на власний розсуд, якщо це, на думку суду, є необхідним для належного вирішення справи. Дійсно, суд повинен інформувати сторони про такі заходи *ex officio* та з'ясувати їхню думку про це. Такої позиції, прийнятої в запропонованих Правилах, дотримуються у багатьох європейських країнах, які традиційно надають суду повноваження активно втручатися у питання з'ясування фактів та отримання доказів із метою усунення судової несправедливості або зловживання процесуальними правами [27]. У добре організованому судовому процесі слід очікувати, що суд буде використовувати це право рідко, лише за виняткових обставин.

Під час організації розгляду справи суд також має право та обов'язок накладати санкції на сторони, які не подають вчасно необхідні докази. Перше правило передбачає, що якщо сторона не об'ґрунтує своєчасно

свою позицію, суд може залишити позов без розгляду. Крім того, зважаючи на те, що нинішні європейські системи ставляться по-різному до інструментів впливу на пасивну поведінку сторін (які також можуть залежати від правової природи і категорії справи), запропонований проект Правил включає низку можливих дій, які, відповідно до застосованих процесуальних правил, може використовувати суд у разі, якщо сторона не зможе своєчасно подати докази для з'ясування фактів або заперечень. Серед таких інструментів і процедура ухвалення заочного рішення суду, враховуючи, що факти повністю або частково були з'ясовані, і під час розгляду справи була можливість ухвалити рішення по суті на підставі наявних фактів та доказів. Якщо подання доказів із запізненням зумовило додаткові витрати, вони повинні покриватися цією стороною незалежно від результатів розгляду справи.

Іншими способами концентрації процесу та належного планування дій із розгляду справи, що передбачені в запропонованих Правилах, є встановлення судом конкретного терміну подання доказів, якщо він переконаний, що обидві сторони мали достатньо можливостей обґрунтувати свою позицію. Такий термін повинен установлюватися якнайшвидше. При цьому має бути чітко розмежовано всі стадії розгляду справи та визначено, на якій із них сторони подають докази та з'ясовують факти, сприяючи, таким чином, розгляду і вирішенню справи і підтверджуючи свої вимоги і заперечення. Також повинна бути чітко виокремлена та стадія, на якій рішення суду по суті ухвалюється і проголошується на підставі дослідження й оцінювання поданих доказів. Після закінчення розгляду справи, загалом, подання інших матеріалів, клопотань та доказів не допускається, хоча суд може вимагати або дозволяти подання доказів, необхідних для уточнення відповідних позицій сторін у виключних випадках.

С. Визначення питань права. Збалансованість обов'язків суду та сторін зберігається в Правилах і щодо визначення питань права. І суд, і сторони повинні сприяти правильному застосуванню норм права під час вирішення справи. Дійсно, у цій ситуації суд відіграє провідну роль. Як і в більшості цивільного процесуального законодавства європейських країн, сторони мають права та обов'язки надавати свої аргументи щодо норм права, які повинні застосовуватися. Однак основна відповідальність за визначення норм права, що підлягають застосуванню, належить суду, оцінка якого є остаточною для вирішення спору.

У цьому розділі запропоновано спеціальні правила, що визначають обсяг обов'язків окремих учасників процесу, в яких національне законодавство держав – членів ЄС – відрізняється. У першу чергу (знову ж таки, інакше ніж згідно із традиційним підходом *da mihi factum, dabo tibi jus*), Правилами передбачено, що сторони зобов'язані достатньо детально викласти свої вимоги щодо норм права. Загалом, вони подають свої аргументи на початковій стадії провадження. Це правило абсолютно відповідає підходу, визначеному у Принципах ALI/UNIDROIT [10, р. 11.3, 19.1].

По-друге, і в цьому запропоновані правила також узгоджуються із Принципами ALI/UNIDROIT, суду надається право з'ясовувати питання права із власної ініціативи, якщо це необхідно для ухвалення справедливого рішення. Зокрема, це право суду використовувати правову доктрину, на яку не посилалися сторони, що міститься у Принципі 22.2.3. Це також є основою загальноприйнятого принципу *iura novit curia*.

Право суду щодо розгляду питань права *ex officio* не повинно призводити до неефективності обов'язків

сторін надавати свої аргументи та заперечувати проти тих, що подані іншою стороною або судом. Однак наслідки порушення цього зобов'язання різні. Санкції мають бути більшими, якщо представником сторони є адвокат, оскільки вважається, що адвокати виступають у суді професійно. Вони також зобов'язані надати заперечення під час відповідного процесуального етапу розгляду справи. Досі Робоча Група вважала правильним, що в разі порушення цього обов'язку відповідальність може наступати у вигляді відмови у задоволенні клопотання або іншої заяви, яка не достатньо обґрунтована згідно з положеннями закону [28]. Дійсно, у соціально важливих справах суд повинен утримуватися від здійснення такого повноваження щодо остаточного залишення позову без розгляду. Цей засіб має залежати від розсуду суду та оцінки конкретних обставин справи.

D. Спроби досягти врегулювання та використання ADR. Останній розділ запропонованих Правил, що стосується обов'язків сторін, їхніх представників та суддів, зосереджено на питанні, яке пов'язане з обов'язком співпрацювати у досягненні вирішення спору, що може привести до добровільного та позасудового врегулювання справи. Основним (але не єдиним) способом, який може привести до узгодженого обов'язкового вирішення справи без необхідності ухвалення судового рішення, є прямі або (непрямі) переговори або медіація.

Зіштовхнувшись із проблемами надмірних витрат та тривалих судових процесів, європейські країни все більше застосовують підхід, за яким сторони не повинні одразу звертатися до суду за захистом, а тільки у тому разі, якщо вони мають вагому причину, зокрема, якщо вони не можуть отримати відповідний результат простішим і менш витратним способом. Зазвичай у цивільних справах звернення до суду має стати останньою інстанцією – *ultimum remedium*. Зокрема, судочинство не повинно використовуватися як спосіб підсилення більш слабкої сторони спору та її неможливості визначити конкретно та пояснити свої вимоги й погляди іншій стороні. Отже, відповідно до основного правила, сторони повинні активно і узгоджено співпрацювати для вирішення спору, як до, так і після відкриття провадження у справі. Із цією метою запропонований проект Правил містить перелік обов'язкових та факультативних дій, які необхідно виконати на етапах підготовки та розгляду справи по суті. Під час відкриття провадження у справі сторони повинні пред'явити свої вимоги та заперечення й обмінятися достатньою детальною інформацією, зокрема доказами, на яких базуються їхні вимоги та заперечення. Вони також мають уточнити і, якщо це можливо, обмежити конкретні правові та фактичні аспекти спору. Подальші рекомендовані кроки на етапі підготовки включають обмін пропозиціями щодо врегулювання спору або пропозиціями щодо використання відповідних методів вирішення спору, серед яких, наприклад, укладання угоди про арбітраж або залучення медіатора.

Представники посідають особливе місце у процесі сприяння успішному позасудовому вирішенню спору. Їхня роль полягає не лише у формулюванні вимог сторін і пред'явленні їх суду. Перед судовим процесом представники повинні повідомити сторони про інші доступні альтернативи. Вони мають заохочувати сторони до переговорів, допомогти їм в організації та проведенні таких переговорів, інформувати їх про наявність альтернативних способів вирішення спорів. Правовий та професійний обов'язок представника також полягає у сумлінному використанні ADR, уникаючи будь-яких зловживань, тактики затягування справи та перешкоджання її розгляду. Не менш важливим є й обов'язок суду щодо сприяння врегулюванню спорів за допомогою

ефективного використання ADR. Судді повинні заохочувати узгоджене вирішення спорів на будь-якому етапі судового розгляду, зокрема, на стадії підготовки та підготовчому судовому засіданні з організації розгляду справи. Якщо доступними є судова медіація або відповідні позасудові схеми ADR, суд зобов'язаний інформувати сторони про них. У відповідних випадках судді уповноважені надавати сторонам допомогу в досягненні узгодженого вирішення спору, водночас не забуваючи про обов'язок залишатися незалежними та неупередженими. Також доцільно, щоб суддя зробив свій внесок у фактичну розробку та погодження мирових угод, досягнутих під час судового провадження або до його початку. Запропонований проект Правил визначає обов'язкові засоби, які суд може використовувати для стимулювання сторін до виконання своїх обов'язків самостійно вирішити спір. Ці засоби є лише орієнтовними та, на думку Робочої групи, повинні залежати від положень спеціального законодавства, адаптованого до особливостей окремих категорій справ. Якщо таке є, суд, у відповідних випадках, може зобов'язати сторони обов'язково вжити конкретних заходів, наприклад, обмінятися доказами чи пропозиціями щодо врегулювання спору, відвідати одну або кілька нарад із питань використання ADR або взяти участь в одній чи кількох спробах ADR самостійно або за допомогою їхніх представників. Суд може зупинити провадження або відхилити клопотання сторін доти, доки не буде виконано ухвалу про вжиття необхідних заходів. Зважаючи на право сторін на доступ до правосуддя, а також на необхідність забезпечення ефективного виконання своїх зобов'язань щодо спроб використання інших наявних засобів перед зверненням до суду, запропонований проект Правил передбачає, що у разі, якщо закон встановлює низку обов'язкових заходів, спрямованих на мирне врегулювання спору, які повинні бути вичерпані до судового розгляду, то суд вимагатиме від сторін виконання таких кроків, а також зупинить або ж закрити провадження, яке може бути поновлено тільки після вжиття необхідних заходів. Це положення узгоджується з підходом, викладеним у Директиві ЄС про медіацію [29], яка визнає право держав-членів Європейського Союзу на те, щоб зробити медіацію обов'язковою, за умови, що обов'язковість та обмеження такого процесу не перешкоджатимуть сторонам реалізувати своє право на доступ до правосуддя. Дійсно, відповідне співвідношення між ефективною реалізацією права на доступ до правосуддя та зобов'язанням вичерпати інші засоби перед зверненням до суду за захистом, слід гарантувати іншими особливими положеннями національного законодавства. Для ефективного виконання обов'язків сторін або їхніх представників співпрацювати під час спроб мирного врегулювання спору необхідна ефективна система санкцій. Не враховуючи попередніх варіантів щодо повноважень суду зупинити чи закрити провадження у справі або відхилити клопотання сторін, проект Правил передбачає, що інші доступні інструменти забезпечення ефективного виконання процесуальних обов'язків повинні бути доступними для суду та використовуватися на його розсуд. Такі інструменти та санкції, що застосовуватимуться у відповідних справах (а для деяких справ підлягають подальшому регулюванню та ухваленню), включають присудження збитків, заповідяних затримкою та зловживанням процесуальними правами, підвищення судових витрат, сплату штрафів та скарги відповідній професійній організації, наприклад, адвокатській асоціації, для застосування дисциплінарних стягнень. Незважаючи на такий характер, Правилами не передбачається, що ці санкції будуть застосовуватися часто – це

лише підсилює роль суду та збільшує ймовірність того, що будуть дотримані процесуальні обов'язки інших учасників процесу. Це включає в себе обов'язок добровільного виконання укладеної мирової угоди, що також належить до одного з обов'язків сторін.

Відповідно до викладеного пропонуються такі питання для обговорення.

Е. Концепція процесуальних зобов'язань та санкцій за їх порушення. Традиційно в Європейському цивільному процесі розмежовуються "процесуальні обов'язки" (*Pflichten*) та "процесуальні тягари" (*Lasten* або "прості зобов'язання"). Раніше вважалося, загалом, як і зараз, що процесуальних обов'язків, за невиконання яких суд може накласти санкції, не існує. Стверджувалося, що сторони в цивільному процесі (або їх представники) є *dominilitis*, а їхні дії є проявом і результатом їхньої волі, а обов'язків вони не мають. Отже, нездійснення ними конкретних процесуальних дій може мати лише такий наслідок, як програш своєї справи. У сучасному розумінні, як і в запропонованих Правилах, визначається низка процесуальних обов'язків, порушення яких може призвести до відповідних санкцій суду. Оскільки сумлінне виконання процесуальних обов'язків розглядалося як найважливіше зобов'язання, у проекті Правил не було чіткого розмежування між *Pflichten* та *Lasten*. Обидва вони охоплюються одним і тим самим поняттям "процесуальні обов'язки" або просто вказують на те, що сторони або представники повинні чи не повинні робити [16, с. 693]. Аналогічно, у проекті Правил відсутнє чітке розмежування між "санкціями" у прямому сенсі та "наслідками дій (бездіяльності) сторін". Суперечливим є те, чи слід вважати це неясністю або неточністю, чи це був прагматичний вибір, спрямований на уникнення непотрібних концептуальних спорів. Однак також зазначимо, що цей "неточний" підхід, яким керуються *Pflichten* та *Lasten*, є частинною Принципів ALI/UNIDROIT.

Ф. Обов'язки представника та професійні обов'язки – правила професійної етики в контексті правил цивільного процесу. Точка зору, згідно з якою запропоновані Правила відрізняються від підходу, прийнятого у багатьох сучасних європейських процесуальних кодексах (чітке відмежування норм цивільного процесу та правил професійної етики), є віддзеркаленням розуміння відокремлення процесуальних обов'язків представників та правників (зокрема юристів). У проекті Правил також зазначається, що можуть застосовуватися (та повинні) не тільки процесуальні, але і професійні види відповідальності за зловживання процесуальними правами. Це положення відрізняється від положень багатьох законів, які, як правило, охоплюють лише обов'язки сторін, розглядаючи представників як їхню "альтернативу" та посиляючись на їх обов'язки, якщо взагалі такі є, лише щодо саморегульованої адвокатської діяльності. Включення правил та положень про представників та їхні професійні обов'язки в запропонованому проекті Правил у цілому відповідає підходам Принципів ALI/UNIDROIT [30]. Також вирішено, що, в державах, які бажають запровадити Правила ELI/UNIDROIT, можуть обирати: чи запровадити деякі з них в закони, чи залишити правила професійної етики. Ця пропозиція містить вказівки щодо змісту конкретних обов'язків та санкцій за їх недотримання, незалежно від того, де саме вони будуть закріплені – у законі, кодексі або правилах. Другою причиною такого підходу було те, що на практиці роль адвокатів є надзвичайно важливою для виконання зобов'язань сторін та правильного здійснення правосуддя (або, з іншого боку, процесуальних затримок та зловживання процедурами)

і багато в чому залежить від їх дій. У цьому відношенні деякі правила, які можна знайти в кодексах етики, наприклад, у Кодексі поведінки для європейських юристів, виданим РАЮТЕ [15], можуть і повинні також розглядатися як чіткі юридичні обов'язки [31]. Однак це ще одне питання, яке може бути переглянуте під час обговорення, як і взаємодія правил цивільного процесу та юридичних і етичних обов'язків юристів.

Г. Надто багато "принципів" і недостатньо "правил"? Правила, що містяться у пропозиції, складено таким чином, щоб гарантувати їхню гнучкість та досягти узагальнення певного рівня. Вони також впливають з однієї основної ідеї чи принципу обов'язку всіх учасників процесу добросовісно співпрацювати з метою забезпечення справедливого, невитратного та своєчасного розгляду справи, таким чином, розділити відповідальність за належне здійснення правосуддя. У проекті Правил ми не намагаємося встановити точні терміни виконання конкретних обов'язків або чітко визначити суми штрафів або збитків. Деякі цивільні процесуальні традиції в Європі може і не знайомі з такими підходами, оскільки вони носять більш технічний характер, тому може скластися враження, що запропоновані Правила містять більше "принципів", ніж "правил".

Позиція експертів, що працюють над розробкою проекту Правил ELI/UNIDROIT, полягала у тому, щоб уникнути формулювання дуже точних правил, оскільки вони навряд чи будуть прийнятними для всіх, особливо зважаючи на значні відмінності у структурі та підходах національних юрисдикцій в Європі. Більше того, і це важливіше, узгодженою є позиція щодо того, що чіткі загальні ідеї сприятимуть більшому успіху реформ цивільного процесу в Європі, ніж дуже деталізовані та формалізовані правила, які можуть відходити від затверджених підходів та цілей процесуального врегулювання. Проте можливо варто обговорити питання, чи запропонований проект Правил досяг відповідного балансу між загальними правилами та відкритими стандартами, з одного боку, і формальними та точними технічними вимогами, з іншого.

Н. Судовий розсуд чи чіткі правила? У доповнення до попереднього пункту, потрібно підняти питання щодо дискреційних повноважень суду встановлювати правила. Як уже згадувалося раніше, у багатьох випадках практично неможливо було знайти такі загальноприйняті положення, які автоматично і без винятку приводять до правильних результатів у всіх випадках. Отже, Правила залишають певний рівень дискреційних повноважень для судового розсуду на підставі оцінки всіх обставин справи, особливо у випадках вирішення питань стосовно організації розгляду справи та санкцій за порушення процесуальних обов'язків. Деякі моделі цивільного процесу в європейських країнах, особливо на півдні та на сході континенту, можуть бути не дуже знайомі із цим підходом, оскільки вони не сприймають ідеї надання суддям (коли завгодно) дискреційних повноважень в ухваленні рішень. Темою для обговорення може бути таке: чи ця традиція поступово змінюється з урахуванням сучасних тенденцій, а також, чи існуючі судові органи в Європі готові та здатні до ухвалення рішень із необхідною часткою обережності та обґрунтованості?

І. Відмова від підходу *da mihi factum, dabo tibi jus*. Як зазначено вище, запропоновані Правила включають ще одну основну ідею щодо обов'язку лояльної процедурної співпраці та принципу спільної відповідальності за справедливий, швидкий та ефективний розгляд справи, що вимагає активного внеску всіх основних учасників процесу (сторін, представників і суддів) як на етапі організації, так і коли з'ясовуються факти, необ-

хідні для розв'язання спору. Хоча баланс між активністю, яка вимагається від обох сторін спору, може змінюватися таким чином, що в деяких аспектах сторони відіграють більш важливу роль, а суд – менш важливу (*i vice versa*), немає таких процесуальних питань, в яких винятково одна сторона (сторони та їхні представники) або інша (суд) нестиме відповідальність, а інша сторона звільняється від будь-яких обов'язків. У цьому сенсі дещо спрощені, але все-таки доволі впливові підходи до односторонньої відповідальності, такі як *da mihi factum, dabo tibi jus*, уже не будуть доцільними. Це питання також може бути темою для обговорення.

І. Межі та сфера обов'язків щодо врегулювання та використання наявних способів ADR. Підходи до питання заохочення сторін досягти взаємно прийнятної рішення в Європі істотно різняться. Незважаючи на те, що національне законодавство деяких країн досі містить положення про те, що будь-які відносини, спрямовані на врегулювання конфлікту, повинні бути добровільними та необов'язковими, інші виступають за ширше використання обов'язкових схем досудового врегулювання та застосування процедур ADR, до розгляду справи в суді. У запропонованому проекті Правил ми намагаємося встановити баланс між цими двома полюсами, і це може стати ще одним питанням для обговорення правильності обраної тактики.

Сфера застосування та особливості ADR, якого сторони потребують для вирішення спору, можуть також бути питанням для обговорення. Один аспект, зокрема, стосується обов'язку взаємного обміну претензіями та пов'язаними з ними фактами і доказами, що їх підтверджують, перед зверненням до суду. Інший аспект стосувався обов'язку розглянути арбітраж як альтернативу судовому розгляду. Щодо цього зазначимо таке: хоча арбітраж, безумовно, успішно застосовується у деяких категоріях справ, і в ширшому сенсі він може стати альтернативою судовому розгляду, він не є примірною процедурою і навряд чи може стати обов'язковим. Тому Робоча група вирішила уникати конкретних посилань на арбітраж, вона дотримується більш традиційного поняття "примирного вирішення спорів", що може стати також темою для обговорення.

К. Чи можна досягти гармонізації мови та термінології процесу в Європі? Робота над Правилами цивільного процесу ELI/UNIDROIT засвідчила наявність низки лінгвістичних та термінологічних питань, пов'язаних із формулюванням правил, які мають бути прийняті в усій Європі. Коли йшлося про англійську версію тексту, виникло питання про те, чи були правила "занадто британськими" або, навпаки, несумісними з англійською юридичною термінологією. Незважаючи на те, що латинська мова вважається *lingua franca* європейського приватного права, критикувалося також використання звичайних латинських фраз у англійській версії тексту. Отже, стояло завдання знайти відповідні англійські терміни для деяких стандартних категорій у різних мовах, наприклад, відмінність між *Lasten* і *Pflichten*, згаданих вище. Робоча група також з'ясувала, що використання певних понять, таких як "медіація" або "примирення", необхідно узгодити з тими термінами, які використовуються у деяких романських мовах, наприклад, в Італії [32]. З огляду на це, Робоча група вирішила уникати цих проблем, зосередивши увагу на основних елементах і використовуючи лише загальноприйняті поняття. Проте цілком зрозуміло, що ці проблеми будуть поставати під час перекладу Правил на інші європейські мови, що може стати ще однією темою для обговорення.

Висновки. Робота над Європейськими правилами цивільного процесу продовжується. На наступних ета-

пах керівні органи ELI та UNIDROIT переглянуть запропоновані правила та остаточно сформулюють їхній зміст [33]. Інші робочі групи підготують свої пропозиції, що займе деякий час, оскільки кілька із цих груп були створені нещодавно. Зрештою, пропозиції всіх робочих груп будуть обговорюватися у "супергрупі", до складу якої входять доповідачі з усіх груп. Усі правила повинні бути консолідованими, і тому навряд чи остаточною текст завершених Правил стане загальнодоступним до кінця 2018 р. [34].

Тим не менш, навіть ця незакінчена робота може вважатися важливим досягненням. У свідомості членів Робочої групи вона не є особливо новою або революційною – лише детальне, конкретне та систематичне регулювання та підготовка правил, які вважаються найкращими в сучасних моделях цивільного процесу і можуть спрямувати майбутні процесуальні реформи. Аналіз таких принципів, як принцип лояльного співробітництва сторін і суду з метою забезпечення справедливого, ефективного та невитратного судового розгляду, робить запропонований текст корисним як вихідне положення для реформ національного законодавства. Крім того, систематичне та цілеспрямоване запровадження спільної відповідальності всіх учасників процесу справедливого та ефективного судочинства може сприяти подоланню дихотомії змагального та інквізиторського підходів до судових процесів, що відкинуло поле бою цієї процесуальної теорії в далеке минуле. Це також особливо актуально для підходу до з'ясування фактів та визначення норм права, згідно з яким запропоновані правила також дозволяють уникнути чіткого розмежування обов'язків та визначають з'ясування фактів і встановлення права як спільний обов'язок суду та сторін.

Запропоновані Правила в їхній нинішній формі також чітко підкреслюють три найважливіші тенденції реформування цивільного процесу за останні два десятиліття. Одна з них підкреслює важливість організації розгляду справи (і управління термінами) у судочинстві. Хоча в минулому цивільний процес був задуманий як подорож до невідомого у багатьох європейських країнах (а також, мабуть, у деяких навіть сьогодні), загальна тенденція сучасних реформ полягає в тому, щоб поставити акцент на плануванні та організації розгляду справи. Отже, активна участь у підготовці організації судового розгляду є одним з найважливіших обов'язків суддів, сторін та представників у проекті Правил. Цей обов'язок також детально розробляється, водночас враховуючи відповідний баланс між чітко встановленими правилами та загальними положеннями принципу.

Іншою реформаторською тенденцією, що знайшла відображення у проекті Правил, є посилення обов'язків усіх учасників, зокрема тих, хто щодня бере участь у цій професійній діяльності, – утримуватися від кроків і дій, які можна кваліфікувати як зловживання процесуальними правами. Професійний обов'язок утримуватися від жорстоких процесуальних стратегій, включаючи зневажливе поведіння, та процесуальних дій, спрямованих на затягування розгляду, зокрема, висвітлений як етичний та професійний обов'язок адвокатів. Розділяючи (процесуальні) обов'язки сторін та (етичні та процесуальні) обов'язки адвокатів, проект Правил встановлює (часто відсутній) зв'язок між професійними кодексами поведінки та цивільними процесуальними кодексами. Взаємозв'язок професійних асоціацій, таких як адвокатські асоціації (які вже існують у деяких транснаціональних правилах європейської правової професії), повинен сприяти формуванню та поширенню нової етики юриспруденції, в якій і противники, і суд

розглядатимуться як партнери, незважаючи на розбіжність їхніх інтересів та процесуальних ролей.

Нарешті, важлива частина обов'язків сторін та їх представників у проекті Правил не стосується суто судового розгляду справи, а пов'язана з їхньою поведінкою до початку судового розгляду. Заохочення спроб сторін до досягнення автономного врегулювання конфлікту з метою уникнення зайвого втручання органів державної влади характеризує важливу тенденцію сучасних реформ у різних моделях цивільного процесу в Європі та у всьому світі. Стосовно цього Робоча група з обов'язків поділяє думку про те, що звернення до судового процесу має бути лише останнім засобом – *ultimum remedium* – коли докладені зусилля сторін не допомогли вирішити їхній спір [35]. Поняття "доцільні зусилля" у проекті Правил включають усі методи, від формального та неформального прямого спілкування та переговорів до цілого ряду альтернативних механізмів вирішення спорів. Допроцесуальні та процесуальні обов'язки спроби автономного вирішення спорів (що триває протягом усього процесу та продовжується на стадіях після його закінчення) є ще одним спільним обов'язком усіх суб'єктів приватних цивільних спорів. Таким чином, цей обов'язок є ще одним прикладом загального обов'язку лояльного співробітництва, на цей раз щодо спроби спільно та автономно вирішувати спір, незважаючи на різні позиції сторін щодо його суті.

Після їх остаточного прийняття можна очікувати, що Правила про обов'язки сторін, представників та суддів, включені в загальний текст Європейських правил цивільного процесу, будуть використані як орієнтир та відправні положення для майбутніх національних реформ цивільного процесуального законодавства. Очікується, що деякі висновки будуть зроблені вже зараз, із проміжних та попередніх результатів, зокрема, коли вони будуть представлені громадськості як нормативний текст із зауваженнями та поясненнями. Попередній досвід підготовки Транскордонних принципів цивільного процесу показує, що із часом їхня популярність та вплив зростають. Завдяки великій кількості зацікавлених експертів, спостерігачів, посиленій інституційній підтримці та вищому рівню розробки з певним регіональним (європейським) смаком, можливий більш швидкий початок застосування Європейських правил цивільного процесу. Природно, що через структурні відмінності між системами цивільного судочинства європейських країн [36] важко повірити в те, що багато країн ухвалять текст правил "слово у слово" [37]. Проте сприйняття духу та філософії правил ELI/UNIDROIT може послужити навіть краще, ніж механічне копіювання "гармонізованих" європейських фраз. Ось чому варто сподіватися, що навіть ця презентаційна ескіза незакінченої роботи Робочої групи ELI з обов'язків сторін, представників та суддів може бути корисною для майбутніх обговорень процесуальних реформ.

Публікація статті Uzelac, Alan. Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. – Hungarian Journal of Legal Studies 58. – 2017. – № 1. – Р. 3–18, здійснюється з дозволу автора та видавництва. Переклад та редагування І.О. Ізарової, А.С. Ковтун та Т.М. Вахонєвої.

Примітки

1. *Прим. перекладача:* Проект ELI-UNIDROIT "From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure" ("Від Транскордонних принципів до Європейських правил цивільного судочинства"), започаткований у 2013 р. і здійснюється спільно Європейським інститутом права та Міжнародним інститутом уніфікації приватного права після завершення спільного проекту з підготовки "Principles of Transnational Civil Procedure" 2004 р. ("Принципи транскордонного цивільного проце-

су”) спільно з Американським інститутом права (The American Law Institute, ALI). Див. детальніше: Ізарова І. О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС: монографія / І. О. Ізарова. – К.: Дакор, 2015. – 336 с.

2. *Прим. перекладача:* Європейський інститут права (The European Law Institute, ELI) – заснований у червні 2011 р. за участі Віденського університету та Європейського Союзу як цілком незалежна організація, має на меті покращити якість європейського права, прагне ініціювати та проводити дослідження, сприяти їх підготовці, готувати рекомендації та надавати практичні вказівки щодо європейського правового розвитку, зосереджуючись на праві Європейського Союзу та Ради Європи.

3. *Прим. перекладача:* Міжнародний інститут уніфікації приватного права (The International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) – незалежна міжурядова організація, метою якої є вивчення потреб та методів модернізації, гармонізації та координації приватного та комерційного права між державами та групами держав, а також формування єдиних правових інструментів, принципів та правил для досягнення цих цілей.

4. *Прим. перекладача:* Американський інститут права (The American Law Institute, ALI) засновано у 1923 р. і є провідною незалежною організацією у США, яка провадить наукову роботу для роз'яснення, модернізації й удосконалення законодавства, зокрема. ALI бере участь у підготовці проектів, обговоренні законів, статутів, моделей і принципів права, таким чином здійснюючи величезний вплив на судову практику та процес реформування законодавства. Один із результатів роботи дістав назву **The ALI-UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure** ("Принципи транснаціонального цивільного процесу") 2004 р.

5. *Прим. перекладача:* "case management" – це новий принцип цивільного судочинства, що визначає ролі суду та учасників справи щодо управління та організації розгляду й вирішення справи. Традиційно вважають, що вперше він був запроваджений у законодавстві Великобританії під час реформи 1998 р. за результатами доповіді Г. Вульфа, на переконання якого такий підхід дозволить знівелювати негативні риси суто змагальної чи суто інквізиційної моделі. Відповідно у положеннях Civil Procedure Rules закріплено повноваження суду, в яких і реалізуються положення цього принципу. Враховуючи це, під час перекладу назви такого принципу варто виходити з його суті і змісту, тому ми пропонуємо визначити його як принцип організації розгляду справи.

6. Про перші спроби зближення див. детальніше: M. Storme (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Kluwer, 1994.

7. Про "європеїзацію" процесуального права див. детальніше: L. Ervo, M. Gräns, A. Jokela (eds), *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*. Europa Law Pub, 2009; R. Manko. *Europeanization of civil procedure. Towards common minimum standards? European Parliament EPRS PE 559.499*, 2015.

8. Див. детальніше: A.A.S. Zuckerman (ed), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford UP, 2000.

9. Про питання процесуальних стандартів та ситуації в сучасній Європі див. доповідь, підготовлену для Європейського парламенту: M. Tulibacka, R. Blomeyer, and M. Sanz. *Common minimum standards of civil procedure*. European Parliament EPRS PE 581.385, 2016.

10. Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*. Appendix: rules of transnational civil procedure. A Reporter's Study, 2005.

11. Про цей проект див. детальніше: URL: <<http://www.european-lawinstitute.eu/projects/current-projects>> і <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure>>.

Серед членів Робочої групи Жолан (Париж), Карольчик (Варшава), Рехберг (Відень), Сільвестрі (Павія), Сорабджі (Лондон), Страндберг (Берген). Доповідачі – Ван Рее (Маастрихт) та Узелак (Заргеб).

12. Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (84) 5 of the Committee of Ministers to Member States "On the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice".

13. Комісія Сторма – неофіційний орган, створений за фінансової підтримки Європейської Комісії, до складу якого входили науковці-експерти з кожної держави-члена, а завданням було з'ясувати можливість підготовки Європейського кодексу цивільного судочинства ("European Judicial Code of Civil Procedure"). Див. детальніше прим. 6.

14. Código Iberoamericano De Ética Judicial, 2006. URL: <<http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDI>>. CIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>.

15. The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), *The Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers*. Brussels, 2013.

Прим. перекладача: Статут основних принципів європейської юридичної професії та Кодекс поведінки європейських юристів – це два основні документи, що регламентують правила поведінки представників юридичної професії в Європі. Статут прийнято на пленарному засіданні у Брюсселі 24 листопада 2006 р. та спрямовано на посилення розуміння серед юристів важливості їх ролі у суспільстві. Кодекс ухвалено 28 жовтня 1988 р., зміни до нього вносились тричі, востаннє 19 травня 2006 р. Він є обов'язковим для членів усіх юридичних та правничих об'єднань в ЄС.

16. *Civil Litigation in China and Europe. Essays on the Role of the Judge and the Parties / C.H. Van Rhee, Y. Fu (eds) // Civil Litigation in China and Europe. Essays on the Role of the Judge and the Parties.* – Springer, 2014.

17. Франц Кляйн (1854–1926) був "батьком" Австрійського ЦПК. Його основні ідеї див.: F. Klein. *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich*. – Detuicke, 1891.

18. Лорд Гаррі Кеннет Вульф (1933) був "батьком" Англійських Правил цивільного процесу. Див. його доповіді: H.K. Woolf. *Access to Justice, Interim Report*. Lord Chancellor's Department June, 1995; H.K. Woolf. *Access to Justice, Final Report*. H.M. Stationery Office, 1996.

19. Під час опитування членів Робочої групи виявлено, що збір доказів більш за все можна робити *ex officio*, принаймні в деяких випадках, і якщо сторони цього вимагають. Що стосується Англії, Джон Сорабджі навіть заявив, що відповідно до існуючої практики, "судді не мають виходити за межі тих фактів, щодо яких були досліджені докази", але мають право пропонувати сторонам змінити свої правові позиції.

20. *Прим. перекладача:* ADR (Alternative Disputes Resolution) – це усталене поняття, що охоплює альтернативне позасудове вирішення спорів.

21. Про останні тенденції в інших країнах, див.: Van Rhee and Fu (eds), *Civil Litigation in China and Europe.* – Springer, 2014. – P. 197–221; A. Uzelac (ed), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems.* – Springer, 2014.

22. *Прим. перекладача:* Case Management Conference – спрямовано на реалізацію принципу співробітництва сторін та суду в організації розгляду справи з метою забезпечення справедливого, швидкого та пропорційного витратам процесу, що найкраще відповідає положенням нашого ЦПК про підготовче судове засідання у справі. З огляду на це, пропонується використати під час перекладу термін "підготовче організаційне засідання".

23. Підготовчі організаційні засідання є надзвичайно важливим елементом реформи англійського цивільного процесу, див. детальніше H.K. Woolf, *Access to Justice, Final Report*. H. M. Stationery Office, 1996. Вони поступово поширились на Європейському континенті. Про сучасний розвиток питання підготовчого провадження цивільного судочинства у Північній та Східній Європі див.: L. Ervo, A. Nylund (eds), *Current trends in Preparatory Proceedings. A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries.* – Springer, 2016.

24. Типовий перелік міститься в кількох європейських процесуальних кодексах. Як приклад, див. Закон про спори Норвегії, гл. 9–4, другий підрозділ.

25. Усі члени Робочої групи підтвердили наявність таких підходів у своєму законодавстві.

26. Такий підхід можна знайти у доповіді Вульфа. Також див. C.H. Van Rhee 'Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure' in J., Adolphsen et al., *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. – Geburtstag*. Beck, 2014. – P. 689–699.

27. Див., наприклад, § 183 Австрійського Цивільного процесуального кодексу (ZPO), що дозволяє суддям наказувати сторонам подати певні докази, якщо він вважає це необхідним для з'ясування спірних фактів. Упродовж процесуальних реформ у деяких країнах із перехідною економікою суддів обмежили у праві витребувати докази із власної ініціативи, але такі підходи, спрямовані на зменшення патерналістських тенденцій соціалістичного минулого, загалом не привели до бажаних результатів. Детальніше див.: A. Uzelac 'Croatia: Omnipotent judges as the Cause of Procedural Inefficiency and Impotence' in Van Rhee and Fu (eds), *Civil Litigation in China and Europe.* – Springer, 2014. – P. 197–221.

28. Див. *mutatis mutandis*. Принцип 17.3 ALI/UNIDROIT.

29. European Parliament, Council of the European Union, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

30. Назва Принципу 11 така: "Обов'язки сторін та адвокатів". Принцип 11.5 також належить до професійних обов'язків адвокатів. Див. Принцип 20 ALI/UNIDROIT.

31. The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), *The Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers* (Brussels 2013). Див. наприклад, правило 4.2 (обов'язок прагнути справедливості) або правило 4.4 (заборона надавати неправдиву інформацію суду).

32. Як стверджує член Робочої групи з Італії (проф. Сільвестрі), у деяких правових системах, що походять від римського права (і, звичайно ж, Італія та Франція), розрізняють домовленість (договір), за яким сторони досягають згоди, що закінчує їх спір за допомогою взаємного визнання відповідних претензій) та примирення, що є типовою угодою, досягнутою сторонами під час розгляду справи.

33. Про хід роботи над Правилами ви можете дізнатися зі сторінки ELI <<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/project-workflow/>>.

34. На сьогодні графік роботи над проектом Правил передбачає презентацію п'яти частин (включаючи правила щодо обов'язків сторін, представників та суддів) навесні 2018 р. у Триєрі, Німеччина. У цей самий час інші групи повинні надати свої перші проекти правил. Жодного остаточного терміну для остаточного ухвалення Правил ще не встановлено.

35. Члени Робочої групи не заперечують соціальну мету судочинства та необхідність у часі суду у вирішенні спорів із суспільними інтересами. Про різні цілі цивільного судочинства див.: A. Uzelac (ed), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems.* – Springer, 2014.

36. Про ці структурні відмінності та їх вплив на можливу гармонізацію див.: A. Uzelac 'Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations' in X.E. Kramer, C.H. Van Rhee (eds), *Civil Litigation in a Globalising World.* – T.M.C. Asser Press and Springer, 2012. – P. 175–205.

37. Для цього твердження – і не лише стосовно цивільного процесу – найкращим доказом може бути досвід ухвалення типового законодавства органів ООН, таких як ЮНСІТРАЛ.

Надійшла до редакції 23.01.18

А. Узелац, д-р юрид. наук, проф.
Університет Загреба, Європейський інститут права

НА ПУТИ К ЕВРОПЕЙСКИМ ПРАВИЛАМ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ

Освещены результаты исследования одной из рабочих групп проекта, задачей которой является разработка правил об обязанностях сторон, представителей и судей, основой для которых стал Принцип 11 Принципов трансграничного гражданского процесса, разработанных Американским институтом права (ALI) и UNIDROIT.

Ключевые слова: обязанности сторон, обязанности представителей, обязанности судей, гражданский процесс, трансграничные правила гражданского процесса.

A. Uzelats, Doctor of Law, M.A., LL.D., Professor
Faculty of Law University of Zagreb, European Institute of Law

WAY TO GO EUROPEAN RULES OF THE CIVIL PROCESS: TRANSFER OF PROCESSING REQUIREMENTS

This article highlights the results of a study of one of the working groups of the project whose task is to develop rules on the responsibilities of parties, representatives and judges, the basis of which was Principle 11 of the Principles of the Transnational Principles of Civil Procedure produced by the American Law Institute (ALI) and UNIDROIT.

Key words: duties of the parties, duties of representatives, judges' duties, civil process, cross-border rules of the civil process.

УДК 343.9.01

М. Кікалішвілі, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СОЦІОЛОГІЧНІ ТЕОРІЇ ДЕВІАНТНОЇ ПОВЕДІНКИ

(теорія культурного переносу Г. Тарда, теорія диференціальної асоціації Г. Сатерленда, теорія стигматизації, теорія конфлікту)

Стаття присвячена аналізу деяких соціологічних теорій девіантної поведінки, а саме: теорії культурного переносу Г. Тарда, теорії диференціальної асоціації Г. Сатерленда, теорії стигматизації і теорії конфлікту.

Ключові слова: девіантна поведінка, девіація, стигматизація, конфлікт, культурний перенос, диференціальна асоціація.

Ряд соціологів підкреслює схожість між способом здійснення девіантної поведінки і способом здійснення будь-якого іншого стилю поведінки. Одним із перших до такого висновку прийшов французький соціолог Габріель Тард (1843–1904), який ще в кінці XIX ст. сформулював теорію наслідування для пояснення девіантної поведінки. Працюючи окружним мировим суддею і директором відділу кримінальної статистики, він переконався, що наслідування в людській поведінці відіграє значущу роль. Г. Тард стверджував, що злочинці, як і "порядні" люди, імітують поведінку тих індивідів, з якими вони зустрічаються в житті, яких знали або про яких чули. Проте на відміну від законслухняних громадян вони імітують поведінку злочинців [8].

У 1920–1930-х рр., соціологи Чиказького університету, намагаючись пояснити високий рівень злочинності в ряді районів Чикаго, провели дослідження, у результаті яких виявили, що в окремих кварталах міста рівень злочинності залишався стабільними протягом багатьох років, незважаючи на зміни в етнічному складі населення. Учені зробили висновок про те, що кримінальна поведінка може передаватися від одного покоління до іншого, тобто молодь, яка живе в зонах високої злочинності, засвоює злочинні моделі поведінки. Більше того, коли в ці райони в'їжджають представники інших етнічних груп, їх дітям девіантні моделі поведінки передаються від місцевої молоді. Інакше кажучи, молоді люди стають правопорушниками, бо спілкуються і заводять дружбу з тими підлітками, у яких кримінальні моделі поведінки вже вкоренилися.

Г. Сатерленд, використовуючи висновки чиказьких соціологів, розробив теорію диференціальної асоціації, що базується на ідеях символічного інтеракціонізму і підкреслює роль соціальної взаємодії у процесі формування поглядів і вчинків людей [11]. Згідно з Г. Сатерлендом, індивіди стають правопорушниками

тою мірою, якою вони належать оточенню, що слідує девіантним ідеям, мотивуванню і методам. Такі індивіди можуть навчитися вживати і діставати заборонені наркотичні засоби або красти, а потім збувати крадене. Чим раніше почнуться контакти індивіда із криміногенним оточенням, чим частіші, інтенсивніші і триваліші будуть ці контакти, тим вища ймовірність того, що такий індивід теж стане правопорушником. Проте в цьому процесі бачимо не лише наслідування. Девіантна поведінка набувається на основі не тільки наслідування, а й навчання; дуже багато залежить від того, чому саме і в кого вчаться індивіди [5, с. 417].

Запропонована Г. Сатерлендом теорія диференційованого зв'язку складалася з таких положень: 1) процеси, що ведуть до систематичної злочинної поведінки, за своєю формою в основному збігаються із процесами, що ведуть до законслухняної поведінки; 2) систематична злочинна поведінка – це процес зв'язку з тими, хто вчиняє злочини, подібно до того, як систематична законслухняна поведінка – це процес зв'язку з тими, хто не порушує законів; 3) диференційований зв'язок – це особливий причинний процес розвитку систематичної злочинної поведінки; 4) можливість того, що індивід обере систематичну злочинну поведінку, у загальних рисах обумовлюється тим, наскільки часті й безпосередні його контакти з моделями такої поведінки; 5) індивідуальні відмінності між людьми у сенсі особистісних характеристик або особливостей соціальних ситуацій обумовлюють злочинну поведінку лише в тому, що вони впливають на характер диференційованого зв'язку або на частоту і стійкість контактів із моделями злочинної поведінки; 6) конфлікт культур – основна причина диференційованого зв'язку і, отже, систематичної злочинної поведінки; 7) соціальна дезорганізація – головна причина систематичної злочинної поведінки [5, с. 416–417].

У 1947 р. Г. Сатерленд модифікував теорію диференційованого зв'язку з урахуванням законів навчання. В остаточному вигляді теорія диференційованого зв'язку містить такі положення: 1) злочинній поведінці навчаються; 2) злочинній поведінці навчаються, взаємодіючи у процесі спілкування з іншими людьми; 3) навчання злочинній поведінці відбувається головним чином у групах, де відносини мають безпосередній, особистий характер; 4) навчання злочинній поведінці включає: а) засвоєння прийомів учинення злочинів, які можуть бути і дуже складними, і дуже простими, б) специфічну спрямованість мотивів, прагнень, установок, а також раціоналізацію поведінки; 5) специфічна спрямованість мотивів і прагнень формується на основі оцінок правових норм як сприятливих або як несприятливих; 6) особа стає делінквентом у результаті переважання у неї оцінок, що сприяють порушенню закону над оцінками, що не сприяють цьому; 7) диференційовані зв'язки різняться залежно від їх частоти, тривалості, черговості й інтенсивності; 8) процес навчання злочинній поведінці в ході контактів із моделями злочинної і незлочинної поведінки включає в себе всі механізми, що діють у процесі будь-якого іншого навчання; 9) хоча злочинна поведінка є вираженням загальних потреб та цінностей, вона не може бути пояснена ними, оскільки незлочинна поведінка виражає ті самі потреби і цінності [5, с. 417].

Кримінальна девіація є результатом переважного спілкування з носіями злочинних норм. Більш того, Г. Сатерленд ретельно описав чинники, поєднання яких сприяють кримінальній поведінці. Він підкреслив, що важливу роль у цьому відіграють не контакти з організаціями або інститутами (наприклад, із законодавчими органами або церквою), а повсякденне спілкування – у школі, вдома чи на місці постійних "вуличних тусовок". Проте теорія Г. Сатерленда має свої недоліки. Зокрема вона носить індивідуалістичний характер і не враховує складні структурні зв'язки в суспільстві [5, с. 418].

Аргумент, який теорія диференційованого зв'язку не може заперечити, полягає в тому, що не кожна людина, що стикається зі злочинністю, сприймає її як модель поведінки, якої треба дотримуватися. Деякі критики цієї теорії, повністю визнаючи тезу, згідно з якою люди стають такими, якими вони є, значною мірою, у результаті їхніх контактів з іншими людьми, указували на те, що біологічні та конституціональні особливості людини поряд із психологічними факторами послаблюють вплив зв'язків зі злочинцями або квазізлочинцями.

У плюралістичних суспільствах, де співіснує безліч субкультур, у різних груп населення можуть бути різні погляди і мотивування поведінки. Соціолог Вальтер Б. Міллер, ґрунтуючись на цьому принципі, провів дослідження девіантної поведінки в середовищі молоді з "нижчих" соціальних верств. Він визначав цю поведінку як адаптацію до культурних зразків, набутих такими людьми у процесі їх соціалізації в гетто і внутрішньоміському середовищі. Культура "нижчих" верств, за Б. Міллером, надає величезного значення ряду таких "першорядних" принципів, як порушення громадського спокою; доказ своєї "крутизни"; нахабство; азарт; доля; автономія. Хоча всі ці принципи не є обов'язково злочинними, слідування їм створює ситуації, в яких висока вірогідність використання моделей поведінки, що носять протизаконний характер [12, с. 5–6].

Сучасний вітчизняний дослідник Ю.А. Клейберг на прикладі підліткової девіантності також розкриває девіантну поведінку через ставлення особистості до культурних норм. Поведінка, що відхиляється – це "специфічний спосіб зміни соціальних норм і очікувань за допомогою демонстрації особистістю ціннісного ставлен-

ня до них" [4, с. 17]. Для цього використовуються спеціальні прийоми – сленг, символіка, мода, манера, вчинок і т. д. Девіантні дії підлітків виступають як засіб досягнення значущої цілі, самоствердження і розрядки.

Отже, теорія культурного переносу показує, що соціально неприйнятна поведінка може обумовлюватися тими ж процесами соціалізації, що й соціально схвалювана. Ця теорія дозволяє зрозуміти, чому кількість випадків девіантної поведінки змінюється від групи до групи і від суспільства до суспільства. Проте з її допомогою не можна пояснити деякі форми девіантної поведінки, особливо тих правопорушників, які не могли запозичити в інших ні способи, ні відповідні дефініції і погляди. Індивіди можуть потрапляти в одні й ті самі ситуації, але сприймати їх і реагувати на них по-різному.

Теорії, що розглянуті вище, засновано головним чином на аналізі особистісних особливостей девіанта, а також соціальних і культурних факторів, що сприяють девіації. Однак за останні роки сформувалося кілька нових підходів до девіації, які основну увагу звертають на тих, хто оцінює людину з погляду девіації, а також на те, як поводяться з індивідом, на якому є ярлик "девіанта".

Говард Беккер запропонував концепцію, протилежну тій, що обговорювалася вище. У своїй книзі "Аутсайдери" він відкинув багато психологічних та соціологічних пояснень девіації, тому що вони засновані на "медичній моделі", згідно з якою людина, що виявляє девіантну поведінку, вважається в деякому сенсі "хворою". Такі підходи не враховують політичного аспекту девіації [2, с. 17]. Г. Беккер вважає, що девіація, насамперед, обумовлена здатністю впливових груп суспільства (ідеться про законодавців, суддів, лікарів та ін.) нав'язувати іншим певні стандарти поведінки. "Соціальні групи створюють девіацію, оскільки вони слідуєть правилам, порушення яких вважається девіацією, крім того, вони нав'язують ці правила певним людям, яким "наклеюють ярлики" аутсайдерів. Із цієї точки зору девіація – це не "якість" вчинку людини, а скоріше наслідок застосування іншими людьми правил і санкцій проти "порушника" [2, с. 9].

В остаточному вигляді теорія стигматизації (від грец. *stigma* – клеймо) заснована на положеннях, сформульованих Ф. Танненбаумом в 1938 р., Е. Лемертом в 1951 р., Г. Беккером в 1963 р. і Р. Куїнні в 1970 р.

Прихильники теорії стигматизації взяли за основу головну ідею конфліктології, згідно з якою індивіди часто не можуть порозумітися один з одним, оскільки розходяться у своїх інтересах і поглядах на життя, при цьому ті, хто перебуває при владі, мають можливість висловлювати свої погляди і принципи в нормах, які керують інституційним життям, і з успіхом навішують негативні ярлики на порушників цих норм. Дослідників цікавить процес, у результаті якого окремі індивіди отримують клеймо девіантів і починають розглядати свою поведінку як девіантну.

Гофман І. виділяє три типи стигми: фізична стигма (уроджені аномалії і тілесні каліцтва); дефекти волі (алкоголізм, наркоманія, душевні хвороби); расові стигми ("чорні") [4, с. 14].

Прихильники теорії стигматизації Е. Лемерт, Г. Беккер і К. Еріксон стверджують, що, по-перше, жоден вчинок сам по собі не є кримінальним або некримінальним по суті. "Заперечність" вчинку обумовлена не його внутрішнім змістом, а тим, як оточуючі оцінюють такий вчинок і реагують на нього. Відхилення завжди є методом соціального визначення.

По-друге, усім людям властива девіантна поведінка, пов'язана з порушенням якихось норм. Прихильники цієї теорії заперечують популярну ідею про те, що людей можна розділити на нормальних і тих, що мають

якісь патології. Наприклад, деякі перевищують швидкість, здійснюють крадіжки в магазинах, приховують доходи від податкової інспекції, вживають спиртні напої. Прихильники теорії стигматизації називають такі дії первинною девіацією, визначаючи її як поведінку, що порушує соціальні норми, але зазвичай скриту від уваги правоохоронних органів.

По-третє, чи будуть конкретні вчинки людей розглядатися як девіантні, залежить і від того, як реагують на це інші люди, тобто ця оцінка залежить від правил, які існують у суспільстві і є кращими для нього. Не всіх, хто перевищив швидкість, вчинив крадіжку з магазину, приховав доходи тощо, засуджують. Особливе значення має соціальне оточення і те, чи "таврує" воно конкретного індивіда як порушника чи ні.

По-четверте, навішування ярликів на людей тягне певні наслідки для них. Воно створює умови, що ведуть до вторинної девіації – девіантної поведінки, що виникає в індивіда у відповідь на санкції з боку інших. Прихильники теорії стигматизації стверджують, що таке нове відхилення від норми ініціюється ворожими реакціями з боку законодавчих органів і законотворчих громадян. Індивід отримує публічне визначення, яке зводиться у стереотип, і оголошується правопорушником, наркоманом, збоченцем, злочинцем тощо. Ярлик сприяє закріпленню індивіда в статусі "аутсайдера". Подібний "головний" статус пригнічує всі інші статуси індивіда у формуванні його соціального досвіду і в результаті грає роль "пророцтва", що самореалізується. Порушники норм починають сприймати свій статус як конкретний тип девіантності та формувати на основі цього статусу власне життя.

По-п'яте, ті, хто отримав клеймо правопорушників, зазвичай виявляють, що законотворчі громадяни засуджують їх і не хочуть "мати з ними справи"; від них можуть відвернутися друзі та рідні, а в деяких випадках їх можуть ув'язнити або помістити в лікарню для душевнохворих. Загальний осуд та ізоляція підштовхнуть стигматизованих індивідів до девіантних груп, що складаються з людей, доля яких схожа на їхню власну. Участь у девіантній субкультурі – це спосіб упоратися із критичною ситуацією, знайти емоційну підтримку та оточення, де тебе приймають таким, який ти є. У свою чергу вступ у подібну девіантну групу зміцнює в індивіда уявлення про себе як про правопорушника, сприяє формуванню девіантного життєвого стилю і послаблює зв'язок із законотворчим оточенням.

Отже, згідно з теорією стигматизації, девіація визначається не самою поведінкою, а реакцією суспільства на таку поведінку.

Шраг К. виділяє дев'ять етапів процесу стигматизації: 1) жодна дія не злочинна сама по собі, вона є такою в силу закону; 2) визначення того, що є злочинним, застосовується в інтересах представників влади; 3) людина стає злочинцем не тому, що вона порушила закон, а в силу процесу стигматизації, за допомогою якої влада приписує їй цей статус; 4) поділ всіх людей на дві категорії – злочинців і незлочинців – суперечить здоровому глузду і очевидним фактам; 5) у порушеннях закону викривають лише незначну частину людей, а їх є набагато більше; 6) оскільки санкції, які використовуються у правозастосовчій діяльності, направлені проти людини, а не тільки проти злочинного діяння, характеристики злочинця впливають на тяжкість покарання; 7) кримінальні санкції варіюються залежно і від інших характеристик злочинця, таких, як приналежність до меншості, відсутність постійного місця проживання, погана

освіта і т. д.; 8) кримінальна юстиція виходить із стереотипного уявлення про злочинця як про зловмисника, про людину низьких моральних якостей, яка заслуговує осуду; 9) тим, хто одного разу був затаврований як злочинець, важко позбутися від цього клейма і відновити своє колишнє становище в суспільстві [54, с. 58].

Етапи процесу стигматизації були виділені також і Л. Уордом: 1) у дитинстві під час гри допустиме биття вікон, лазіння по дахах і взагалі "бешкетування"; 2) вимоги припинити "погану" поведінку пред'являються дитині членами суспільства, у тому числі, батьками; 3) у результаті подібної реакції дорослих дитина вважає, що з нею обійшлися несправедливо і що батьки і громада вже не зараховують її до "хороших" дітей; 4) батьки, поліція та інші можуть після цього з підозрою відноситися до всіх дій дитини, до її друзів, висловлювань, її особистості, підкріплюючи тим самим ставлення до неї як до "поганої"; 5) коли дитина виявляє, що її вважають "поганою" і що навіть її спроби стати "хорошою" розглядаються як докази того, що вона "погана", дитина може стати більш "схильною до вчинення злочину" або ще тісніше примкнути до групи товаришів по іграх, яка отримує ярлик "шайка девіантів"; 6) після того, як суспільство визнало підлітка "поганим", воно вже знає, як із ним упоратися; фактично доти, доки на ньому не було цього клейма, суспільство й гадки не мало, що робити з таким підлітком або просто було байдужим; 7) у процесі впливу на делінквента проявляються уявлення суспільства про делінквента та уявлення делінквента про самого себе; тепер він вважає себе таким, яким його вважає суспільство, а саме "невиправним", "делінквентом" або "злочинцем" [4, с. 45].

"Пророцтво, що самореалізується", яке йде від стигматизації, – проблема, що обговорювалася Р. Мертоном в 1957 р. Чи стає людина делінквентом у силу стигматизації, або справа полягає в тому, що компетентний експерт поставив правильний діагноз і зробив правильний прогноз, – ось питання, які слід вважати центральними. Безсумнівно, кожна із цих точок зору частково відображає соціальну ситуацію. Стигматизація девіантів здійснюється у формі наклеювання ярликів і стереотипізації.

Теорія стигматизації, не концентрує увагу на причинах учинення девіантних проявів, але допомагає зрозуміти, чому один і той самий вчинок може розглядатися як девіантний або ні, залежно від ситуації і характеристик індивіда, про якого йдеться. Багато прихильників теорії стигматизації звернулися до положень теорії конфлікту, у першу чергу до існуючої в суспільстві нерівності, щоб зрозуміти, що є основою структури соціальних інститутів, як складаються і проводяться в життя закони.

На відміну від концепцій, що звертають основну увагу на особливості індивідів, що сприяють девіації, теорія стигматизації пояснює, яким чином формується ставлення до людей, як до девіантів.

У теорії стигматизації є свої критики. По-перше, хоча теорія стигматизації дозволяє зрозуміти, як індивіди стають девіантами, вона не показує, які вихідні чинники викликали девіантну поведінку.

По-друге, девіацію неможливо зрозуміти і пояснити у відриві від соціальних норм. Якщо поведінка не є девіантною доти, поки вона не отримала подібну оцінку, то як тоді класифікувати латентні злочини? Одне дослідження виявило, що третина злочинів проти приватної власності здійснюється через переконаність злочинців у тому, що таким чином вони зможуть отримати набагато

більше, ніж шляхом чесною, законною праці, а ще третину злочинів скоюють безробітні [4, с. 85].

Олтер Гоув та інші дослідники вважають, що прихильники теорії стигматизації "стоять на боці знедолених", які опинилися на дні суспільства і не можуть чинити опір тим, хто навішує на них ярлики девіантів. Півен Ф. зазначає, що прихильники цієї концепції деякою мірою перебільшують пасивність девіантів і їх нездатність боротися із правлячими класами. Така теорія стверджує, що насправді відомо багато людей, які чинять опір, іноді успішно, спробам влади принизити їх і поставити на коліна. Вона наводить приклад боротьби афро-американців півдня Америки, які відкидають норми, що нав'язуються їм навколишнім суспільством, й організовують страйки і марші протесту. Відповідно до поглядів Ф. Півен, за девіації йдеться про конфлікт більшою мірою, ніж припускають прихильники теорії наклеювання ярликів [9, с. 144].

Прихильники теорії культурного переносу підкреслюють, що для індивідів, які належать до різних субкультур, характерні різні моделі поведінки, оскільки процес їх соціалізації базується на різних традиціях. Прихильники теорії конфлікту згодні із цим положенням, але намагаються відповісти на питання, яка соціальна група зуміє висловити свої принципи в законах суспільства і змусити членів суспільства підкорятися цим законам. Оскільки інституційний порядок викликає зіткнення інтересів основних груп – класів, расових і етнічних груп, статевої групи, організацій бізнесу тощо, виникає ще одне питання: хто отримує левову частку переваг від конкретної соціальної системи, чому структура суспільства дає переваги одним соціальним групам, а інші групи залишаються в невідповідному положенні й навіть клеймуються як такі, що порушили закон?

Хоча в останні десятиріччя з'явилася безліч нових напрямів конфліктологічного підходу до проблеми девіації, його походження має коріння у марксистській традиції. Згідно з ортодоксальною марксистською теорією, правлячий клас капіталістів експлуатує і грабує народні маси і при цьому уникає відповідальності за свої злочини. Трудящі – жертви капіталістичного гноблення – у своїй боротьбі за виживання змушені робити вчинки, які правлячий клас таврує як злочинні. Інші типи девіантної поведінки – алкоголізм, наркоманія, насильство в сім'ї, сексуальна розбещеність і проституція – є продуктами моральної деградації, яка заснована на безпринципній гонимості за наживою і пригніченням бідняків, жінок, представників етнічних меншин. Психологічні та емоційні проблеми пояснюються відчуженням людей від засобів виробництва, за допомогою яких вони добувають собі засоби до життя, тобто від самого базису свого існування.

Теорія конфлікту виникла на основі положень і принципів, розроблених Г. Зиммелем (1858–1918), який вважав, що конфлікт є формою взаємодії на відміну від його змісту. Зміст може бути різним, але форма "соціального конфлікту" залишається однією і тією ж. Теорія конфлікту виходить з орієнтованого на соціальну психологію підходу до формування особистості з позицій соціальної взаємодії та уявленні про колективну поведінку як про соціальні процеси [4, с. 89].

Цікавим є політичний підхід до девіації групи соціологів, які називають себе "радикальними криминологами". Вони відкидають усі теорії злочинності, що трактують її як порушення загальноприйнятих законів; стверджують, що такі концепції характеризують суспільство як абсолютно єдине ціле. Згідно з їх точкою зору, створення законів і підпорядкування їм є частиною конфлікту, що відбувається в суспільстві між різними групами.

Щоб пояснити суть цієї концепції, О. Турк (1969) привів такий аргумент: коли виникає конфлікт між владою та деякими категоріями громадян, влада зазвичай обирає варіант примусових заходів [9, с. 144].

Сучасний марксистський підхід до проблеми девіації сформулював американський соціолог Р. Квінні [1, с. 199]. Згідно з Р. Квінні, правова система США відображає інтереси й ідеологію правлячого капіталістичного класу. Закон оголошує нелегальними деякі вчинки, що ображають мораль правлячого класу і становлять загрозу для їх привілеїв і власності: "Закон є інструмент правлячого класу. Кримінальне право, зокрема, є засіб, створений і використовуваний правлячим класом для збереження існуючого порядку. У Сполучених Штатах держава і її правова система – існують для захисту і підтримки капіталістичних інтересів правлячого класу" [1, с. 200].

Для того щоб "зрозуміти природу злочину, необхідно розуміти розвиток політичної економіки в капіталістичному суспільстві". Проте, якщо держава слугує інтересам капіталістичного класу, то і злочин у кінцевому підсумку є класово обумовленим політичним актом, який закладено у структуру капіталістичної соціальної системи [1, с. 203].

Капіталізм у спробі вистояти у внутрішніх конфліктах вчиняє злочини влади. "Одне з протиріччя капіталізму полягає в тому, що деякі з його законів повинні порушуватися для забезпечення безпеки існуючої системи" [1, с. 203]. Тут у першу чергу слід назвати злочини, що вчиняються корпораціями, – від установа фіксованих цін до забруднення навколишнього середовища. На противагу таким злочинам багато кримінальних злочинів звичайних людей або порушення прав власності "здійснюються з необхідності вижити" в умовах капіталістичної соціальної системи. Злочини проти особи – вбивства, зґвалтування "вчиняються людьми, які вже загартовані умовами життя в капіталістичному суспільстві". Є ще вид злочинів, які Р. Квінні визначає як акт опору владі: коли робітники саботують, не виконують свої обов'язки, протестуючи таким чином проти своїх роботодавців [1, с. 205].

У цілому, Р. Квінні вважає, що злочин притаманний капіталістичній системі. Коли суспільство створює соціальні проблеми і не може впоратися з ними природним чином, воно вигадує і вводить політику контролю за населенням. Він стверджує, що закони та діяльність правоохоронних органів – це знаряддя, які правлячі класи використовують проти тих, хто позбавлений влади. Далі Р. Квінні підкреслює, що навіть закони, які нібито суперечать інтересам правлячих класів, насправді служать цим інтересам [6].

Отже, злочин і кримінальне правосуддя становлять невід'ємну частину більш великих проблем історичного розвитку капіталізму.

Таким чином, "радикальну криминологію" не цікавить, чому люди порушують закони, вона займається аналізом сутності самої законодавчої системи. Більше того, прихильники цієї теорії розглядають девіантів не як порушників загальноприйнятих правил, а скоріше як бунтарів, котрі виступають проти капіталістичного суспільства, яке прагне ізолювати і помістити безліч своїх членів, що нібито потребують контролю, у психіатричні лікарні, в'язниці та колонії для неповнолітніх. Теорія конфлікту спонукала соціологів до вивчення впливу інтересів правлячого класу на прийняття і виконання законів.

У теорії конфлікту є багато чого справедливого. Цілком очевидно, що встановлюють закони і забезпечують їх виконання індивіди і соціальні групи, які наділені вла-

дою. Унаслідок цього закони не є нейтральними, бо слугують інтересам певної соціальної групи і висловлюють основні її цінності. Однак, по-перше, на думку критиків теорії конфлікту, подібні інтуїтивні здогадки не задовольняють вимоги наукового дослідження. Наприклад, за словами соціолога С. Уіллера, розробка теорії конфлікту і повторне відкриття К. Маркса задало новий напрямок розуміння девіації, але створюється "сильне враження, що всі ці досягнення є риторичними" [9, с. 239].

Багато формулювань конфліктологів вимагають уточнення. Так, не завжди зрозуміло, про яких конкретно індивідів або групи йдеться, коли говорять про "правлячу еліту" й "інтереси правлячої еліти". По-друге, теорія конфлікту потребує перевірки. Наприклад, В. Дж. Шамблісс і Р. Сідмен стверджують: "Найсудовіші санкції, як правило, накладаються на людей нижчих соціальних класів" [3, с. 458]. Проте результати досліджень не завжди узгоджуються із цим твердженням: одні дослідження виявляють незначний зв'язок між статусом порушників закону і призначеним покаранням або повну його відсутність; в інших дослідженнях цей взаємозв'язок чітко простежується; деякі дослідження показують, що цей взаємозв'язок залежить від конкретних обставин. І хоча корпорації часто прагнуть впливати на правосуддя і державну політику, їх інтереси не обов'язково домінують над інтересами інших груп. Цілком очевидно, що необхідні додаткові дослідження. Положення теорії конфлікту не можна прийняти на віру без ретельних наукових досліджень.

Соціологічні та близькі до них соціально-психологічні теорії розглядають девіантну поведінку як результат соціальних процесів, складних взаємин між суспільством і конкретною особою. З одного боку, у самому суспільстві є серйозні причини для поведінки, що відхиляється, наприклад соціальна дезорганізація і соціальна нерівність. З іншого боку, ми законно міримо приходимо до розуміння ролі індивідуальності конкретної людини у процесі соціалізації її особистості.

Соціологічні теорії не пояснюють, чому в одних і тих самих соціальних умовах різні люди демонструють

принципово різну поведінку. Визнаємо, що соціальні умови дійсно визначають характер соціальних девіацій (масштаб розповсюдження цих явищ у суспільстві або соціальній групі), але вони недостатні для пояснення причин і механізмів девіантної поведінки конкретної особистості.

Таким чином, жодна соціологічна теорія не здатна дати повного пояснення девіантної поведінки. Кожна висвічує якесь одне важливе джерело відхилення поведінки від норми. А девіантна поведінка може набувати безліч форм. Тому слід ретельно аналізувати кожну форму девіації для визначення задіяних у ній специфічних факторів.

Список використаних джерел:

1. Американская социология: перспективы, проблемы, методы. – М., 1972. – 390 с.
2. Беккер Г. Человеческое поведение: экономический подход / Г. Беккер. – М.: ГУ ВШЭ, 2003. – 120 с.
3. Гишинский Я. Социология девіантної поведінки / Я. Гишинский – СПб.: Питер, 2009. – 507 с.
4. Клейберг Ю.А. Психология девиантного поведения: учеб. пособие для вузов / Ю.А. Клейберг. – М.: ТЦ Сфера, при участии "Юрайт-М", 2001. – 160 с.
5. Криминология: учебник для юридических вузов / под общ. ред. А.И. Долговой – М.: Издательская группа ИНФРА. М – НОРМА, 1997. – 784 с.
6. Миллз Р. Властвующая элита / Р. Миллз. – М.: Директмедиа Паблишинг, 2007. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://allconspirology.org/books/Mills-R_Vlastvuyushchaya-elita/.
7. Смелзер Н. Социология / Н. Смелзер; пер. с англ. – М.: Феникс, 1998. – 688 с.
8. Тард Г. Законы подражания / Г. Тард; пер. с фр. – М.: Академический Проект, 2011. – 304 с. – (Психологические технологии).
9. Фокс В. Введение в криминологию / В. Фокс. – М., 1980. – 239 с.
10. Хомич А.В. Психология девиантного поведения: учеб. пособие / А.В. Хомич. – Ростов-на-Д., 2006. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://khomich.narod.ru/DEVIANTNOE-POVEDENIE/Deviantnoe-posobie.htm>
11. Sutherland E. H. Principles of Criminology / E.H. Sutherland, D.R. Cressey. – New York, 1966. – P. 81–82.
12. Miller Walter B. Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency / Walter B. Miller // Journal of Social Issues. – Vol. 14 (1958), No. 3. – P. 5–19.

Надійшла до редколегії 12.12.17

М. Кикалишвили, канд. юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СОЦИОЛОГИЧЕСКИЕ ТЕОРИИ ДЕВИАНТНОГО ПОВЕДЕНИЯ

(теория культурного переноса Г. Тарда, теория дифференциальной ассоциации Г. Сатерленда, теория стигматизации, теория конфликта)

Статья посвящена анализу некоторых социологических теорий девиантного поведения, а именно: теории культурного переноса Г. Тарда, теории дифференциальной ассоциации Г. Сатерленда, теории стигматизации и теории конфликта.

Ключевые слова: девиантное поведение, девиация, стигматизация, конфликт, культурный перенос, дифференциальная ассоциация.

M. Kikalishvili, Candidate of Law Science, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SOCIOLOGICAL THEORIES OF DEVIANT BEHAVIOR

(theory of cultural transfer G. Tarde, differential association theory G. Sutherland, the theory of stigmatization, conflict theory)

This article analyzes the sociological theories of deviant behavior. Sociological explanations of deviant behavior included social and cultural factors on which people believe deviants. Cultural explanations (T.Selli, U.Miller) focused on the analysis of cultural values (deviations occur for Learning subculture norms that are contrary to the rules of the dominant culture). The theory of stigmatization or sticking labels (G. Becker) explain deviant behavior that influential groups have the opportunity to stick the labels "deviants" for representatives of less powerful groups. Conflictological approach (A.Turk, R.Kvinni) gives primary importance essence of society and its legal system (deviant is often rebels).

Keywords: deviant behavior, deviation, stigmatization, conflict, cultural shift, differential association.

УДК 342

В. Шамрай, канд. юрид. наук, докторант
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ІНТЕРНАЦІОНАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДОСВІД ПРОВІДНИХ КРАЇН ТА ПЕРСПЕКТИВИ УКРАЇНИ

Розкрито вплив міжнародного права на конституційне законодавство України. Проаналізовано досвід інтернаціоналізації та гармонізації конституційного законодавства деяких держав, зокрема на прикладі країн Європейського Союзу. Особливу увагу приділено закріпленню прав і свобод людини і громадянина в Конституції України та конституціях інших держав під впливом міжнародного законодавства.

Ключові слова: інтернаціоналізація, трансінтернаціоналізація, гармонізація, конституція України, природні права людини.

Від ступеня відповідності національного законодавства будь-якої країни нормам (стандартам) міжнародного права багато в чому залежить ефективність міжнародного співробітництва з іншими країнами, їх угрупованнями, міжнародними організаціями [11]. Навіть вступ до окремих міжнародних організацій, зокрема до Європейського Союзу (сьогодні багато держав мають бажання стати його членами, у тому числі й Україна), залежить поряд з іншими факторами від того, наскільки та чи інша країна може прийняти інтеграційне законодавство цієї міжнародної організації, яке, у свою чергу, не лише базується на нормах міжнародного права, а одночасно є його складовою частиною [15, с. 108].

У вказаному контексті характерним прикладом інтернаціоналізації положень Конституції України є, зокрема, другий її розділ, присвячений правам, свободам і обов'язкам людини і громадянина в Україні [10, с. 338]. Це один із найбільших, надзвичайно важливих і, можна сказати, центральних розділів. Зі ст. 161 Конституції майже третина міститься в ньому. Зміст переконує, що в цілому тут враховано вимоги і норми міжнародно-правових стандартів із прав людини, що відображені в чинних для України міжнародних документах універсального рівня, таких як: Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права і Факультативний протокол до нього, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція про політичні права жінок, Конвенція про права дитини та ін. [9, с. 6].

Завдяки їм з'явилися нові конституційні норми про те, що всі люди є вільними і рівними у своїй гідності та правах, мають невід'ємне право на життя, повагу до своєї гідності, свободу світогляду та деякі інші права. Вони кореспондують із положеннями досить відомих і важливих міжнародно-правових актів.

Так, Конституція України проголошує рівність прав громадян, їх рівність перед законом, що співзвучно зі ст. 7 Загальної декларації прав людини.

Уперше в Конституції України закріплено природні права людини: право на життя (міститься в Загальній декларації прав людини) [2], ст. 2 Європейської конвенції із прав людини) [3], особиста недоторканність (ст. 3 Загальної декларації прав людини, ст. 5 Європейської конвенції із прав людини; ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права) [8], невтручання в особисте життя (ст. 12 Загальної декларації прав людини, ст. 8 Європейської конвенції із прав людини), право на свободу пересування та обрання місця проживання (ст. 13 Загальної декларації прав людини), повага до гідності (ст. 5 Загальної декларації прав людини, ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права). Конституція України встановлює, що права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Це положення Конституції відповідає вимогам Статуту Організації Об'єднаних Націй, принципам Гельсінкського

Заключного акта. Конституція України закріпила й інші положення міжнародно-правових актів.

Разом із тим зазначимо, що і цей розділ потребує подальшого вдосконалення. На це, наприклад, вказує порівняльний аналіз змісту чинного тексту Конституції України з положеннями Віденської декларації та Програми дій, схвалених Всесвітньою конференцією по правах людини 25 червня 1993 р. Розглянемо, наприклад, положення щодо прав дитини. У Конституції України цьому питанню безпосередньо присвячено норми, які зобов'язують батьків утримувати дітей до їх повноліття, забезпечується охорона дитинства, сім'ї, материнства та батьківства з боку держави (ст. 51), визначається рівність дітей у своїх правах (ст. 52) тощо. Проте зазначена Віденська декларація і Програма дій у п. 21, присвяченому правам дітей, звертає також увагу на необхідність удосконалення національних і міжнародних механізмів та програм захисту й охорони дітей, зокрема дівчаток, дітей, залишених без нагляду, безпритульних дітей, дітей, що страждають від хвороб, включаючи синдром набутого імунodefіциту, дітей із числа біженців, дітей, що перебувають у місцях позбавлення волі, тощо.

Потребують вдосконалення на конституційно-правовому рівні відповідно до міжнародно-правових стандартів і правові основи захисту інших категорій людей, зокрема жінок, інвалідів тощо.

На наш погляд, можливим є прийняття окремого закону, в якому були б систематизовані вимоги, норми і стандарти чинних для України міжнародно-правових документів із питань забезпечення прав людини [12].

Згідно зі ст. 9 Конституції України, "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України". І далі: "укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України". Аналізуючи зміст цієї конституційної норми, важливо зазначити, що перша її частина надає можливість збагачувати зміст національного законодавства України нормами та принципами, які уніфіковані та закріплені у міжнародних договорах і віддзеркалюють надбання світової цивілізації у міжнародному праві. Це значною мірою сприяє зближенню національного законодавства України з міжнародною правовою системою. А якщо врахувати, що до цієї мети аналогічним шляхом спрямовують свої зусилля й інші держави світу, то міжнародне право слід розглядати тим своєрідним "спільним знаменником", який об'єднує всі національні правові системи. А це значить, що через втілення в законодавство України норм та принципів міжнародного права наша держава практично гармонізує свою правову систему із правовими системами інших держав світу. Отже, зміст ст. 9 Конституції України дає підстави вважати міжнародні договори не лише джерелом міжнародного права, а і джерелом національного конституційного

права України, що відображає взаємні процеси інтернаціоналізації конституційного права та конституціоналізації міжнародного права у сучасних умовах державно-правового розвитку.

Враховуючи зазначене вище, відмітимо, що важливим у вказаних процесах є зведення норм конституції будь-якої країни до міжнародних стандартів. Це надзвичайно актуально, якщо взяти до уваги, що конституція є основою, правовим фундаментом розвитку національного законодавства. Цілком зрозуміло, що від того, скільки в конституції буде враховано норм і принципів міжнародного права, стільки ж відповідно буде їх закріплено в національному законодавстві, яке повинно розвивати конституційні положення. Зазначимо, що такий підхід використано і при розробці та прийнятті нової Конституції України. Багато міжнародно-правових актів спрямовано на розвиток демократичних принципів правової держави, інститутів громадянського суспільства, визнання і захист прав і свобод людини. Так, згідно зі Статутом Ради Європи верховенство права є основою будь-якої істинної демократії. Враховуючи це, Конституція України (ст. 8) закріпила принцип верховенства права.

У Конституції України також відображено міжнародно-правові норми, присвячені демократичним інститутам правової держави. Це норми щодо вільних виборів, які повинні забезпечувати вільне волевиявлення виборців, представницьку форму правління. У них закріплено також обов'язок усіх органів держави дотримуватися Конституції і діяти відповідно до законів, а також визначено гарантії незалежності судової влади тощо. Також Конституція України проголошує рівність прав громадян, їх рівність перед законом. Проте водночас, незважаючи на інтенсивні процеси інтернаціоналізації конституційного права України, деякі розділи Конституції України потребують подальшого вдосконалення відповідно до універсальних та регіональних (європейських) міжнародно-правових стандартів.

Крім того, проявом інтернаціоналізації конституцій та конституційного права в цілому є розширення кола наднаціональних правових актів у результаті регіонального зближення ряду держав. Це деякі акти органів Європейського Союзу, які мають пряму дію на території країн-учасниць (наприклад, акт, який регулює порядок проведення виборів у Європейській парламент).

Проблеми глобалізації сучасного конституційного права тісно пов'язані і значною мірою детерміновані зростанням ролі прав людини у системі координат "міжнародне співтовариство–національні держави–індивіди". Із 70-х рр. ХХ ст. права людини поступово стали набувати глобальні риси, що стало відображенням певної стандартизації вітальних і соціальних потреб людей. Посилюється схожість умов життя, складається загальний економічний, інформаційний, культурний простір, інтернаціоналізація і транснаціоналізація пов'язують індивідів із системами великих масштабів. Іншими словами, інтернаціоналізація, на думку експертів, вступила в завершальну стадію, адже світ стає єдиним не тільки з філософського погляду, але і у правовій щоденній реальності [5].

Нині "відкрита державність" невід'ємна від процесу глобалізації та проявляється у прагненні держав брати участь у спільній міжнародній діяльності, приєднуватися до міжнародних торговельних договорів і організацій, таких як СОТ, жорстко дотримуватися норм міжнародного права тощо. Інтеграція багатьох держав як особливої форми міжнародних відносин є провідною стадією інтернаціоналізації конституційного права. Здатність іти на суттєве звуження зовнішнього суверенітету заради європейської інтеграції невід'ємна від глибинного усві-

домлення того, що політичний, економічний і культурний прогрес іде пліч-о-пліч із міжнародним співробітництвом, і що передача внутрішніх справ на міжнародний або наднаціональний рівень нині є необхідним внеском у справу зміцнення міжнародного співробітництва [16, с. 5].

Нова хвиля конституційного розвитку свідчить, що сталося принципове за своїм значенням розширення об'єкта конституційно-правового регулювання. Якщо раніше конституції обмежувалися головним чином питаннями організації державної влади і відносинами влади й особистості, то зараз фактично всі сучасні конституції включають положення, які належать до сфери функціонування суб'єктів громадянського суспільства, економіки, соціальних відносин, політичної системи, основ духовного життя суспільства.

Перші конституції декларували переважно громадянські й політичні права, а із числа економічних – в основному, право власності. Нині каталог конституційних прав і свобод поповнюється соціальними, економічними, культурними та екологічними правами, що є активним проявом процесів інтернаціоналізації. З'являються конституційні права і свободи окремих категорій громадян – підприємців, роботодавців. Конституції, які були прийняті після Другої світової війни в демократичних країнах, значне місце приділяють регулюванню соціальних відносин [6, с. 44].

Відзначається активна правотворчість у галузі прав і свобод у всьому світі, національні системи здійснюють пошук оптимальних моделей, звертаються до міжнародної практики, обмінюються власним досвідом. Правам людини присвячуються перші статті й розділи конституцій. Інтернаціоналізація прав людини, трансформація ідеї конституційних прав у декількох країнах в універсальну концепцію і головний предмет міжнародної політики та міжнародного права – це феномен середини ХХ ст.

Яскравий прояв процесів інтернаціоналізації можна спостерігати, наприклад, у конституціях таких досить різних за основними політико-правовими характеристиками держав: Італія, Іспанія, Україна, Венесуела, що стосуються прав людини, причому каталог останніх виходить далеко за межі їх класичного універсалізованого переліку.

Процес зближення конституцій різних країн у змістовному відношенні є очевидним. Щодо прав і свобод цей процес проходить у декількох напрямках: по-перше, шляхом розширення їх кола, включення в текст конституцій нових прав і свобод, по-друге, шляхом деталізації, уточнення, більш докладного регулювання раніше відомих цивільних прав і свобод. Поява будь-якого нового виду прав в одній країні рано чи пізно спричиняє появу такого самого або подібного виду в іншій. Зрозуміло, що цей процес має місце за наявності подібних умов економічного і соціального розвитку тих чи інших зарубіжних країн.

Форсований міжнародний розвиток прав людини відбувався через ряд причин, починаючи з політичних мотивів, а також під впливом гуманітарної катастрофи Другої світової війни і у зв'язку із крахом колоніальної системи. Права людини знову стали гаслом, під яким здійснювалася боротьба з тоталітарними ідеологіями й державними режимами, проти всякої диктатури і необмеженого насильства. У цей період права людини особливо динамічно виходять за межі власне європейського простору і з'являються в законодавстві і в практиці країн, що звільнилися від колоніальної та іншої залежності. Також у зв'язку із цією тенденцією відзначимо і інституціоналізацію політичних партій і громадських об'єднань, обумовлену зростанням їх ролі, а також потребами зміцнення правової державності тощо [7, с. 45].

Загалом означені процеси мають на меті повніше конституційно-правове регулювання основ усіх найважливіших сторін суспільних відносин у їх взаємозв'язку. Конституція стає універсальним документом, який поширюється на всі загальнозначущі сфери життя суспільства. Шляхом використання інструментів публічної влади конституційне право практично всіх країн установлює системні зв'язки "особистість–колектив–держава–суспільство".

Однак при цьому спостерігаються й інші тенденції: із нормативних джерел поступово зникають деякі види прав першого покоління, наприклад, право на опір гнобленню, право на повстання, право народів на державне самовизначення, тобто ті, які, із точки зору урядів, спричиняють небезпеку конституційному правопорядку в країні.

Держави, проводячи кампанії конституціоналізації прав на загальній основі, починають стикатися з великими труднощами. Запозичені одна в одній норми, юридичні конструкції та технології не гарантують автоматичної дії прав, оскільки неможливо перенести в нове середовище механізми функціонування. Постає проблема гарантування прав, тобто кардинальної трансформації суспільних відносин у бік їх сприяння діям прав. А це є тривалим процесом, що вимагає часу і терпіння, результати роботи відсуваються на перспективу. Усе це викликає незадоволення та відповідну критику ідей прав людини в цілому, охолодження до них [13, с. 135].

Вступ країн до ЄС у більшості випадків супроводжується внесенням змін до національних конституцій, а це є проявом процесів інтернаціоналізації [4]. Прикладом є Польща, яка стала першою країною, котра оформила можливість свого приєднання до ЄС шляхом делегування повноважень органів державної влади за "певним колом питань" (ст. 90 Конституції Польщі) міжнародній організації чи інституту [4]. Конституція Польщі передбачає дві процедури передачі цих повноважень: за рішенням парламенту або в результаті референдуму. Обидві палати можуть приймати таке рішення кваліфікованою більшістю голосів. Однак це положення не містить прямого згадування ЄС як однієї з таких "міжнародних організацій".

У результаті тенденцій правової інтеграції, інтернаціоналізації права в європейському просторі, ствердження наднаціональної природи права ЄС посилюється роль права ЄС у національних конституціях, відбувається так звана конституціоналізація процесів європейської інтеграції в національному законодавстві. З іншого боку, конституція інтернаціоналізується і стає невід'ємною частиною міжнародного співробітництва [1, с. 48].

В ООН часто говорять про легітимацію "права втручатися" в ім'я вищих інтересів світового співтовариства і його цінностей [14]. Захист прав людини, контроль за виробництвом зброї масового знищення, збереження планетарного середовища стали "приводами" для втручання міжнародного співтовариства у внутрішні справи держав. Неоднозначно тлумачиться

обсяг мандатних повноважень і статус миротворчих сил у різних регіонах світу.

Враховуючи зазначене вище, відмітимо, що на універсальному рівні інтернаціоналізація принесла консенсус, принаймні як політико-правовий принцип, і декларації, про те, що особисті права людини становлять "міжнародний інтерес" і є суб'єктом дипломатичних відносин, міжнародних інститутів і міжнародного права. Проте, незважаючи на позитивні моменти, пов'язані із процесами інтернаціоналізації конституцій держав, спостерігаються й негативні, а саме: запозичення державами одна в одній норм стосовно прав людини не гарантує автоматичної дії цих прав у конкретній конституції, оскільки неможливо перенести в нове середовище одразу всі механізми функціонування і реалізації цих прав; процеси інтернаціоналізації відбуваються дуже повільно; можливим є негативний вплив цього процесу на економіку держав, а також втручання та вплив міжнародних структур на конституції держав, їхню внутрішню сутність та текстуальний зміст.

Список використаних джерел:

1. Венізелос Е. Стабільність конституційного феномену в пост-новітній час / Е. Венізелос // Порівняльно-правові дослідження. – 2005. – № 1. – 336 с.
2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. // Голос України. – 2008. – № 236. – Ст. 3.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 2.
4. Конституція Польщі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>
5. Кочетов Э.Г. Геоэкономика / Э.Г. Кочетов. – М., 1999. – 320 с.
6. Крусс В.И. Личностные права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы / В. И. Крусс // Государство и право. – 2000. – № 10. – С. 46.
7. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век / И.И. Лукашук. – М., 2000. – 261 с.
8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. // ООН. – 1966. – Ст. 9.
9. Опришко В. Ф. Гармонізація законодавства України з міжнародним правом – важлива умова ефективності міжнародного співробітництва. – К.: КНЕУ. – 1998. – 445 с.
10. Пархоменко Н.М. Гармонізація законодавства України з європейським та міжнародним правом: методи, етапи, види / Н.М. Пархоменко // Часопис Київського університету права. – 2012. – Т. 1. – 414 с.
11. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом: матеріали наук.-практ. конф. – К., 1998. – 88 с.
12. Ратушний С.М. Деякі теоретичні питання гармонізації національного законодавства з міжнародно-правовими нормами / С.М. Ратушний. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/pre/2008/Ratushnyi.pdf
13. Тиунов О.И. Всеобщая декларация прав человека в нормах международного и конституционного права / О.И. Тиунов // Журнал российского права. – 2009. – № 2. – 150 с.
14. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров. – М., 1996. – 432 с.
15. Шемшученко Ю.С. Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом / Ю.С. Шемшученко // Вісник Академії правових наук. – 2004. – Вип. 3. – 340 с.
16. Юдин Ю.А. Политические партии и право в современном государстве / Ю.А. Юдин. – М., 1998. – 284 с.
17. Яковюк І. Особливості впливу наднаціональної організації на державний суверенітет країн-кандидатів та країн-сусідів (на прикладі Європейського Союзу) / І. Яковюк // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 3. – 360 с.

Надійшла до редколегії 23.01.18

В. Шамрай, канд. юрид. наук, докторант
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

К ВОПРОСУ ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ОПЫТ ВЕДУЩИХ СТРАН И ПЕРСПЕКТИВЫ УКРАИНЫ

Раскрыто влияние международного права на конституционное законодательство Украины. Проанализирован опыт интернационализации и гармонизации конституционного законодательства некоторых государств, в частности на примере стран Европейского Союза. Особое внимание уделено закреплению прав и свобод человека и гражданина в Конституции Украины и конституциях других государств под влиянием международного законодательства.

Ключевые слова: интернационализация, трансинтернационализация, гармонизация, конституция Украины, естественные права человека.

V. Shamray, Candidate of Law Science, Doctorate
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

TO THE QUESTION OF INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LEGISLATION: EXPERIENCE OF LEADING COUNTRIES AND PERSPECTIVES OF UKRAINE

The article reveals the influence of international law on the constitutional legislation of Ukraine. The experience of internationalization and harmonization of the constitutional legislation of some states, in particular on the example of the countries of the European Union, has been analyzed. Particular attention is paid to the secrecy of human and citizen's rights and freedoms in the Constitution of Ukraine and the constitutions of other states under the influence of international law.

Key words: internationalization, transinternationalization, harmonization, constitution of Ukraine, natural human rights.

УДК 348.52

I. Мацелюх, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СИСТЕМА ПОКАРАНЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВІРИ, СІМ'Ї ТА МОРАЛІ У ДЖЕРЕЛАХ ПРАВА ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО ТА РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ

Публікацію присвячено аналізу юридичної відповідальності, закріпленої у джерелах права Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, що встановлювалася за вчинення злочинів проти християнської віри, сім'ї та моралі. Висловлено авторську стратифікацію системи покарань досліджуваної епохи.

Ключові слова: покарання, Велике князівство Литовське, Річ Посполита, джерела права.

Утвердження християнської релігії на Русі (територія якої на початку XIV ст. увійшла до складу Великого князівства Литовського) збіглося із процесом занепаду державності, Релігійна культура русинів не відступила перед литовською язичницькою вірою, а здобула належне домінуюче місце в суспільному житті народу. Християнізація супроводжувалася рецепцією джерел церковного права, серед яких Устави князів київських Володимира та Ярослава, Кормчі Книги. Вони продовжували регулювати церковні відносини, устанавлюючи межі юридичної відповідальності за церковні правопорушення.

Серед масиву джерел церковного права державного походження санкції за церковні правопорушення містилися лише в окремих документах, серед яких виділялися: "Жалувана грамота Литовського Великого князя Олександра нареченому Київському митрополиту Йосифу і православним єпископам Литовських і Руських областей, про недоторканність Святительського суду і церковного майна на основі так званого "Світку Ярослава" від 20 березня 1499 р. [1, № 166, с. 189] та "Жалувана підтверджуюча грамота Київському митрополиту Йосифу і православним єпископам Литовських і Руських областей про недоторканність святительських прав і суду, а також церковного майна і доходів" від 2 липня 1511 р. [2, № 65, с. 81–83].

Головний тягар з устанавлення юридичної відповідальності у сфері регулювання державно-церковних відносин покладалася на кодифікаційні збірки світського законодавства – Литовські статuti, де санкції їх артикулів визначали міру покарання за відповідні злочини проти віри, сім'ї, моралі, особистої свободи та честі.

Спираючись на тексти відповідних жалуваних грамот та Литовських статутів, пропонуємо авторську стратифікацію юридичної відповідальності у сфері регулювання державно-церковних відносин в період XIV – середини XVII ст. У такій площині означена проблема не стала самостійним об'єктом жодної наукової розвідки, тому новаторський характер більш, ніж очевидний.

Джерела права Великого князівства Литовського вказують на те, що найпоширенішим видом покарання за злочини проти сім'ї було позбавлення майнових прав, а саме: спадкових прав, прав дівчини на посаг чи віно. Відповідальність передбачалася артикулами Литовських статутів і наступала за вчинення злочинів проти сім'ї. Донька позбавлялася батьківського приданого і материнського спадку у разі нехтування батьківською волею

при укладенні шлюбу. "Якщо дочка без згоди батька або матері вийшла заміж, то вона позбавляється приданого від батька і матері та материнського маєтку, а якби у батька вона була одна, то батьківський маєток успадковують родичі", – читаємо в четвертому розділі Першого Литовського статуту 1529 р. [3, с. 231]. Відсутність батька та матері не звільняла дівчину від обов'язку отримати благословення на шлюб від братів чи дядьків. Невиконання вимоги тягло за собою позбавлення посагу та маєтків, на які вона претендувала як спадкоємець за законом після досягнення повноліття. "Якщо дівчина залишилася без батька і матері, не досявши ще повноліття, і вийшла заміж поза волею дядьків по батьківській лінії чи її братів, то вона втрачає право на посаг, маєтки свої батьківські, материнські спадки, які б до неї потім перейти могли б", – фіксують приписи Другого Литовського статуту 1566 р. [4, с. 330–331; 5, с. 200–201].

Втрата спадкових прав також загрожувала дітям у разі завдання ними тілесних ушкоджень своїм батькам, образи, приниження їхньої честі та гідності [3, с. 232]. Відповідальність за вказані протиправні діяння фіксувалася усіма редакціями Литовських статутів. Щоправда, другий та третій розширили перелік цієї категорії правопорушень, додаючи до них самовільне захоплення батьківського майна, підтримку судового обвинувачення проти батьків із корисливою метою, небажання поручитися за батьків, розпусту, неналежний догляд у старості, відмову від викупу з неволі [4, с. 353; 5, с. 236].

До суттєвих видів покарань у системі юридичної відповідальності Великого князівства Литовського законодавець відносив позбавлення заміжньої жінки права власності на її віно. Він застосовувався у випадку недотримання вдовою шестимісячного терміну після смерті свого чоловіка, упродовж якого не можна було повторно виходити заміж. Відсутність віна у жінки не позбавляло її від відповідальності, натомість, на неї накладалися штрафні санкції у розмірі двадцяти рублів, які стягувалися до державної скарбниці. "А якщо вдова до шести місяців по смерті свого мужа піде заміж, – ідеться у 12 артикулі 5 розділу Другого Литовського статуту, – то віно від мужа свого описане втрачає, а якби віна описаного не мала, тоді заплату до скарбу нашого двадцять рублів грошей заплатити має" [4, с. 331; 5, с. 203].

Покарання майнового характеру – це ще один вид церковних санкцій, які накладалися у вигляді конфіскації майна або грошових штрафів на користь

церкви, держави чи потерпілої особи. Нагадаємо, на Русі не склалася практика конфіскації рухомого та нерухомого майна, натомість набули широкого розповсюдження штрафи, які встановлювалися за більшість злочинів, у тому числі і вчинених проти церкви, сім'ї та моралі.

Спочатку такої традиції дотримувалися і у Великому князівстві Литовському. Це видно зі змісту Жалуваної грамоти Литовського Великого князя Олександра нареченому Київському митрополиту Йосифу від 20 березня 1499 р. [1, № 166, с. 189]. У ній не лише перелічено види злочинів проти віри, сім'ї та моралі, що віднесені законодавцем до церковної юрисдикції, а й установлено міру юридичної відповідальності за їх вчинення, що полягала у накладенні на правопорушників відповідних штрафних санкцій на користь "церкви соборної Київської" [1, № 166, с. 189].

Грамотою визначена відповідальність для чиновників, князів, бояр, які порушували церковні права і привілеї, здійснювали утиски православної громади. Так, грошові стягнення у розмірі двох тисяч рублів загрожували чиновникам, які перешкождали православному митрополиту та його єпископам виконувати свою духовну місію. Порушення церковно-судової юрисдикції каралося штрафом, що дорівнював п'ятистам рублям. "Князям і боярам, і суддям у ті суди не вступати, як написано у правилах Апостолів і Святих богоносних Отців і у цих Номоканонах наших, під загрозою штрафу п'ятсот рублів грошей", – зазначається у Жалуваній грамоті Литовського Великого князя Олександра 1499 р.

Охорона церковних інституцій санкціями майнового характеру, що могли бути накладені на світських чиновників, за порушення церковних прав і юрисдикційних повноважень, здійснювалася не тільки у Великому князівстві Литовському. Така сама політика простежується і в Речі Посполитій. Так, "Грамотою про зрівняння громади Львова в політичних та економічних правах із католицькою громадою міста" король Сигізмунд Август 20 травня 1572 р. вимагав дотримання рівноправності між людьми окремих верств населення та соціальних станів у межах усїєї держави, незалежно від місця проживання та конфесійної належності. Король не обійшов увагою і чиновників. Їм заборонялося порушувати церковні юрисдикційні повноваження, накладати податкові обтяження на духовенство, обмежувати православних у будь-яких правах (виборчих, цивільно-правових, господарських, освітніх тощо). На порушників королівських приписів накладався штраф у розмірі 10 тисяч угорських золотих на користь держави та 10 тисяч – на користь постраждалої особи. "Не робіть інакше задля нашої ласки та на ваш обов'язок під карою обов'язкової сплати 20 тисяч угорських золотих – половину нашої скарбниці, а другу половину – скривдженій стороні, у кожному випадку, якщо хтось буде чинити опір або порушувати цей привілей", – наголошував Сигізмунд Август у пам'ятці права середньовічної Польщі [6, с. 42–48; 7, с. 48–51].

Приписи, що встановлювали штрафні санкції для державних чиновників за порушення прав і привілеїв православної церкви, знаходимо і в інших документах Речі Посполитої, зокрема в "Грамоті короля Генріха Валуа, якою підтверджується привілей громаді Львова" від 20 травня 1574 р. [6, с. 48–50; 7, с. 51–52], "Грамоті короля Стефана" від 26 березня 1577 р. [6, с. 54–55; 7, с. 54] та інших привілеях місцевого значення, виданих Волинській, Київській і Підляшській землі. Спираючись на положення Люблінської унії, вони гарантували вільне сповідання віри, рівні права і вольності представникам усіх конфесій, у тому числі пасивне та активне ви-

борче право. Отже, влада Великого князівства Литовського намагалася забезпечити проголошені принципи релігійної терпимості та свободи совісті. Король гарантував рівноправність жителів незалежно від соціального стану, релігійної належності та територіального розташування. Дотримання проголошених принципів забезпечувалося штрафними санкціями, що сплачувалися на користь держави та потерпілої особи. Відтак, виразно простежується політика держави спрямована на підтримку Київської митрополії, її судових інстанцій, охорону православних традицій, сформованих у період Руської держави. Керуючись ними, "Жалувана грамота Литовського Великого князя Олександра..." 1499 р. передбачала штрафні санкції за всі церковні злочини. Як і на Русі законодавець жодним словом не обмовився про калічницькі покарання чи смертну кару. Так, учинення перелюбства чи двоєженства передбачало розлучення та сплату штрафу в розмірі тисячі рублів на користь церкви. "Якщо чоловік, маючи жінку живу, іншу буде мати, а жінка та, знаючи про його дружину, яка жива є, за нього піде, – записано у грамоті, – то вони обоє мають дати на церкву соборну тисячу рублів грошей та розлучитися мають і жити в покаянні, а якщо не захочуть це вчинити, тоді має їх світський суд судити і покарати" [1, № 166, с. 189]. Удвічі менший штраф накладався на осіб, що вчинили розпусні дії або спільно проживали без укладення шлюбу. При цьому законодавець враховував соціальне і матеріальне становище правопорушників. Чинне право привілею накладало на чиновників і осіб вищого соціального прошарку вищі штрафи, а саме: п'ятсот рублів. Особи нижчого соціального стану сплачували за такий проступок значно менший штраф – двадцять рублів. "Якщо хто у блуді хто з чиновників живе, нехай відійде від блуду і на церкву соборну п'ятсот рублів штрафу заплатить, – фіксує нормативно-правовий акт, – а якщо це простий чоловік чи жінка таке ж вдіють, то нехай розлучаться і на церкву соборну сплатять два рублі грошей" [1, № 166, с. 189]. Наведений приклад свідчить про те, що у Литві на відміну від багатьох держав тогочасної Європи, більший штраф сплачували особи, що мали вищий соціальний статус, і навпаки.

Посилення юридичної відповідальності за названі види злочинів спостерігаємо після укладення Люблінської унії 1569 р. та видання Третього Литовського статуту, який установлював смертну кару для осіб, винних у розпусті та перелюбстві. Мінливість ситуації позначено впливом західної традиції права, яка у Речі Посполитій була головним чинником у існуючій системі суспільних відносин.

Окрім іншого, редакція Статуту 1588 р. встановлювала більш суворі покарання за злочини проти моралі, серед яких виділялося кровозмішення. Якщо у Руській державі за вчинення цього виду злочину передбачався штраф у розмірі від 12 до 40 гривень, залежно від ступеня близькості родин, то у Великому князівстві Литовському встановлюється практика конфіскації у порушників нерухомого, а у випадку його відсутності – рухомого майна. "А де хто взяв свідомо, навмисно жону по крові собі споріднену, як по батькові, так і по матері, або невістку, дядину, усупереч забороні і закону нашому вище описаному, такий кожний за слушним доводом маєтностей своїх нерухомих, а де б нерухомих не було, тоді рухомих половину на користь держави і нас Господаря втрачає, до столу нашого цього панства Великого князівства Литовського, – ідеться у Третьому Литовському статуті, – також і жона та, якби знаючи про спорідненість, заміж ішла, унесення своє втрачає, а якби мала свої власні маєтки, тоді і вона половину своїх

маєтків також на державу, до столу нашого втрачає, а таке подружжя має бути розлучене [5, с. 207].

Із висловленого випливає висновок про те, що з появою Литовських статутів у XVI ст. посилюється відповідальність за злочини проти віри, сім'ї та моралі, учинення яких тягло за собою смертну кару простого чи кваліфікованого характеру [8, с. 7]. Якщо в Руській державі практика її застосування зводилася до поодиноких випадків, то під впливом західноєвропейського права смертна кара значно розширює сферу застосування і запроваджується за вчинення таких злочинів як зґвалтування, насильницьке викрадення дівчини з метою укладення з нею шлюбу, перелюбство, двоєженство та за всі злочини проти віри. У трьох редакціях Литовських статутів міститься положення, яким установлювалася смертна кара за вчинення зґвалтування. Уникнути відповідальності можна було лише шляхом одруження на потерпілій, звичайно, за її згоди: "Якби хто зґвалтував жінку або дівчину незалежно від її стану..., то такого гвалтівника має бути присуджено до смертної кари, а якщо потерпіла захотіла вийти за нього заміж, то на то її воля" [3, с. 254]. Другий та третій Литовські статuti крім смертної кари передбачали штрафні санкції на користь потерпілої. Розмір відшкодування залежав від соціального стану скривдженої дівчини [4, с. 375; 5, с. 274].

Смертна кара, поєднана з конфіскацією майна, застосовувалася до чоловіка, який без дозволу батьків насильно викрав їхню дочку з метою укладення шлюбу. Санкції за такий вид злочину вперше з'явилися у другому Литовському статуті та без змін потрапили до третього. В статутах кодексу міститься така вказівка: "Хто без волі батька і матері, дядьків або інших близьких родичів насильно забрав жінку, схилиючи її у такий спосіб до шлюбу..., тоді той, хто на це зважився, нехай буде страчений, а у якості відшкодування третина його маєтку має бути передана тій особі, що була насильно взятою" [4, с. 375; 5, с. 274–275].

Викрадення заміжньої жінки за попередньою згодою з нею також визнавався протиправним під загрозою смертної кари та грошового штрафу. У цьому випадку життя втрачали обое. "Якби хто посмів підмовити і взяти чужу жону, той життя втрачає, так само як і та жінка, яка те дозволила, смертю покарана бути має, – становляють приписи Третього Литовського статуту, – а майнова шкода з маєтності у подвійному розмірі з маєтку того, хто те вчинив, сплачено має бути" [5, с. 345]. Щоправда, чоловік викраденої жінки міг зберегти їй життя, пробачивши здійснену втечу: "Якби муж її смертю карати не хотів, те має бути у його волі" [5, с. 345].

Відповідно до редакції Третього Литовського статуту, винні у вчиненні перелюбства та двоєженства підлягали страті. Протиправність діяння в кодексі визначалася таким чином: "Якби з'ясувалося, що хтось свою жону вінчану живу маючи, іншу взяв, той нічим іншим, як тільки смертю має бути покараний, а також і жона така, якби відаючи про іншу жону його живу, заміж за нього пішла, такому ж покаранню підлягає" [5, с. 207].

Проста чи кваліфікована смертна кара безальтернативно застосовувалася за вчинення злочинів проти віри. Так, за вигодовування жінкою годувальницею дітей іудеїв чи мусульман до відповідальності притягувалася особа, яка намовила її до такого вчинку: "А мамками християнки у дітей жидівських і також усіляких дітей бусурманських бути не мають, а хто б християнку до того приневолив, і те було б слушно, згідно з правом на нього доведено, такий смертю має бути караний" [4, с. 387]. Щоправда, у Третьому Литовському статуті санкція за таке діяння була пом'якшена і полягала у виплаті штрафу розміром двадцять кіп грошей [5, с. 312].

Кваліфікована смертна кара через спалення застосовувалася до іновірців за навернення чи підбурювання до переходу в іудейство, мусульманство, а також за оскоплення новонароджених немовлят християн із метою виховання їх в іудейській чи мусульманській релігійній традиції. Тексти всіх Статутів у цій частині є тотожні і незмінні: "Ні в жидівство, ні в мусульманство намовляти їх або обрізати не мають, а який би посмів те вчинити, і було б те доведено перед судом, тоді без усякого милосердя вогнем має бути караний" [4, с. 387; 5, с. 312].

Тогочасна судова практика свідчить про численні факти застосування кваліфікованої смертної кари за будь-які прояви чаклунства. У різноманітних джерелознавчих студіях знаходимо численні документи, у яких висвітлюється така категорія справ. У всіх випадках судових вироків були незмінними і передбачали застосування смертної кари шляхом спалення. Яскравим прикладом може слугувати справа про чаклунство Василя Брикуна. На підставі судового слідства, показів потерпілих та свідків його було викритого і засудженого до спалення [9, № 130, с. 338–346]. Нами виявлено окремі судові акти, які вказують на випадки виконання судового вироку навіть після смерті чаклуна. Так, 1632 р. був спалений труп чоловіка, підозрюваного у вчиненні чаклунства, який, перебуваючи в тюремному ув'язненні, покінчив життя самогубством [9, № 54, с. 129].

До кримінальної відповідальності притягувалися не лише особи, що здійснювали ворожіння, чаклування, а й ті, хто до них звертався за допомогою. Так, у Грамоті Константинопольського патріарха Єремія II 1586 р. про заснування Львівського церковного братства наголошувалося на необхідності застосовувати покарання до тих осіб, що "дияволом зплутані до чародійок і ворожок ходять" [10, с. 10].

Продемонстровані факти притягнення церковними судами людей за чаклунство свідчать про те, що церква у такий спосіб боролася не зі злочинними проявами, в основі яких лежать юридичні факти, а з містичними проявами чи ідеологемами, яких людство не могло пояснити раціональним розумом.

Переходимо до розгляду ще одного виду санкцій, що застосовувалася у церковному праві Великого князівства Литовського. Мовимо про калічицькі покарання, які до ухвалення Третього Литовського статуту 1588 р. у теорії та практиці саме цієї держави не зустрічалися. Відповідно, у тексті названого кодексу кінця XVI ст. вводиться в обіг нове поняття, яке в сучасному кримінальному праві характеризується як сутенерство. Засудженому за цей вид злочину відрізали носа, вуха і губи та виганяли за межі міста. Середньовічний документ передбачав: "Аби такі люди, чи то буде чоловік чи жінка, які звикли для нечесної користі своєї намовляти панночок або вдів і заміжніх жінок на розпусту..., то наказувати їх і карати відрізанням носа, вух і губів і з міста виганяти" [5, с. 346]. Повторність вчинення цього злочину передбачала смертну кару для винної особи.

Таким чином, види юридичної відповідальності за церковні правопорушення у Великому князівстві Литовському фіксувалися у пам'ятках церковного та світського права. Головний тягар з установлення юридичної відповідальності у сфері регулювання державно-церковних відносин покладалася на кодифікаційні збірки світського законодавства – Литовські статuti та державно-церковного права – Кормчі Книги. Проаналізувавши джерела права XIV–середини XVII ст., що встановлювали юридичну відповідальність у сфері регулювання державно-церковних відносин, ми виокремили такі види покарань: позбавлення майнових прав, конфіскація майна або грошові штрафи на користь церкви, держави чи по-

терпілої особи, завдання каліцтва, що поєднувалося з вигнанням за межі міста, та смертна кара.

Список використаних джерел:

1. Акты, относящиеся к истории Западной России : в 5 т. – СПб., 1846. Т. 1. (1340–1506 гг.). – 1506 с.
2. Акты, относящиеся к истории Западной России : в 5 т. – СПб., 1848. Т. 2. (1506–1544 гг.). – 405 с.
3. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса, 2002. – Т. 1. Статут Великого князівства Литовського 1529 року. – 464 с.
4. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. / за ред. С. В. Ківалова та ін. – Одеса, 2003. – Т. 2. Статут Великого князівства Литовського 1566 року. – 558 с.
5. Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. / за ред. С. В. Ківалова та ін. – Одеса, 2004. – Т. 3. Кн. 2. Статут Великого князівства Литовського 1588 року. – 566 с.

И. Мацелюх, канд. юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

**СИСТЕМА НАКАЗАНИЙ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ВЕРЫ, СЕМЬИ И МОРАЛИ
В ИСТОЧНИКАХ ПРАВА ВЕЛИКОГО КНЯЖЕСТВА ЛИТОВСКОГО И РЕЧИ ПОСПОЛИТОЙ**

Публикация посвящена анализу юридической ответственности, которая закреплена в источниках права Великого княжества Литовского и Речи Посполитой и устанавливалась за совершение преступлений против христианской веры, семьи и нравственности. Высказана авторская стратификация системы наказаний изучаемой эпохи.

Ключевые слова: наказание, Великое княжество Литовское, Речь Посполитая, источники права.

I. Matselyukh, Candidate of Law Science, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

**THE SYSTEM OF PUNISHMENT FOR CRIME AGAINST CHURCH, FAMILY AND MORALS
IN SOURCES OF THE GRAND DUCHY OF LITHUANIAN AND POLISH-LITHUANIAN COMMONWEALTH**

The publication is devoted to the analysis of legal responsibility enshrined in the sources of the Grand Duchy of Lithuania and Polish-Lithuanian Commonwealth, established for the commission of crimes against the Christian faith, family and morals. The author's stratification of the punishment system of the studied epoch is stated.

Key words: punishment, the Grand Duchy of Lithuania, Polish-Lithuanian Commonwealth, sources of law.

УДК 347.611

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЇ "СІМ'Я" У ПРАВІ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Розглянуто порівняльно-правові засади визначення поняття та ознак категорії "сім'я" у правовій доктрині та законодавством України і Республіки Польща, аналізу підходів судової практики щодо застосування норм сімейного законодавства. Із позиції юридичної доктрини досліджено положення нормативно-правових актів у сфері сімейних відносин в Україні та окремих зарубіжних державах, визначено загальні тенденції та перспективи правового регулювання шлюбно-сімейних відносин у законодавстві України.

Ключові слова: сім'я, шлюб, шлюбні відносини, родина, член сім'ї, міжнародне сімейне право, спільне проживання, сімейний союз.

Вступ. Основою сімейного права, як із позиції практики, так і теорії завжди була і залишається сім'я. Сім'я є тим стержнем, навколо якого будуються різні види суспільних відносин, зокрема сімейні. Проте наповнення категорії сім'ї останнім часом певною мірою набуває суттєвих змін, що зумовлює відповідні зміни у законодавстві. Як справедливо зазначає у своїй праці В.І. Труба, зміни, що відбуваються у соціально-правовому житті, зумовлюють зміни законодавчого матеріалу. Змінюється правова регламентація суб'єктного складу сімейних правовідносин, змісту суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників сімейних правовідносин, що вимагає наукового осмислення та обґрунтування подальшого розвитку [1, с. 313].

Із погляду соціології, сучасна сім'я із соціального інституту трансформується в малу соціальну групу. Одночасно сім'я втрачає певну залежність і набуває приватність, також стають ширшими її межі. Безумовно, що на процеси такої трансформації впливають різні аспекти і нові погляди, спектр яких досить широкий; починаючи від економіко-споживачького доходу до сім'ї, державної підконтрольності і до сприйняття найголовніших сучасних

6. Архив Юго-Западной России : в 35 т. – К., 1904. – Т. 10. Ч. 1. Акты, относящиеся к истории православной церкви в Галиции и извлеченные из львовских архивов (1423–1417 гг.). – 967 с.

7. Привілеї національних громад міста Львова (XIV–XVIII ст.). – Львів, 2010. – 576 с.

8. Остапенко Т.О. Система злочинів проти моралі у джерелах права на українських землях Польсько-Литовської доби / Т.О. Остапенко, О.О. Громовий // *Наук. вісн. Міжнар. гуманіт. ун-ту.* Серія: Юриспруденція. – № 19, 2016. С. 4–7.

9. Археографический сборник документов, относящихся к истории Северо-Западной Руси. Т. 1. – Вильна, 1867. – 409 с.

10. Памятники, изданные Киевской Комиссией для разбора древних актов. Т. 3. Отд. 1. Акты Львовского Братства. – 2-е изд., доп. – К., 1898. – С. 3–66.

Надійшла до редколегії 21.12.17

індивідуальних цінностей – самореалізації, самоствердження, становлення особистості в сім'ї. Сім'я стає іншою, а відносини подружжя, дітей набувають нових рис.

Зазначені фактори зумовлюють актуальність звернення до розгляду теоретичних засад визначення поняття та ознак категорії "сім'я" у правовій доктрині та за законодавством України і Республіки Польща, аналізу підходів судової практики щодо застосування норм сімейного законодавства.

Огляд літератури. Наведені питання були предметом наукового дослідження вітчизняних науковців, зокрема, А.С. Довгерта, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, С.П. Індиченка, В.І. Кисіля, В.І. Труби, Є.О. Харитонова, Я.М. Шевченко тощо, а також представників правової доктрини Польщі: L. Garlicki (Л. Гарлицькі), M. Zubik (М. Зубік), T. Smyczyński (Т. Смичинський), J. Gajda (І. Гайда) та ін.

Методологія дослідження. При написанні статті використовувалися як загальнонаукові, так і спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій, зокрема, порівняльно-правовий, історичний, формально-логічний та інші методи.

Основні результати. Перш ніж звернутись до положень спеціального законодавства, вважаємо за необхідне розпочати з аналізу деяких конституційних принципів, що є необхідною передумовою та правовим базисом для побудови правових конструкцій і категорій, у тому числі й категорії "сім'я". На наше глибоке переконання, саме Конституція є особливим показником у відношенні держави до загальнолюдських цінностей, серед яких виділяємо сім'ю. Однак, звертає на себе увагу певна невизначеність українського законодавця як щодо загальних підходів, принципів до сім'ї, так і до можливого її конституційного оформлення. Загалом у тексті Конституції України [2] сім'я згадується кілька разів; у контексті невтручання в особисте і сімейне життя (ст. 32), права на достатній життєвий рівень (ст. 48), відповідальності за відмову давати показання або пояснення (ст. 63), щодо встановлення засад регулювання шлюбу, сім'ї (ст. 92), забезпечення особистої безпеки судді та членів його сім'ї. Заради справедливості підкреслимо, що конституційне розуміння сім'ї (ст. 51) у приватноправовому значенні можна вбачати через призму поняття шлюбу, який ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. При цьому сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Власне кажучи, інших конституційних приписів, які б окреслили досліджувану категорію "сім'ї" у Конституції України немає.

Якщо виходити з позиції вітчизняного законодавства, то сім'я, насамперед, розглядається як соціальний інститут і як союз конкретних осіб (ч. 2. ст. 1 Сімейного кодексу України (надалі – СК України), а ст. 3 деталізує розуміння сім'ї з позиції, що вона є первинним та основним осередком суспільства [3].

Змістовне наповнення такого союзу як сім'я різняться у законодавстві різних країн. Проте, насамперед, слід проаналізувати підходи вітчизняного законодавства у цій сфері.

У найзагальнішому, класичному вигляді сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки (ч. 2. ст. 3 СК України). Відтак, законодавець ставить певні вимоги до союзу, за наявності яких закон визнає союз сім'єю. Таких вимог три: спільність проживання кількох осіб, ведення ними спільного побуту, наявність взаємних прав і обов'язків.

Водночас із загального правила, закон допускає, принаймні, два винятки; щодо спільного проживання і щодо множинності осіб у сім'ї. Так, подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Якщо ж ідеться про одну особу, то вона також має права члена сім'ї (відповідно до пп. 2, 3 ст. 3 СК України).

З огляду на визначення юридичного розуміння категорії "сім'я", можна погодитись із думкою Я.М. Шевченко, яка у своїй праці підкреслила, що СК України, незважаючи на те, що ст. 3 має назву "Сім'я", концептуальної основи такого явища, як сім'я, належним чином не має. Сім'я – це складне суспільне явище, тому не дивно, що "чисто" правове поняття сім'ї встановити неможливо. Сім'я здійснює багатогранні функції – економічну, демографічну, пов'язана із широким спектром інших відносин – трудових, житлових, виховальних, а також організацію дозвілля, інтимними відносинами та ін. Усі ці відносини у взаємозв'язку і породжують таке суспільне явище, як сім'я [4, с. 464].

Натомість серед науковців відома також думка, що СК України надає визначення сім'ї, підкреслюючи, що

"назва Кодексу – Сімейний зумовила необхідність законодавчого визначення сім'ї, чого не мав жоден із попередніх кодексів. Відсутність такої дефініції спричиняло цілу низку проблем. ... поняття сім'ї дається через формулювання її ознак" [5, с. 8].

Загалом, до прийняття Сімейного кодексу України розповсюдженим та досить сталим серед науковців було розуміння сім'ї як кола осіб, пов'язаних правами й обов'язками, підставою для яких є певні правові умови.

Так зокрема, О.В. Дзера, підкреслюючи існування загального і спеціального поняття сім'ї, зазначає, що "в соціологічному розумінні сім'я – це союз осіб, який заснований на шлюбі, родстві, прийнятті дітей на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою... Сім'я являє собою особливе соціально організоване об'єднання людей. Початок цьому об'єднанню, в основному, кладе шлюб, тому і при бездітних шлюбах існує сім'я... Сім'я – в юридичному розумінні – це коло осіб, які пов'язані правами й обов'язками, що випливають із шлюбу, родства, усиновлення або іншої форми прийняття дітей на виховання" [6, с. 34–36].

Можна також навести розуміння сім'ї, що надано у спеціальному дослідженні І.В. Жилінковою, на думку якої сім'єю визнається об'єднання фізичних осіб, пов'язаних певною юридичною підставою – шлюбом (між подружжям), спорідненням (поміж дітьми, дідами, бабамі, братами та сестрами), фактом прийняття дітей у сім'ю на виховання й іншими обставинами, які визнаються підставами виникнення сім'ї (між іншими членами сім'ї). Крім того, у праці робиться наголос на те, що в сімейно-правовому розумінні сім'я являє собою об'єднання осіб, пов'язаних між собою спільністю життя і взаємними правами й обов'язками, які випливають зі шлюбу, споріднення, усиновлення і факту прийняття в сім'ю дітей на виховання [7, с. 14].

Не можна стверджувати, що після прийняття СК України у 2002 р., дискусії по цьому питанні припинились, навіть навпаки, вони набрали нових потужних наукових обертів. І це пов'язано як із тим, що СК України не містить легальної дефініції категорії сім'я, але формулює її ознаки, про що наголошувалось раніше, а й із тим, що на визначення сім'ї нині претендують різні галузі права.

Проблема трактування як дефініції "сім'я", так і "член сім'ї" для української науки цивільного права є неновою, і як виявилось, не пересічною. Ця проблематика є актуальною як у теоретичній, так і у практичній площинах, що відобразилось у необхідності офіційного тлумачення правових категорій.

Документом, направленим на вирішення питання про розуміння категорії "член сім'ї", стало Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень п. 6 ст. 12 Закону України "Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей", частин четвертої і п'ятої ст. 22 Закону України "Про міліцію" та частини шостої ст. 22 Закону України "Про пожежну безпеку" (справа про офіційне тлумачення терміна "член сім'ї") від 3 червня 1999 р. (справа № 1-8/99 N 5-рп/99), надалі – Рішення КСУ або Рішення КСУ про офіційне тлумачення терміна "член сім'ї") [8].

Саме це Рішення КСУ одним із перших офіційно виділило сукупність певних ознак сім'ї через розуміння кола осіб, які її складають. Причому, незважаючи на те, що Рішення КСУ стосується сімей окресленого ним

професійного прошарку населення, надані в ньому тлумачення слід поширювати і на інші види сімей, незважаючи на те, яким видом професійної діяльності займається принаймні один із її членів. Адже законодавчий підхід, викладений у СК України, до розуміння сім'ї є загальним для всіх осіб, які її утворюють. І тут ніякого змістовного навантаження не матиме значення професії особи. Сім'я як осередок суспільства не можуть бути різними з огляду на те, чим займаються дружина, чоловік, діти, інші члени сім'ї. І лише в разі вирішення пільгових, соціальних питань, що надаються законом окремим категоріям населення, пов'язаним певною професійною діяльністю, визначальним моментом безумовно буде така діяльність особи.

Отже, якщо проаналізувати згадане Рішення КСУ та з огляду на викладене, можна підсумувати таке: членом сім'ї є особа, яка перебуває з іншим суб'єктом права у правовідносинах, природа яких може визначитися хоча б однією з наведених ознак (вимог):

- А) кровними (родинними) зв'язками;
- Б) шлюбними відносинами;
- В) постійним проживанням;
- Г) веденням із ним спільного господарства.

Якщо при визначенні права на пільги такі ознаки, як зазначено Рішенням КСУ, застосовуються диференційовано при конкретному визначенні членів сім'ї, які мають право на названі пільги (що можна пояснити наявністю окремих спеціальних законодавчих актів), то в повсякденному житті така індивідуалізація не повинна мати значення. Навпаки, видається логічним загальний підхід: достатньо хоча б однієї з ознак (визначених у Рішенні КСУ як перелік, а не сукупність) для того, щоб визначити члена сім'ї.

Якщо ж підходити до аналізу розуміння категорії "сім'я" у Республіці Польщі, то насамперед, доцільно звернутися до Основного закону цієї держави. Адже в Польщі, як і в будь-якій демократичній державі правові основи сім'ї закладені в Конституції Республіки Польща [9], надалі – Конституція Польщі.

На розвиток конституційних положень Сейм Республіки Польща 21 жовтня 2016 р. прийняв Резолюцію, якою встановлено День Прав Сім'ї [10], в якій звертається увага на необхідність говорити про права сім'ї, а не тільки про права окремих її членів. Польська спільнота, у цьому випадку польська неурядова соціальна організація, наголошує на тому, що вказана теза відповідає конституційному зобов'язанню, установленому для підтримки сім'ї, заснованої на шлюбі жінки та чоловіка, і вбачає, що у даному контексті застосовуване право не завжди відповідає конституційній нормі й містить різні визначення поняття "сім'я" [11].

Відтак, вбачаємо, що питання трактування категорії "сім'я" є нагальним не лише для правової системи України, а і для її ближніх сусідів.

Причому польську сім'ю можна змодельувати з позиції різних правових напрямків.

Зокрема в Польщі, одним із головних принципів є конституційний принцип, який гарантує, що сім'я перебуває під захистом і піклуванням Республіки Польща і держава враховує її добробут у своїй соціальній та економічній політиці. Сім'ї, що знаходяться у важкій матеріальній та соціальній ситуації, особливо великі та неповні, мають право на спеціальну допомогу від державних органів (ст. 71 Конституції Польщі).

На основі положень Конституції Польщі, яка безпечливо є правовою основою, напевно можна погодитись із думкою про те, що її норми є незалежною основою для контролю за конституційністю [12, с. 2], і одним з її принципів є класичний підхід до розуміння сім'ї

через категорію шлюбу. Зокрема, у ст.18 шлюб розглядається як стосунки чоловіка і жінки, і разом із сім'єю, материнством та батьківством перебуває під захистом держави. А тому цілком логічним є таке твердження авторів у спеціальній літературі: конституційно вигідне бачення сім'ї – це міцні стабільні стосунки між чоловіком і жінкою, спрямовані на материнство та відповідальне батьківство [13, с. 26–43].

Офіційному роз'ясненню конституційних принципів, категорій присвячені певні рішення Конституційного трибуналу Польщі. Зокрема, відповідно до тлумачення Конституційного трибуналу Польщі від 18 травня 2005 р. [14] (надалі – Конституційний трибунал або КТ), конституційні положення про сім'ю вимагають, щоб держава здійснювала такі заходи, які посилюють зв'язки між особами, що складають сім'ю, і особливо стосунки між батьками та дітьми та між подружжям. На думку Конституційного трибуналу, ці положення зобов'язують державні органи приймати рішення і вживати заходів, що позитивно впливають на зміцнення зв'язків між членами сім'ї, а не послаблюють їх. Причому, як наголошує Конституційний трибунал, це не означає, що Конституція зобов'язує трактувати особу, яка має сім'ю інакше (краще), ніж самотню особу (п. 4 розділу III).

Зазначене дає можливість розуміти сім'ю в Польщі, насамперед, як соціальну категорію. Причому про соціальне спрямування сім'ї зазначено в інших нормативних актах. Зокрема, насамперед, варто звернутися до Сімейного кодексу Польщі (Kodeks rodzinny i opiekuńczy) [15], на рівні якого спостерігаємо імплікацію конституційних приписів. Зокрема, відповідно до конституційного положення визначаються два правила: 1) те, що захищає шлюб і сім'ю як соціальний регулятор, яка розпочинається з об'єднання двох осіб сім'ї; 2) правило щодо оберігання материнства і батьківства. Крім того, зміст ст. 1 надає можливості визначити те, що шлюб укладається між чоловіком та жінкою, які вступають у шлюбний союз. Якщо поверхнево продовжити аналіз деяких положень Сімейного кодексу, то вбачається врегулювання прав та обов'язків подружжя. Зокрема, відповідно до ст. 23 подружжя мають рівні права та обов'язки у шлюбі. Вони зобов'язані жити разом, допомагати один одному і бути вірними, співпрацювати на користь сім'ї, яку вони заснували через їхні стосунки. Окрім того, згідно зі ст. 27 обидва подружжя зобов'язані, кожне залежно від власної сили та власних можливих доходів і майнових можливостей, сприяти задоволенню потреб сім'ї, яку вони заснували через їхні стосунки. Задоволення (виконання) цього зобов'язання може також полягати, повністю або частково, в особистих зусиллях, спрямованих на виховання дітей і працю у спільному домі (домогосподарстві).

Для польського сімейного права і для розуміння сім'ї визначальним моментом та зв'язувальною ланкою є дитина, її права та інтереси. Причому на цю обставину неодноразово звертав увагу КТ. Зокрема, КТ у своїх рішеннях багаторазово підкреслює, що держава повинна сформувати свою діяльність таким чином, щоб гарантувати захист цінностей, зазначених у Конституції [16], у тому числі особливим чином щодо шлюбу та сім'ї [17]. Причому питання захисту материнства та батьківства в контексті одружених жінки та чоловіка створює перевагу охороні здоров'я дитини. І як наголошується, це цілком природний стан справ, який обґрунтовується об'єктивними біологічними умовами [18]. На природність, звичність виховання дитини в її сім'ї звернено увагу ще в одному рішенні КТ, де визначено як захищену цінність гарантію можливості виховання дитини в першу чергу у природній сім'ї, в якій відносини між

батьками та дітьми базуються на біологічних зв'язках [19]. У спеціальній літературі також наголошується на право дитини на сім'ю в тому сенсі, що вона має право звертатися до своїх мами й тата [20]. А у продовження цієї думки висловлюється позиція про те, що право дитини на виховання в сім'ї повинно також поважатись системою підтримки сім'ї при утриманні дитини [21].

Про важливість сім'ї свідчать і положення та рішення, прийняті міжнародними органами. Серед таких актів виділяють резолюцію Ради ООН із прав людини [22]. Ця резолюція наголошує на необхідності захисту сім'ї. Також підтверджено значимість конституційних гарантій, – захист сім'ї та підвищення її позитивної ролі у розвитку прав людини й основних свобод, прав дітей та сімейних зобов'язань. Заради справедливості треба наголосити, що Резолюція не надає юридичне визначення сім'ї, але вказує, що сім'я є природним і основним осередком суспільства, має право на захист із боку суспільства і держави. За змістом Резолюції також немає сумнівів у тому, що сім'я базується на біологічних та/або правових зв'язках. Підкреслено, що держава повинна надати адекватну допомогу батькам та законним опікунам стосовно виховання дітей, враховуючи те, що дитина має зростати в сімейному середовищі.

Щодо сприйняття правовою системою Польщі неklasичної (або нетрадиційної) сім'ї, то можна наголосити, що Польща відстоює традиційні підходи. Таку стійкість можна спостерігати на рівні запропонованих законопроектів та їх подальшої долі. Наприклад, у контексті сприйняття сім'ї в польській правовій системі варто звернути увагу на положення парламентського законопроекту про партнерську угоду (№ 825 сьомої каденції Сейму), у зв'язку з чим Верховний Суд Польщі зазначив, що конституційна преференція – це сім'я у вигляді шлюбу, що розглядається як тривалі відносини чоловіка і жінки, які спрямовані на материнство та відповідальне батьківство. Польський законодавець зробив аксіологічний вибір, щоб гарантувати "традиційну" нормативну модель шлюбу та сім'ї [23].

Повертаючись до положень СК Польщі, як і СК України, цей нормативний акт не надає явного поняття сім'ї. Визначити сім'ю можна відповідно до ознак, якими наділяє її польський законодавець. Зокрема, на підставі ст. 23, 27 СК Польщі вбачається, що сім'я формується з жінки та чоловіка у шлюбі. У зв'язку з чим наголошується, що укладається шлюб у спосіб, визначений кодексом, тобто йдеться про юридичний факт, безпосереднім ефектом якого є народження сім'ї [24].

Зміст ст. 23 СК Польщі, а також реальні аспекти практичного існування сімейних союзів без шлюбу уможливили в юридичній літературі висувати концепцію сім'ї як з'єднання де-факто [25]. Крім того, наголошується на різній інтерпретації граматики цієї норми СК та поняттєве обмеження категорії сім'я [24]. Адже дійсно, положення, викладене в останньому реченні ст. 23, говорить про сім'ю, яку подружжя заснувало через їхні стосунки.

Відповідно до законодавства Польщі важливість шлюбу та сім'ї, яка сформована на основі шлюбу, має особливе значення щодо захисту благополуччя дитини. Адже згідно зі ст. 146 СК Польщі спільну опіку над дитиною суд може довірити лише одруженим. Це положення передбачає, що опіку (турботу) не можна доручити двом особам, які живуть у конкубіаті. У зв'язку із цим, у літературі наводиться така позиція: мотивом указанного регулювання є прагнення забезпечити дитину умовами, які існують у нормальній, здоровій сім'ї, і така сім'я виникає з урахуванням положень СК Польщі тільки в результаті одруження [26]. На підтвердження цієї наукової позиції, правозастосування також дотримується аналогічних під-

ходів, наприклад, в одному з рішень Верховного Суду Польщі зазначено, що допомога, надана подружжям, надає дитині природні умови для розвитку [27].

Висновки. На підставі розглянутого визначення категорії "сім'я" у законодавстві України та у праві Республіки Польща можна відмітити спільну особливість – відсутність єдиного нормативного визначення та трактування змісту даного поняття через окреслення у праві його ознак.

Спостерігається зміна традиційних уявлень про поняття сім'ї, проте зберігається незмінною основна її якість – взаємна турбота членів сім'ї, яка надає їй як правовій категорії, особливе значення у регламентації за законодавством України та Республіки Польща. Нинішній етап розвитку суспільства зумовив трансформацію традиційних сімейних відносин, що, у свою чергу, має наслідком зміну акцентів правового регулювання сімейних відносин та необхідність нових глибоких наукових досліджень цієї сфери.

У праві України ознаками сім'ї є наявність: кровних (родинних) зв'язків; шлюбних відносин; постійного спільного проживання; ведення спільного господарства.

За законодавством Польщі сім'я формується з жінки та чоловіка у шлюбі. Важливість шлюбу та сім'ї, яка сформована на основі шлюбу, має особливе значення щодо захисту благополуччя дитини. Прагнення забезпечити дитину умовами, які існують у нормальній, здоровій сім'ї, реалізується за умови, що така сім'я виникає з урахуванням положень СК Польщі тільки в результаті одруження.

Список використаних джерел:

1. Труба В.И. Семейные правоотношения как вид общественных отношений и их место в правовом регулировании / В.И. Труба // Альманах цивилистики : сб. ст. / под. ред. Р.А. Майданика. – Вып. 6. – К. : Алерта, 2015. – 554 с.
2. онституція України. Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
3. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
4. Шевченко Я.Н. Понятие семьи и семейных правоотношений в семейном и гражданском праве Украины / Я.Н. Шевченко // Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. – X. : Право, 2011. – Т. 3: Гражданско-правовые науки. Частное право / под общ. ред. Н.С. Кузнецовой. – 680 с.
5. Ромовська З.В. Сімейне законодавство України. Гендерна експертиза / З.В. Ромовська. – К. : Логос, 2001. – 40 с.
6. Сімейне право : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та фак. / С.П. Індиченко, В.С. Голанчук, О.В. Дзера, Л.А. Савченко; за ред. О.В. Дзери. – К. : Вентурі, 1997. – 272 с.
7. Жилинкова І.В. Правовий режим имущества членов семьи / И.В. Жилинкова. – X. : Ксилон, 2000.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень п. 6 ст. 12 Закону України "Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей", частин четвертої і п'ятої ст. 22 Закону України "Про міліцію" та частини шостої ст. 22 Закону України "Про пожежну безпеку" (справа про офіційне тлумачення терміна "член сім'ї"), 3 червня 1999 р. Справа № 1-8/99 № 5-рп/99. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99>.
9. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970780483>
10. Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 października 2016 r. w sprawie ustanowienia Dnia Praw Rodziny, M.P. 2016 poz. 1003. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WMP20160001003>
11. Pojęcia "rodziny" w polskim systemie prawnym [Electronic source]. Access mode : http://www.ordoiuris.pl/rodzina-i-malzenstwo/pojecia-rodziny-w-polskim-systemie-prawnym#_ftnref2
12. Garlicki L. [w.]. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 18, red. / L. Garlicki. – Warszawa, 2003. – S. 2.
13. Zubik M. Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków / M. Zubik // Przegląd Legislacyjny. – nr 2 (2007). – S. 26–43.
14. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2005 r. sygn. akt K 16/04, Dz.U. 2005 nr 95 poz. 806. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20050950806>

15. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19640090059>

16. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000, sygn. akt SK 21/99, Dz. U. z 2000 nr 55, poz. 655; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 1999, sygn. akt K 1/98, Dz. U. z 1999 nr 20, poz. 180. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/>

17. Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2007, sygn. akt SK 61/06, Dz.U. z 2007 nr 134, poz. 947. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/>

18. Pojęcia "rodziny" w polskim systemie prawnym. [Electronic source]. Access mode : http://www.ordoluris.pl/rodzina-i-malzenstwo/pojecia-rodziny-w-polskim-systemie-prawnym#_ftn8

19. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 32; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2013, Dz. U. z 2013, poz. 1439. [Electronic source]. Access mode : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/>

20. Smyczyński T. Prawo dziecka do wychowania w rodzinie / T. Smyczyński. [Electronic source]. Access mode : <http://brpd.gov.pl/aktualnosci/prawo-dziecka-do-wychowania-w-rodzynie>, dostęp 29.12.2015.

21. Tamże. Zob. także Raport Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, Jakiej polityki rodzinnej potrzebuje Polska?, red. T. Zych,

K. Dobrowolska, O. Szczypiński. – Warszawa, 2015. [Electronic source]. Access mode : <http://brpd.gov.pl/aktualnosci/prawo-dziecka-do-wychowania-w-rodzynie>, dostęp 29.12.2015.

22. Rezolucja z dnia 3 czerwca 2015 r., A/HRC/RES/29/22 oraz Rezolucja z dnia 1 lipca 2016 r., A/HRC/32/L.35. [Electronic source]. Access mode : <https://naszdziennik.pl/swiat/161333,obowiazek-chronienia-rodziny.html?d=1>

23. Sąd Najwyższy, Opinia o projekcie ustawy "o umowie związku partnerskiego" przedstawionym przez klub parlamentarny "Platforma Obywatelska" z dnia 17 października 2012 r., BSA I – 021 – 345/12 / M. Zubik: Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków // Przegląd Legislacyjny. – nr 2/2007; red. serii: Księga jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich. – Warszawa, 2008.

24. Gajda J. Komentarz do art. 23, [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy / J. Gajda ; K. Pietrzykowski (red.). – Warszawa, 2015, dostęp: Legalis.

25. Tak np. wyr. SA w Szczecinie z 27.6.2013 r., III AUA 104/13, Legalis; wyr. SA w Gdańsku z 14.5.2014 r., III AUA 1441/13, Legalis. Zob. też wyr. SN z 11.2.2011 r., II UK 273/10, Legalis

26. Gajda J. Komentarz do art. 146, [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy / J. Gajda ; K. Pietrzykowski (red.). – Warszawa, 2015, dostęp: Legalis.

27. Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSN 1976, Nr 9, poz. 184.

Надійшла до редколегії 08.02.18

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СООТНОШЕНИЯ КАТЕГОРИИ "СЕМЬЯ" В ПРАВЕ УКРАИНЫ И РЕСПУБЛИКИ ПОЛЬША

Рассмотрены сравнительно-правовые основания определения понятия и признаков категории "семья" в правовой доктрине и по законодательствам Украины и Республики Польша, анализа подходов судебной практики по применению норм семейного законодательства. С позиции юридической доктрины исследованы положения нормативно-правовых актов в сфере семейных отношений в Украине и отдельных зарубежных государствах, определяются общие тенденции и перспективы правового регулирования брачно-семейных отношений в законодательстве Украины.

Ключевые слова: семья, брак, брачные отношения, хозяйство, член семьи, международное семейное право, совместное проживание, семейный союз.

L. Radchenko, Candidate of Law Science, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

COMPARISON OF THE CONCEPT "FAMILY" IN THE LAW OF UKRAINE AND REPUBLIC OF POLAND

The article is devoted to the consideration of comparative and legal basis of the concept and features of category "family" in the legal doctrine and the legislation of Ukraine and the Republic of Poland, to analysis of the approaches of judicial practice of application of the norms of family law. This article from the perspective of legal doctrine examines the provisions of regulations of legal acts in the field of family relations in Ukraine and some foreign countries, the tendencies and prospects of legal regulation family relations in the legislation of Ukraine are determined.

Key words: family, marriage, marriage relations, household, member of family, international family law, joint residence, family union.

УДК 341.1

О. Кучма, д-р юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ІНДЕКСАЦІЇ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ

Досліджуються юридичні гарантії мінімальної заробітної плати та індексації заробітної плати, аналізуються складові, які враховуються до розміру мінімальної заробітної плати, надаються пропозиції щодо удосконалення законодавства.

Ключові слова: мінімальна заробітна плата, індексація, юридичні гарантії, доплата, фонд оплати праці.

Відповідно до ст. 2 Закону України "Про індексацію грошових доходів населення" індексації підлягають грошові доходи громадян, одержані ними у гривнях на території України і які не мають разового характеру: пенсії; стипендії; оплата праці (грошове забезпечення); суми виплат, що здійснюються відповідно до законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, крім щомісячних страхових виплат потерпілим на виробництві (з урахуванням виплат на необхідний догляд за потерпілим) та членам їхніх сімей, а також пенсій, які індексуються відповідно до закону за цими видами страхування; суми відшкодування шкоди, заподіяної фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, а також суми, що виплачуються особам, які мають право на відшкодування шкоди у разі втрати годувальника, крім суми виплат, що здійснюються відповідно до законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування; розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі [1].

І якщо з індексацією пенсії чи стипендії не виникає питань, чи повинна індексація враховуватися до складу заданих виплат при обчисленні соціально гарантованих розмірів виплат, то з індексацією заробітної плати на практиці виникла дискусія, зокрема, чи слід враховувати індексацію до мінімальної заробітної плати, чи ні.

Правове регулювання трудових відносин, оплати праці досліджували М. І. Іншин, О. В. Тищенко, С. М. Черноус, В. І. Щербина та інші вчені. Враховуючи нечіткість законодавчого визначення правової природи індексації, дискусійні роз'яснення з означеного питання та велику кількість працівників, які отримують заробітну плату у мінімальному розмірі, є необхідність наукового пошуку у цій царині.

Метою статті є визначення того, чи належить індексація до складових заробітної плати, які мають враховуватися до розміру мінімальної заробітної плати.

Спочатку з'ясуємо, чи належить індексація до складових, які становлять заробітну плату.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про оплату праці" (далі – Закон) заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу [2].

Статтею 33 Закону визначено, що в період між переглядом розміру мінімальної заробітної плати індивідуальна заробітна плата підлягає індексації згідно із чинним законодавством [2].

Фонд оплати праці складається з фонду основної заробітної плати; фонду додаткової заробітної плати; інших заохочувальних та компенсаційних виплат.

Інструкцією зі статистики заробітної плати визначено складові фонду заробітної плати [3].

Так, фонд додаткової заробітної плати включає доплати, надбавки, гарантійні й компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством, премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій. До складу фонду додаткової заробітної плати входять:

2.2.6. ... інші надбавки та доплати, передбачені чинним законодавством, включаючи доплату до розміру мінімальної заробітної плати.

2.2.7. Суми виплат, пов'язані з індексацією заробітної плати працівників [3].

Таким чином, не виникає сумніву стосовно того, що нарахована індексація є додатковою заробітною платою та входить до фонду оплати праці.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ також зазначив, що індексація є складовою частиною заробітної плати, є додатковою заробітною платою і, у разі порушення законодавства про оплату праці в частині її виплати, працівник має право звернутися до суду з позовом про стягнення належної йому індексації заробітної плати без обмеження будь-яким терміном [4].

Разом із тим, слід враховувати імперативну складову методу правового регулювання трудових відносин, яка втілюється в юридичних гарантіях.

Під юридичними гарантіями у трудовому праві слід розуміти встановлені державою норми права, які спрямовані на захист трудових прав працівника (фізичної особи), а також відповідну діяльність професійних спілок, органів та організацій, які здійснюють нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю, комісії із трудових спорів та інших уповноважених органів, направлених на реалізацію цих норм [5, с. 74].

За своєю суттю, юридичні гарантії трудових прав працівника у процесі виконання трудового договору спрямовані на забезпечення їх належної реалізації через призму: 1) забезпечення належного виконання умов трудового договору; 2) забезпечення належних умов реалізації працівником трудових прав, які впливають безпосередньо зі змісту трудового договору щодо: а) робочого часу; б) часу відпочинку; в) оплати праці; г) охорони праці; г) забезпечення трудової дисципліни тощо [6].

Гарантії, що надаються державою учасникам правовідносин через їх нормативне регулювання, можна поділити на дві групи:

– що безпосередньо зазначені в Конституції, конкретних статтях і розділах КЗпП та поточних законах України;

– що впливають із нормативного регулювання конкретних сфер трудових відносин через захисні (охоронні) норми [7, с. 89].

Законодавець установив гарантії трудових прав, у тому числі й у сфері оплати праці.

Так, відповідно до ст. 95 Кодексу законів про працю України мінімальна заробітна плата – це встановлений законом мінімальний розмір оплати праці за виконану

працівником місячну (годинну) норму праці... Розмір мінімальної заробітної плати встановлюється і переглядається відповідно до статей 9 і 10 Закону України "Про оплату праці" та не може бути нижчим від розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Мінімальна заробітна плата є державною соціальною гарантією, обов'язковою на всій території України для підприємств, установ, організацій усіх форм власності і господарювання та фізичних осіб, які використовують працю найманих працівників, за будь-якою системою оплати праці.

Заробітна плата підлягає індексації у встановленому законодавством порядку [8].

Конституційний Суд України дійшов висновку про таке: "...Одним із заходів державного регулювання оплати праці є **встановлення мінімальної заробітної плати**, розмір якої відповідно до ст. 9 Закону визначається з урахуванням потреб працівників та їхніх сімей, вартісної величини достатнього для забезпечення нормального функціонування організму працездатної людини, збереження її здоров'я набору продуктів харчування, мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості, а також загального рівня середньої заробітної плати, продуктивності праці та рівня зайнятості.

Крім того, держава передбачає заходи, спрямовані на забезпечення реальної заробітної плати, тобто грошової винагороди за виконану роботу як еквівалента вартості споживчих товарів і послуг. Згідно з положеннями частини шостої ст. 95 Кодексу, ст. 33, 34 Закону такими заходами є **індексація заробітної плати** та компенсація працівникам втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати...

Кошти, які підлягають нарахуванню в порядку індексації заробітної плати та компенсації працівникам частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати, мають компенсаторний характер. Як складові належної працівникові заробітної плати ці кошти спрямовані на забезпечення реальної заробітної плати з метою підтримання достатнього життєвого рівня громадян та купівельної спроможності заробітної плати у зв'язку з інфляційними процесами та зростанням споживчих цін на товари та послуги [9].

Відповідно до ст. 3¹ Закону розмір заробітної плати працівника за повністю виконану місячну (годинну) норму праці не може бути нижчим за розмір мінімальної заробітної плати.

При обчисленні розміру заробітної плати працівника для забезпечення її мінімального розміру не враховуються доплати за роботу в несприятливих умовах праці та підвищеного ризику для здоров'я, за роботу в нічний та надурочний час, роз'їзний характер робіт, премії до святкових і ювілейних дат.

Якщо нарахована заробітна плата працівника, який виконав місячну норму праці, є нижчою за законодавчо встановлений розмір мінімальної заробітної плати, роботодавець проводить доплату до рівня мінімальної заробітної плати, яка виплачується щомісячно одночасно з виплатою заробітної плати [2].

Міністерство соціальної політики України роз'яснює, що сума індексації має враховуватися до розміру мінімальної заробітної плати, оскільки індексація не зазначається у частині 2 ст. 3¹ Закону, де визначений вичерпний перелік виплат, які не враховуються при обчисленні розміру заробітної плати працівника для забезпечення її мінімального розміру [10, 11].

Натомість Федерація професійних спілок України притримується протилежної думки та зазначає, що віднесення сум виплат, пов'язаних з індексацією заробітної плати працівників, до складу фонду заробітної плати

здійснюється виключно з метою визначення джерела їх фінансування та уніфікації бухгалтерського обліку. Сума індексації за своїм змістом та призначенням не може включатися до складу доплат до рівня мінімальної заробітної плати, доплата до мінімальної заробітної плати у складі оплати праці в межах прожиткового мінімуму для працездатних осіб також є об'єктом індексації [12].

Для з'ясування, яка позиція є правильною, проаналізуємо, чи можливе одночасне застосування двох державних гарантій: мінімальної заробітної плати й індексації.

Відповідно до позиції Міністерства соціальної політики України, якщо заробітна плата, наприклад, нарахована у розмірі 2700 грн і має бути проіндексована, то із сумою індексації, наприклад, 800 грн. становитиме 3500 грн., що менше від мінімальної заробітної плати, а тому має відбутися доплата до мінімальної заробітної плати, розмір доплати становитиме 223 гривні. (3723–3500).

Дискусійно стверджувати, що в цьому випадку дотримано гарантії індексації заробітної плати. Адже, якби не було гарантії індексації заробітної плати, то працівник отримав би такий самий розмір мінімальної заробітної плати, яка складалась би не із трьох складових (оклад (2700) + індексація окладу (800) + доплата до мінімальної заробітної плати (223)), а із двох складових (оклад (2700) + доплата до мінімальної заробітної плати (1023)).

У цьому прикладі фактично дотримано тільки однієї державної гарантії – гарантії мінімальної заробітної плати.

Таким чином, працівники, які отримують мінімальну заробітну плату (з урахуванням доплати до мінімальної заробітної плати) не мають індексації. Індексація заробітної плати у наведеному вище прикладі, через яку зменшений розмір доплати до мінімальної заробітної плати, не можна розглядати як індексацію заробітної плати, оскільки фактично розмір заробітної плати не збільшився, а відбулося зменшення доплати до мінімальної заробітної плати (по суті, відбувається надання однієї гарантії за рахунок зменшення розміру іншої гарантії).

Державні соціальні гарантії мінімальної заробітної плати та індексації слід розглядати не тільки з огляду на частину 2 ст. 3¹ Закону, а в системному зв'язку ст. 95 Кодексу законів України про працю, ст. 1, 3, 3¹, 9, 10, 33 Закону та нормативно-правових актів, які регулюють питання індексації грошових доходів громадян.

Індексації підлягають грошові доходи громадян, одержані у гривнях на території України, які не мають разового характеру: ... оплата праці найманих працівників підприємств, установ, організацій у грошовому виразі, яка включає оплату праці за виконану роботу згідно з тарифними ставками (окладами) і відрядними розцінками, доплати, надбавки, премії, гарантійні та компенсаційні виплати, передбачені законодавством, а також інші компенсаційні виплати, що мають постій-

ний характер [13]. Гарантія індексації заробітної плати передбачає індексування заробітної плати без виключення мінімальної заробітної плати.

Із метою уникнення подальших дискусій в означеній сфері доцільно доповнити ст. 33 Закону частиною другою такого змісту: "Якщо нарахована заробітна плата працівника, який виконав місячну норму праці, є нижчою за законодавчо встановлений розмір мінімальної заробітної плати, індексація здійснюється після нарахування доплати до мінімальної заробітної плати, передбаченої частиною 3 ст. 3¹ Закону".

Список використаних джерел:

1. Про індексацію грошових доходів населення : Закон України : від 03.07.1991 р. № 1292-XII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1282-12>
2. Про оплату праці : Закон України : від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80>
3. Про затвердження Інструкції зі статистики заробітної плати : Наказ : Державний комітет статистики України : від 13.01.2004 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0114-04>
4. Про індексацію заробітної плати : Лист : Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ : від 07.05.2013 р. № 708/04-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/15932-informaciyiniy_list_vssu_vid_07052013_70804-13_pro_indeksaciyu.html
5. Бабенко А.О. Проблеми юридичних гарантій трудових прав працівників при укладенні, зміні та розірванні трудового договору : монографія / А.О. Бабенко, К.Ю. Мельник. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2016. – 240 с.
6. Яцкевич І.І. Окремі юридичні гарантії трудових прав працівника у процесі виконання трудового договору: науково-правовий аспект / І.І. Яцкевич // Часопис Нац. ун-ту "Острозька академія". Серія: Право. – 2015. – № 1(11). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ij.oa.edu.ua/articles/2015/g1/15yinpna.pdf>
7. Комаров В.А. Про державні гарантії у трудових відносинах в Україні / В.А. Комаров // Наук. пр. МАУП. – 2012. – Вип. 3(38). – С. 89–93.
8. Кодекс законів про працю України : Закон України : від 10.12.1971 р. № 322-VIII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/322-08>
9. Рішення : Конституційний Суд України : від 15.10.2013 р. № 9-рп/2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-13>
10. Лист : Міністерство соціальної політики України : від 02.01.2018 р. № 50/0-2-18/28. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua>
11. Про врахування сум індексації при забезпеченні мінімальної заробітної плати : Лист : Міністерство соціальної політики України : від 07.02.2018 р. № 5/0/66-18. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vobu.ua/ukr/documents/item/lyst-minsotspolityky-ukrainy-vid-020118-r-50-0-2-18-28-pro-vrakhuvannia-sum-indeksatsii-pri-zabezpechenni-minimalnoi-zarplaty>
12. Щодо врахування доплат у склад мінімальної заробітної плати : Лист : Федерація професійних спілок України : від 27.07.2017 р. № 05/01-27/825. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vobu.ua/ukr/documents/item/pis-mo-federatsii-profsoyuzov-ukrainy-ot-27-07-17-g-05-01-27-825-ob-uchete-doplat-v-sostave-minimal-noj-zarabotnoj-platey>
13. Про затвердження Порядку проведення індексації грошових доходів населення : Постанова : Кабінет Міністрів України : від 17.07.2003 р. № 1078. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1078-2003-%D0%BF>

Надійшла до редколегії 21.12.17

О. Кучма, д-р юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

К ВОПРОСУ ИНДЕКСАЦИИ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ

Исследуются юридические гарантии минимальной заработной платы и индексации заработной платы, анализируются составляющие, которые учитываются до размера минимальной заработной платы, предоставляются предложения по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: минимальная заработная плата, индексация, юридические гарантии, доплата, фонд оплаты труда.

O. Kuchma, Doctor of Law, Docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ON THE QUESTION OF WAGE INDEXATION

The article examines the legal guarantees of minimum wages and indexation of wages, analyzes the components that are taken into account to the minimum wage, and proposes to improve the legislation.

Key words: minimum wage, indexation, legal guarantees, additional payment, wage fund.

УДК 349.2:341.01

І. Сахарук, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРИНЦИП НЕДИСКРИМІНАЦІЇ ЯК СКЛADOVA КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено дослідженню змісту та механізму реалізації принципу недискримінації у сфері праці в контексті впровадження в Україні Концепції гідної праці. Проаналізовано вплив принципу недискримінації на виміри Концепції гідної праці. Досліджено складові механізму реалізації принципу недискримінації та наведено пропозиції щодо їх удосконалення на основі міжнародних стандартів та зарубіжного досвіду. Визначено взаємозв'язок упровадження Програм гідної праці в Україні з удосконаленням антидискримінаційного законодавства.

Ключові слова: принцип недискримінації; дискримінація; гідна праця; позитивні дії; превентивні заходи; тягар доказування; основоположні принципи; моніторинг; неурядові організації.

ВСТУП. У сучасний період правові категорії "гідна праця", "гідні умови праці" доволі часто застосовують в науковій літературі, при цьому законодавчого закріплення у вітчизняному законодавстві вони не отримали. Термін "гідна праця" вперше застосовано на Міжнародній конференції праці 1999 р. У доповіді "Гідна праця" Генеральним директором Міжнародної організації праці (МОП) визначено місію Міжнародної організації праці як покращення становища людей у сфері праці, що зумовлює необхідність знайти сталі (стійкі) можливості для гідної праці, а також сформульовано чотири стратегічні завдання в рамках реалізації гідної праці: сприяння дотриманню прав на роботі, зайнятості, соціальний захист та соціальний діалог [1]. У подальшому Міжнародна організація праці значною мірою вдосконалила вказані завдання, трансформувавши їх у чотири основні напрямки. Так, відповідно до 6-ї додаткової доповіді Генерального директора МОП "Виміри гідної праці" (березень 2008 р.), Концепція гідної праці, включає такі основні аспекти або виміри: 1) основоположні принципи та права у сфері праці, а також міжнародні трудові стандарти; 2) зайнятості та умови праці; 3) соціальне забезпечення 4) соціальний діалог [2].

Актуальність обраної теми Принцип недопущення дискримінації (або принцип недискримінації) у сфері праці є одним із чотирьох основоположних принципів у сфері праці згідно з Декларацією МОП основних принципів та прав у світі праці від 18.06.1998 р., відповідно, його реалізація є частиною першого виміру Концепції гідної праці. При цьому існування нормативного підґрунтя та практики реалізації відповідних норм у сфері протидії дискримінації значною мірою впливає на стан упровадження інших вимірів гідної праці: зайнятості та умов праці, соціального забезпечення та соціального діалогу. Зокрема, при існуванні дискримінації у відносинах зайнятості та соціального забезпечення, а також при встановленні умов праці нівелюються юридичні гарантії, визначені законодавством у вказаних сферах. Тому при збереженні дискримінаційної практики будь-які правові норми, що регламентують права та гарантії їх реалізації щодо зайнятості, умов праці та соціального захисту залишаються значною мірою декларативними. Щодо соціального діалогу, то він є одним із найнеефективніших засобів забезпечення недискримінації у сфері праці, проте, може бути неефективним при дискримінації одних сторін соціального діалогу порівняно з іншими. Отже, реалізація принципу недискримінації у сфері праці відповідно до міжнародних стандартів є важливою умовою впровадження інших вимірів гідної праці в Україні, що й зумовлює актуальність обраної теми.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Принцип недопущення дискримінації належить до основоположних міжнародних стандартів у сфері праці, а його реалізація є необхідною умовою демократичного розвитку держави та забезпечення

соціальної справедливості в суспільстві. Незважаючи на це, дискримінація у трудових та тісно пов'язаних із ними відносинах не лише зберігається, але й розширює сферу розповсюдження, набуває нових форм. При цьому протидія дискримінації є не лише передумовою реалізації Концепції гідної праці в Україні та реформування вітчизняного трудового законодавства, але й важливим напрямком забезпечення національної безпеки. Так, відповідно до п. 4.9 Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента від 26.05.2015 р. визначено необхідність наближення соціальних стандартів до рівня держав Центральної і Східної Європи – членів ЄС. При цьому трудові та соціальні стандарти ЄС є частиною міжнародних стандартів і значною мірою похідними від тих, що розроблені на рівні Міжнародної організації праці.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням питань протидії дискримінації, а також визначенням змісту принципу недискримінації займалась велика кількість науковців. Переважна більшість учених зосереджується на вивченні окремих видів дискримінації (як правило, гендерної, за ознаками раси, національності, віку, інвалідності). Комплексні дослідження у вказаній сфері здійснюють лише окремі науковці. Так, наприклад, І.К. Полховська у дисертаційній праці "Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні" вивчала недискримінацію як частину принципу рівності, зміст недискримінації відповідно до Основного Закону держави, історію його виникнення та нормативного регулювання, значення для реалізації конституційних прав і свобод людини та громадянина [3]. Теоретико-правові засади принципу недопущення дискримінації у різних сферах суспільного життя дослідила Т.І. Фулей у дисертаційній роботі "Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх упровадження в Україні", приділивши значну увагу місцю принципу недискримінації в системі загальнолюдських принципів права, теоретичним аспектам їх упровадження в національну юридичну практику [4]. Історичні аспекти виникнення вказаного принципу ґрунтовно аналізувала І.І. Ларінбаєва, зокрема, із погляду діалектики рівності та рівноправності, недискримінації, співвідношення вказаних принципів між собою та в системі принципів права в цілому [5]. Міжнародним стандартам у сфері протидії дискримінації, змісту принципу недискримінації згідно із міжнародними актами та особливостям реалізації принципу недискримінації в різних галузях права присвячена дисертаційна праця О.В. Вашанової "Принцип недискримінації людини в міжнародному праві" [6]. Юридичній відповідальності за дискримінаційні дії як у сфері праці, так і в інших сферах суспільного життя та її вдосконаленню присвячено дослідження О.І. Котляр [7].

Щодо правових норм боротьби з дискримінацією та практики їх реалізації у сфері праці, цим питанням присвячено наукові праці О.А. Антона [8], О.Я. Лаврів [9],

Н.М. Митіної [10], Д.В. Солдаткіна [11], І.М. Твердовського [12]. Так, зокрема, О.А. Антон досліджує заборону дискримінації як юридичну гарантію реалізації трудових прав у порівняльно-правовому аспекті вітчизняного та міжнародного правового регулювання [8]. О.Я. Лаврів детально вивчала принципи трудового права, відповідно, і принцип заборони дискримінації в їх системі, його зміст та шляхи вдосконалення відповідних нормативних положень [9]. Заборону дискримінації як принцип трудового права ґрунтовно дослідили у своїх дисертаційних працях також Н.М. Митіна "Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права" [10] та І.М. Твердовський "Заборона дискримінації у сфері праці" [12]. Д.В. Солдаткін досліджував питання не лише змісту принципу заборони дискримінації, але і правові засади захисту від дискримінації у трудових відносинах та відповідальності роботодавців за дискримінаційні дії [11].

Невирішені частини загальної проблеми, яким присвячується ця стаття. Незважаючи на наявність значної кількості дослідників, що вивчали питання протидії дискримінації та змісту відповідного принципу, у правовій доктрині загалом та в доктрині трудового права, зокрема, здійснюються переважно дослідження окремих видів дискримінації, крім того, домінуючим у науковій літературі залишається визначення принципу заборони дискримінації, на відміну від міжнародної практики, де нормативно та доктринально визначеним є принцип недопущення дискримінації, який є ширшим за своїм змістом. Крім того, в Україні відсутня послідовна державна політика щодо запобігання дискримінації у сфері праці. Так, незважаючи на існування нормативно-правової бази для боротьби з дискримінацією, не визначено механізм реалізації відповідних правових норм, зокрема стосовно оскарження дискримінаційних дій, захисту порушених трудових прав, відповідальності роботодавців, які здійснюють дискримінаційну практику. По суті нормативна заборона дискримінації у сфері праці значною мірою залишається декларативною.

Метою статті є дослідження змісту та механізму впровадження принципу недискримінації у сфері праці, пошук шляхів підвищення ефективності його реалізації в контексті Концепції гідної праці в Україні.

Предметом дослідження є сукупність норм права, в яких закріплено принцип недискримінації у сфері праці в цілому та як складової Концепції гідної праці, зокрема. **Об'єктом дослідження** є принцип недискримінації як складова Концепції гідної праці.

Методологія дослідження. Методологічною основою роботи є сукупність загальних і спеціальних методів наукового пізнання, які використано з урахуванням поставленої мети дослідження, його об'єкта та предмета. Основним серед них є діалектичний метод, використання якого дозволило розглянути основні аспекти реалізації принципу недискримінації в їх розвитку. За допомогою формально-логічного методу сформульовано зміст принципу недискримінації у сфері праці. Системно-структурний метод дозволив визначити місце принципу недискримінації в механізмі впровадження Концепції гідної праці. Догматичний метод у поєднанні з порівняльно-правовим склали методологічну основу для аналізу та зіставлення норм національного трудового законодавства, положень проекту Трудового кодексу України, зарубіжного законодавства щодо визначення змісту принципу недискримінації, що сприяло виявленню недоліків та формуванню пропозицій щодо вдосконалення правових норм із погляду їх відповідності міжнародним стандартам та направленості на викорінення дискримінаційної практики.

Основні результати. Найпоширенішою позицією в доктрині права є розуміння принципів права як основних начал, керівних положень, відповідно до яких має здійснюватись правове регулювання і які визначають зміст права, а принципів трудового права як основних, керівних положень, які виражають сутність трудового права, тобто системи норм, що регламентує трудові відносини та відносини, що тісно пов'язані із трудовими. Принцип недопущення дискримінації належить як до загально-правових принципів, оскільки знайшов своє відображення у ст. 24 Конституції України, так і до галузевих принципів трудового права, що мають свою специфіку у сфері регулювання праці, при цьому, як вказано вище, є одним із чотирьох основоположних принципів міжнародного трудового права.

Дискусії щодо формулювання назви принципу. Якщо стосовно необхідності виділення окремого принципу трудового права, направлено на унеможливлення дискримінації, практично відсутні розбіжності серед науковців, то формулювання його назви залишається дискусійним. Відсутність єдиної термінології для визначення принципу, спрямованого на викорінення всіх форм дискримінації, зумовлює існування різних підходів до тлумачення його змісту, що негативно впливає на правозастосовну практику. З огляду на це, актуальним є формулювання на основі правових норм та наукових підходів назви вказаного принципу, зміст якого найповніше відобразить комплекс необхідних заходів для боротьби з дискримінацією у сфері праці.

Відповідно до міжнародних стандартів основні засади, направлені на боротьбу з дискримінацією, визначаються як принцип недопущення дискримінації у сфері праці та занять. У ряді міжнародно-правових актів застосовано одночасно і термін "принцип недискримінації" (non-discrimination). Наведені поняття можна використовувати як рівнозначні, оскільки недискримінація означає виключення будь-яких дискримінаційних дій, тобто недопущення дискримінації. Уперше на міжнародному рівні недопущення дискримінації саме як принцип сформульовано у преамбулі Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 р. Надалі цей принцип відображено в інших міжнародних документах, зокрема Зауваженнях загального порядку № 18 Комітету ООН із прав людини 1989 р., Копенгагенській декларації про соціальний розвиток 1995 р., Декларації МОП основоположних принципів та прав у сфері праці 1998 р. тощо. На регіональному рівні принцип недискримінації формулюється у преамбулі Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 2000 р., ст. 21 Хартії основних прав ЄС 2000 р.

Відповідно до міжнародних стандартів, принцип недопущення дискримінації знайшов відображення і в національному законодавстві, зокрема ст. 2 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні", ст. 3 Закону "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків". У Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП) не закріплено недискримінацію як принцип, хоча його зміст відображено у ст. 2-1 КЗпП. Згідно зі ст. 2 Проекту Трудового кодексу України (у редакції від 24.07.2017 р.) (далі – проект ТК) до основних засад правового регулювання трудових відносин належить і принцип заборони дискримінації у сфері праці (у початковій редакції проекту принцип сформульовано відповідно до міжнародних стандартів як принцип недопущення дискримінації у сфері праці).

Незважаючи на існування нормативного підґрунтя щодо формулювання назви принципу як недопущення дискримінації, у наукових дослідженнях трудового права цей підхід не знайшов однозначної підтримки. Тільки

окремі науковці, зокрема О.В. Вашанова [6], Н.М. Митіна [10], І.К. Полховська [3], І.Т. Фулей [4] застосовують назву "принцип недопущення дискримінації". Більш поширеною залишається думка щодо визначення принципу як "заборони дискримінації у сфері праці". Таку позицію, зокрема, підтримують О.А. Антон [8], О.Я. Лаврів [9], Д.В. Солдаткін [11], І.М. Твердовський [12] та ін.

Розглянемо співвідношення понять "недопущення дискримінації" і "заборона дискримінації" у сфері праці. Згідно із тлумачним словником **забороняти** означає не дозволяти робити що-небудь [13, с. 44], а **недопущення** розуміється як створення перешкоди, неможливості для здійснення, появи чого-небудь [13, с. 836]. Отже, поняття "недопущення" має ширший зміст та включає в себе як заборону на здійснення певних дій, так і інші заходи, направлені на неможливість для їх існування. З огляду на це, щодо дискримінації у сфері праці застосування у назві принципу поняття "заборона" замість "недопущення" значно звужує зміст відповідного принципу. Заборона дискримінації означає нормативне встановлення неможливості здійснення певних дискримінаційних дій, тоді як її недопущення передбачає також створення перешкод для таких дій та необхідність викоринення дискримінації зі сфери праці. Тому зміст принципу недискримінації включає не лише заборону дискримінації, але й превентивні заходи щодо попередження дискримінаційних дій.

Підґрунтям для такого висновку є норми міжнародного та національного законодавства. Так, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН (522В IV) від 4.02.1952 р. встановила, що попередження дискримінації і захист меншин являють собою два найважливі види конструктивних робіт ООН. Декларація МОП про соціальну справедливість у цілях справедливої глобалізації 2008 р. передбачає необхідність ліквідації дискримінації щодо праці та зайнятості, а ст. 14 Конвенції МОП № 117 визнає необхідність скасування будь-якої дискримінації щодо працівників. Конвенція МОП № 111 зобов'язує держави проводити національну політику, спрямовану на заохочення, рівності можливостей та поведження стосовно праці й занять із метою викоринення будь-якої дискримінації (ст. 2), а Рекомендація № 111 визначає, що заходи, які повинні проводити держави з метою недопущення дискримінації, мають бути направлені на розуміння і визнання громадськістю антидискримінаційних засад та виправлення будь-якої практики, яка суперечить цим засадам (п. 4). У Зауваженнях загального порядку № 18 наголошується, що Комітет ООН із прав людини повинен отримувати інформацію не лише про законодавчі положення щодо заборони дискримінації, але й щодо заходів, спрямованих на скорочення або ліквідацію такої дискримінації.

Закон "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків" також передбачає, що поряд із законодавчою заборонаю дискримінації має здійснюватись інформаційно-роз'яснювальна робота та просвітницькі заходи; проводиться моніторинг щодо результатів забезпечення рівних прав та можливостей (ст. 11). Виховання і пропаганда серед населення України поваги до осіб незалежно від їх певних ознак, поширення просвітницької діяльності у цій сфері визначено як один із напрямів державної політики щодо запобігання та протидії дискримінації Законом "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні".

Отже, відповідно до міжнародно-правових стандартів, заборона дискримінації є лише одним з елементів антидискримінаційної політики, якого недостатньо для викоринення дискримінації як явища. Окремі міжнарод-

но-правові акти, які направлені на боротьбу з дискримінацією, наприклад, Європейська соціальна хартія (переглянута) 1996 р. (ч. V, ст. E), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 14), застосовують і поняття "заборона дискримінації". Однак цей термін тут вживається в аспекті заборони здійснення дискримінаційних дій, а не визначення принципу права.

Погоджуємось із позицією Н.М. Митіної про те, що викоринення поняття "недопущення дискримінації" відображає новий рівень вимог у питанні боротьби з дискримінацією [10, с. 61]. Адже у сучасних умовах недостатньо проголосити на законодавчому рівні заборону вчиняти будь-які дискримінаційні дії роботодавцями. Необхідно застосовувати також інші правові засоби, які дозволять попереджати дискримінаційні прояви та сприятимуть викориненню прихованих форм дискримінації. Тому вважаємо, що недопущення дискримінації у сфері праці є принципом трудового права, тоді як заборона дискримінації – лише одним із правових засобів реалізації вказаного принципу.

Зміст принципу недискримінації у сфері праці. Щодо сутності принципу недискримінації, на думку Т.І. Фулей, у найзагальнішому сенсі він полягає в тому, що до осіб, які перебувають у подібних ситуаціях, не може бути застосовано різного (відмінного, неоднакового) підходу [4, с. 90]. При цьому зазначимо, що в сучасних умовах сутність недискримінації полягає також у тому, що до осіб, які перебувають в різних ситуаціях, не може бути застосовано однаковий підхід. Детальніше сутність принципу недопущення дискримінації визначає О.В. Вашанова, на думку якої принцип полягає в забороні розрізнення у правовому становищі людей – володіння ними неоднаковим обсягом прав і свобод, – за умови, що таке розрізнення: а) ґрунтується на природних чи соціальних ознаках людей – стать, раса, релігія та ін., що не впливають на користування конкретним правом, б) направлене на порушення правової рівності, тобто гарантованої державою рівної можливості здійснення однакового обсягу прав і свобод людини [6, с. 6]. Одночасно до змісту принципу недискримінації відносимо необхідність здійснення позитивних дій щодо окремих категорій працівників та превентивних заходів, направлених на запобігання дискримінації.

Щодо сфери дії принципу недопущення дискримінації у трудових та тісно пов'язаних із ними відносинах зазначимо таке: оскільки він є галузевим принципом, то стосується всіх суспільних відносин, що входять у предмет трудового права. З огляду на це, такий принцип поширюється на трудові відносини, які виникають у результаті укладення та виконання трудового договору (у тому числі відносини щодо встановлення умов праці, оплати праці, просування по службі), а також на відносини, тісно пов'язані із трудовими. Тобто, норми кожного інституту трудового права повинні відповідати аналізованому принципу. Крім того, принцип недискримінації поширюється не лише на працівників, що вже працюють за трудовим договором, але й на інших осіб, які можуть реалізувати своє право на працю – із моменту виникнення у них трудової правосуб'єктності (зокрема, на осіб, які шукають роботу). Також, оскільки жоден нормативний акт не встановлює вичерпного переліку антидискримінаційних ознак, за якими заборонено проводити розрізнення, то цей принцип слід вважати універсальним, тому що він опосередковано поширюється на будь-які відмінності, які не пов'язані з діловими якостями особи, навіть не регламентовані законодавством.

Метою принципу недопущення дискримінації у сфері праці можна назвати забезпечення неможливості впливу статі, віку, стану здоров'я, способу життя чи інших

ознак, не пов'язаних із діловими якостями особи, на рівність її трудових прав та можливостей порівняно з іншими особами, які реалізують своє право на працю. Слід погодитись також із І.І. Ларінбаєвою щодо питання про те, що принцип недискримінації виконує методологічну функцію, тобто показує, яким способом можна досягнути дотримання прав людини [5, с. 13].

Механізм реалізації принципу недопущення дискримінації включає такі елементи: 1) заборона проведення відмінностей між особами за антидискримінаційними ознаками, не пов'язаними з діловими якостями та змістом праці; 2) упровадження тимчасових позитивних дій із метою забезпечення рівності можливостей для окремих соціальних груп; 3) наявність ефективної системи моніторингу для виявлення дискримінаційної практики, у тому числі прихованої; 4) забезпечення дієвих правових засобів захисту та відновлення прав жертв дискримінації; 5) застосування превентивних заходів із метою запобігання дискримінації та подолання упереджень і стереотипів щодо окремих груп осіб; 6) установлення юридичної відповідальності за дискримінаційні дії [14, с. 6]. Проаналізуємо вказані елементи з погляду їх нормативного закріплення та практики реалізації.

Нормативна заборона дискримінації. Відповідно до ст. 24 Конституції України 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, а частина 2 ст. 43 Основного Закону гарантує рівні можливості для громадян у виборі професії та роду трудової діяльності. Зазначені конституційні норми є основою недопущення дискримінації у всіх сферах суспільного життя, однак вони повинні бути частково змінені в аспекті гарантування рівності та недискримінації також іноземцям та особам без громадянства відповідно до міжнародних стандартів.

КЗпП лише частково гарантує захист від дискримінації, установлюючи заборону прямого або непрямого обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, гендерної ідентичності, сексуальної орієнтації, етнічного, соціального та іноземного походження, віку, стану здоров'я, інвалідності, підозри чи наявності захворювання на ВІЛ/СНІД, сімейного та майнового стану, сімейних обов'язків, місця проживання, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, участі у страйку, звернення або наміру звернення до суду чи інших органів за захистом своїх прав або надання підтримки іншим працівникам у захисті їх прав, за мовними або іншими ознаками, не пов'язаними з характером роботи або умовами її виконання (ст. 2-1), та недопустимість будь-якого обмеження при укладанні, зміні та припиненні трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання (ст. 22). Недоліком вказаних норм Кодексу є вичерпний перелік антидискримінаційних ознак, що суперечить міжнародним стандартам, зокрема, Конвенції МОП № 111 "Про дискримінацію в галузі праці та занять".

Більш ґрунтовний підхід до визначення принципу недискримінації містить проект ТК № 1658. Так, у ст. 2 проекту серед принципів правового регулювання трудових відносин визначено заборону дискримінації у сфері праці та забезпечення особам, які зазнали такої дискримінації, права на звернення до суду щодо визнання факту дискримінації та її усунення, а також відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дис-

кримінації (редакція від 24.07.2017). У первинній редакції проекту вказаний принцип сформульовано відповідно до міжнародних стандартів як недопущення дискримінації у сфері праці, в останній редакції назву принципу змінено, що, як вказано вище, звужує зміст цього принципу порівняно з міжнародними стандартами. Крім того, формулювання вказаного принципу у проекті ТК є надто широким. Зокрема, забезпечення права для жертв дискримінації звернення до суду та відшкодування шкоди відноситься до змісту принципу недискримінації, це є один із способів реалізації вказаного принципу, однак, не єдиним. Цей висновок підтверджується і в ст. 3 проекту, що деталізує зміст принципу заборони дискримінації.

Комплексним антидискримінаційним актом є Закон "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" від 6.09.2012 р., проте, він містить лише загальні положення щодо боротьби з дискримінацією та не визначає особливостей реалізації принципу недискримінації у сфері праці. Існують також спеціальні норми, що забороняють дискримінацію за окремими ознаками:

– статі (Закон "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків"),

– національною ознакою (Закон "Про національні меншини" від 25.06.1992 р., ст. 18),

– належністю до професійних спілок (Закон "Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності" від 15.09.1999 р., ст. 5), а також щодо окремих груп відносно у сфері праці: зайнятості (Закон "Про зайнятості населення" від 05.07.2012 р., ст. 5, 11), оплати праці (Закон "Про оплату праці" від 24.03.1995 р., ст. 1). Щодо просування по службі нормативна заборона дискримінації на сьогодні відсутня, відповідні положення містяться лише у проекті ТК, ст. 21 якого визначає право на рівні можливості та рівне ставлення до працівників при вирішенні питання щодо професійного зростання.

Отже, у цілому національне законодавство містить нормативне підґрунтя для реалізації принципу недискримінації, хоча окремі норми потребують удосконалення з урахуванням міжнародних стандартів. Значним кроком у питанні нормативної заборони дискримінації стало б прийняття нового Трудового кодексу. Так, проект ТК містить значно більше положень, що передбачають протидію дискримінації у сфері праці, права осіб, що зазнали дискримінації тощо.

Позитивні дії. Наступним елементом механізму реалізації принципу недопущення дискримінації є впровадження тимчасових позитивних дій із метою забезпечення рівності можливостей для окремих соціальних груп. Відповідно до ст. 1 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" позитивні дії – спеціальні тимчасові заходи, що мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, спрямовану на усунення юридичної чи фактичної нерівності у можливостях для особи та/або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права і свободи, надані їм Конституцією і законами України. У науковій літературі часто зустрічається позиція щодо обґрунтування таких спеціальних заходів концепцією "позитивної дискримінації". Не поділяємо таку позицію, оскільки дискримінація завжди має негативні наслідки для окремої особи у вигляді обмеження або позбавлення її прав, порушення рівності. Тому надавати явищу дискримінації позитивного значення видається недоцільним.

Позитивні дії впроваджуються та реалізуються з метою усунення фактичної нерівності між певними категоріями осіб, особливо якщо вони зазнавали утисків у суспільстві впродовж тривалого періоду. Щодо сфери праці, як зазначає Н.М. Митіна, такі заходи направлені

на розширення доступу членів недостатньо представлених груп населення до робочих місць, освіти, професійної підготовки тощо. Вони полягають у наданні ряду переваг, а також використанні системи квотування, тобто виділення певної кількості робочих місць, представникам цільових груп – особам, які за віком, статтю, соціальним походженням, через неволодіння мовою та через інші обставини не можуть користуватись усіма правами людини нарівні з іншими особами, оскільки виникає ситуація, коли рівні права не надають рівних можливостей дискримінованій групі [10, с. 15].

Позитивні дії слід відмежовувати від диференціації у правовому регулюванні праці. Адже спеціальні норми, які виражають диференціацію, приймають у зв'язку з існуванням об'єктивних відмінностей між окремими групами осіб, тоді як у межах політики позитивних дій, такі норми впроваджуються з метою усунення дисбалансу між можливостями окремих категорій працівників на рівних умовах реалізовувати трудові права. Вони завжди носять тимчасовий характер і повинні діяти до відновлення фактичної рівності відповідної групи, інакше можуть призвести до дискримінації вже "непільгових" груп працівників.

В останні роки в аспекті позитивних дій з'явилась негативна тенденція – значна кількість спеціальних норм для певних груп осіб (зокрема жінок, інвалідів, молоді) не забезпечує для них рівності можливостей, а навпаки сприяє дискримінації. Частково це пов'язано з тим, що в багатьох випадках роботодавцям економічно не вигідно приймати на роботу такі групи працівників. Одночасно ця ситуація пояснюється теорією "двох класів", відповідно до якої, як зазначає О.В. Вашанова, вигоду від позитивних дій отримують лише найуспішніші представники цільової групи, інші ж піддаються ще більшій дискримінації, у зв'язку із чим усередині цільової групи відбувається розшарування [6, с. 71–72]. Тому при встановленні переваг у межах цільової групи необхідно враховувати думку особи, брати до уваги інші чинники, тобто застосовувати індивідуальний підхід.

На основі аналізу міжнародних стандартів можна виділити такі критерії застосування позитивних дій, які повинні отримати нормативне закріплення: 1) використовуються тільки до досягнення фактичної рівності щодо певних цільових груп; 2) мають носити тимчасовий характер; 3) не можуть суперечити сутності конкретного права (так, при прийомі на роботу в першу чергу повинні братись до уваги професійні якості особи, а не приналежність до цільової групи, і, навпаки, при виборах до парламенту основним критерієм має бути представництво різних груп населення); 4) при застосуванні позитивних заходів усередині цільової групи необхідно застосовувати індивідуальний підхід, тобто надавати особливі гарантії на основі потреб особи, а не у зв'язку із приналежністю до відповідної категорії.

Моніторинг дискримінаційної практики. Щодо наступного елемента механізму реалізації принципу недискримінації – наявності ефективної системи моніторингу для виявлення дискримінаційної практики, у тому числі прихованої, слід відзначити, що така система в Україні фактично відсутня. При цьому у Глобальній доповіді МОП, представленій відповідно до механізму реалізації Декларації МОП про основоположні принципи і права у сфері праці "Рівність у сфері праці – виклик зберігається" 2011 р., зазначається, що одним із найстійкіших бар'єрів на шляху ліквідації дискримінації у сфері праці є відсутність оновленої інформації та статистичних даних про різні ознаки дискримінації та їх взаємодії. Нездатність збирати точні дані знижує ефективність національних, регіональних і міжнародних дій

щодо забезпечення рівності у сфері праці. Збільшення обсягу точної інформації внесе значний вклад у більш глибоке розуміння розриву, що існує між законами про боротьбу з дискримінацією та їх ефективним застосуванням [15, с. 80].

До 2012 р. необхідність моніторингу дискримінаційних проявів на національному ринку праці законодавчо не встановлювалась, а тому здійснювалась лише правозахисними організаціями. У Законі "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" 2012 р. передбачено, що в рамках антидискримінаційної державної політики важливе значення має створення умов для своєчасного виявлення фактів дискримінації (ст. 7). Відповідно до Закону, моніторинг щодо дотримання принципу недискримінації здійснює Уповноважений із прав людини (ст. 10) та громадські організації (ст. 13). Проте для виявлення реальних масштабів дискримінації, зокрема у сфері праці, необхідно залучення до процесу збору відповідних даних також інших органів. Тому вважаємо, що необхідно передбачити серед повноважень Міністерства соціальної політики та/або Державної служби України з питань праці проведення моніторингу щодо дискримінаційних проявів на ринку праці. Сприятя у проведенні моніторингу, надавати потрібні дані та інформацію в межах своїх повноважень повинні Державна служба зайнятості, органи виконавчої влади та місцевого самоврядування. Крім того, пропонується зобов'язати Державну службу статистики України у збірниках, пов'язаних зі сферою праці, відображати інформацію, яка буде стосуватись різних категорій працівників, що дозволить виявити масштаби окремих видів дискримінації. Адже сьогодні, відповідно до ст. 5 Закону "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків", цей орган забезпечує збирання, опрацювання, аналіз та поширення статистичних даних щодо показників становища жінок і чоловіків у всіх сферах життя суспільства, групуючи їх за статтями. Аналогічну роботу стосовно найпоширеніших антидискримінаційних ознак пропонується передбачити в Законі "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні".

Попередження дискримінації. Застосування превентивних заходів із метою запобігання дискримінації та подолання упереджень і стереотипів щодо окремих груп осіб є наступною складовою механізму реалізації принципу недискримінації у сфері праці. Відповідно до ст. 7 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні", виховання і пропаганду серед населення поваги до осіб незалежно від їх певних ознак визнано одним з основних напрямків державної політики щодо запобігання та протидії дискримінації. Проте механізм реалізації вказаної норми не визначено ні аналізованим законом, ні підзаконними актами.

Вважаємо, що з метою підвищення рівня правової культури, боротьби з будь-якими проявами нетерпимості першочергове значення має інформаційно-просвітницька діяльність, направлена на пропагування в суспільстві необхідності толерантності, рівного поводження з усіма особами незалежно від статі, віку, раси, стану здоров'я та інших ознак. Для цього необхідно організувати роботу з підготовки та розповсюдження відповідної літератури (за прикладом посібників, які розробляються в рамках МОП); видання збірок нормативних актів щодо заборони дискримінації у сфері праці (включаючи міжнародне законодавство); здійснення кампаній інформування громадськості, спрямованих на те, щоб забезпечити утвердження рівності у сфері праці, запобігти проявам дискримінації. До просвітницької діяльності необхідно залучати суб'єктів соціального партнерства, правозахисні організації, засоби масової

інформації. Інформаційна політика в суспільстві повинна сформувати толерантне ставлення до кожного незалежно від його особливостей та груп, до яких він належить, що дозволить мінімізувати дискримінаційну практику у сфері праці.

Одночасно з інформаційно-просвітницькою роботою необхідно запровадити на державному рівні навчальні та освітні програми з толерантності та протидії дискримінації. Так, у рамках МОП існує Учбовий центр, який розробляє такі програми з питань недискримінації для національних органів влади, організацій роботодавців, працівників, інших сторін, котрі займаються питаннями рівності у сфері праці [15, с. 81].

У сучасний період важливу роль в аспекті попередження та запобігання дискримінаційним проявам відіграє діяльність неурядових організацій (далі – НУО), у тому числі правозахисних. Як зазначається в Аналітичному звіті "Дискримінація в Україні – проблеми й перспективи їх подолання" 2012 р., найуспішнішим видом діяльності НУО є постійний та детальний моніторинг випадків, пов'язаних із цими проблемами. Певною мірою виконання такої ролі організаціями громадянського суспільства компенсує брак постійного моніторингу з боку відповідальних державних органів [16, с. 14].

Правові засоби захисту від дискримінації. У доповіді МОП 2011 р. зазначено, що ліквідація дискримінації буде ілюзорною, якщо процедури розгляду скарг і механізми вирішення спорів виявляються неадекватними [15, с. 81]. У ст. 7 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" одним з елементів державної антидискримінаційної політики визначено забезпечення ефективного захисту осіб та/або груп осіб, які постраждали від дискримінації. При цьому КЗпП, як і проект ТК, не містить окремого розділу, присвяченого захисту трудових прав. Звичайно, указана прогалина потребує виправлення.

Судова практика у справах щодо захисту від дискримінації у сфері праці в Україні фактично відсутня. Аналіз низки рішень судів загальної юрисдикції за даними Єдиного державного реєстру судових рішень засвідчив, що позови подаються у зв'язку з порушенням конкретних трудових прав працівників, які рідко пов'язуються з дискримінаційними мотивами. Суди при розгляді справи виходять із необхідності захисту трудових прав, регламентованих національним законодавством, до якого право на недискримінацію не належить. У ст. 15 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" лише вказано, що особа має право на відшкодування матеріальної шкоди та моральної шкоди, завданих їй унаслідок дискримінації. Тільки у проекті ТК (ст. 3) закріплено право осіб, які вважають, що вони зазнали дискримінації у сфері праці, звернутися до суду із заявою про відновлення порушених прав, відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Таке положення є позитивним, проте необхідно встановити можливість звернення за захистом і до інших юрисдикційних органів для жертв дискримінації. Крім того, з огляду на те, що перспективи прийняття нового Трудового кодексу не зрозумілі, вважаємо необхідним на сьогодні відповідне положення внести до ст. 15 Закону "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні", а також ст. 2-1 КЗпП.

У цілому, відсутність у національному законодавстві права на захист від дискримінації не повинно бути перешкодою для судів установлювати наявність дискримінаційних дій, враховуючи закріплення цього положення міжнародно-правовими актами, які ратифіковані Україною. Проте в цьому випадку важливою є саме ін-

формаційно-просвітницька діяльність із метою роз'яснення відповідного права працівникам.

Як зазначено у Глобальній доповіді МОП праці "Рівність у сфері праці: виклик зберігається" 2011 р., успішні судові позови щодо дискримінації, навіть якщо їх налічується незначна кількість, можуть стати рушійною силою для вагоміших змін при їх достатньому пропагуванні [15]. Жерти дискримінації звичайно не наголошують на дискримінаційних мотивах порушення їх трудових прав, розуміючи складність доведення факту дискримінації. Тому пропонується надати судам можливість виходити за межі позовних вимог і вказувати у рішенні про наявність дискримінації, навіть якщо це не було предметом позову особи, яка зазнала дискримінаційного поводження. При цьому як позитивний момент відзначимо закріплення в новій редакції Цивільного процесуального кодексу України розподіл тягаря доказування у справах про дискримінацію між позивачем (працівником) та відповідачем (роботодавцем). Так, відповідно до ст. 81 у справах про дискримінацію позивач зобов'язаний навести фактичні дані, які підтверджують, що дискримінація мала місце. У разі наведення таких даних доказування їх відсутності покладається на відповідача.

Нарівні із судовим вважаємо необхідним вдосконалити й адміністративний захист від дискримінації у сфері праці. Так, відповідно до ст. 22 Закону "Про рівні права та можливості жінок і чоловіків" визначено можливість адміністративного оскарження дискримінації за ознакою статі. На виконання цього положення Наказом Міністерства соціальної політики України від 8.06.2012 р. створено Експертну раду з питань розгляду звернень за фактами дискримінації за ознакою статі. Проте оцінити діяльність Експертної ради складно, оскільки інформація про її роботу відсутня.

Стосовно дискримінації за іншими ознаками адміністративний захист взагалі не регламентовано, у тому числі й Законом "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні". Законом лише визначено повноваження органів влади загальної компетенції щодо захисту від дискримінації – Верховної Ради, Уповноваженого з прав людини та Кабінету Міністрів. Водночас, необхідною є регламентація повноважень і спеціальних органів в аспекті протидії дискримінації. При цьому створення окремого державного органу, який би займався протидією дискримінації і надавав допомогу жертвам таких дій видається недоцільним, хоча така пропозиція висловлюється в науці [напр. 7, с. 9]. Для адміністративного захисту від дискримінації успішно можна використовувати вже існуючі органи влади, деталізуючи їх функції в аспекті антидискримінаційної діяльності. Так, основним органом у цій сфері вважаємо за доцільне визначити Міністерство соціальної політики, яке, відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента від 6.04.2011 р., є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної політики у сферах зайнятості населення, трудової міграції, трудових відносин. Цим Положенням віднесено до завдань Міністерства формування і реалізацію державної політики із забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків (пп. 11 п. 3). Пропонується внести зміни до цієї норми, визначивши завданням Міністерства забезпечення рівності прав та можливостей і протидію дискримінації у сфері праці. Також необхідно внести зміни до пп. 68 п. 4 Положення, передбачивши, що Міністерство веде облік та узагальнює випадки дискримінації не лише за ознакою статі, але й за будь-якими антидискримінаційними ознаками.

Звичайно, Міністерство соціальної політики може виконувати лише загальні повноваження в аспекті протидії дискримінації. Спеціальним органом у цій сфері, на нашу думку, повинна стати Державна служба України з питань праці (далі – Держпраці), яка, відповідно до Положення, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2015 р. є центральним органом виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики, у тому числі, із питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, зайнятість населення тощо. Як показує досвід США, де створено Комісію з рівних умов зайнятості, що виконує квазісудові функції, її діяльність дозволяє значною мірою розвантажити суди загальної юрисдикції [17, с. 113]. Тому для вдосконалення інституційної системи протидії дискримінації у сфері праці доцільним видається створення при Держпраці спеціалізованого підрозділу. На основі аналізу зарубіжного досвіду до основних напрямів діяльності цього підрозділу можна віднести: а) збір та узагальнення інформації про факти дискримінації у сфері праці та відповідних засобів протидії їй, публікація на основі цих даних періодичних звітів; б) контроль за діяльністю роботодавців, органів влади та місцевого самоврядування у цій сфері; в) інформаційно-роз'яснювальна діяльність стосовно дискримінаційних дій та засобів захисту від них; г) забезпечення надання правової допомоги жертвам дискримінації; г) проведення антидискримінаційної експертизи законодавства, внесення пропозицій щодо його вдосконалення.

Юридична відповідальність за дискримінаційні дії. Однією з важливих причин, яка сприяє поширенню дискримінації, у тому числі у сфері праці, є фактична відсутність в національному законодавстві конкретизації відповідальності роботодавця за порушення антидискримінаційного законодавства. Так, у КЗпП існують лише загальні норми щодо відповідальності службових осіб, керівників підприємств, установ, організацій, а також власників або уповноважених ними органів за порушення законодавства про працю (ст. 45, 237, 237-1, 265 КЗпП). Ці норми не виключають можливості їх застосування у випадках установлення факту дискримінації за будь-якою ознакою, оскільки її заборона є складовою законодавства про працю, що його власник або уповноважений ним орган, згідно зі ст. 141 КЗпП, зобов'язані дотримуватись. Проте видається необхідним деталізувати відповідальність за порушення антидискримінаційного законодавства, оскільки останнє призводить до нехтування не лише правовими нормами, але і принципами трудового права.

Ст. 24 Закону "Про рівні права та можливості жінок і чоловіків" передбачає таке: особи, які винні в порушенні вимог законодавства про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, несуть цивільну, адміністративну і кримінальну відповідальність. Однак, норма названого Закону є відсилочною та не визначає конкретних санкцій. Крім того, оскільки адміністративне законодавство не встановлює відповідальності саме за дискримінацію, відповідні норми значною мірою є декларативними і не можуть забезпечити належний захист від дискримінації за ознакою статі. У Законі "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні" застосовано аналогічний підхід (ст. 16).

Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП) не містить положень, які б установлювали відповідальність за дискримінаційні дії чи порушення принципу рівності. Навіть ст. 41 Кодексу, що передбачає адміністративну відповідальність за порушення законодавства про працю та охорону праці, не може бути застосована, оскільки передбачає обмежену кіль-

кість складів проступків, які жодним чином не пов'язані з дискримінаційними діями. Тому, і у випадку встановлення факту дискримінації, до роботодавця не можуть бути застосовані адміністративні санкції. Пропонуємо у КпАП передбачити окрему статтю 41-4, котра встановлюватиме штрафні санкції за вчинення дискримінаційних дій. Ця стаття має поширюватись на всіх роботодавців, як юридичних так і фізичних осіб.

Щодо кримінальної відповідальності за дискримінацію, то ст. 172 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачає відповідальність за "незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів, а також інше грубе порушення законодавства про працю". Особистими мотивами можна вважати й дискримінаційні мотиви, проте пропонується внести зміни до цієї статті, передбачивши як ознаку цього складу злочину здійснення його саме за дискримінаційними мотивами. Стосовно штрафу за вказаний вид злочину пропонується встановити його розмір залежно від мінімальної заробітної плати, а не неоподаткованого мінімуму. Стаття 161 КК України передбачає відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії. Однак диспозиція цієї норми – "...пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками" – визначає значно ширший перелік дискримінаційних ознак, ніж раса, національна належність або релігійні переконання, що містяться в назві статті. Крім того, не будь-яке порушення принципу рівності слід вважати кримінально-карним діянням оскільки бувають правомірні і законні відступи від рівноправності. Тому пропонується змінити назву ст. 161 на "Здійснення дискримінаційних дій". Крім того, вважаємо за доцільне виокремити із цієї статті як окремих склад злочину такий, що пов'язаний із розпалюванням національної, расової чи релігійної ворожнечі, залишивши у ст. 161 лише склад злочину, пов'язаний із дискримінацією.

Міжнародна співпраця щодо недискримінації в контексті Концепції гідної праці. Важливе значення для реалізації принципу недискримінації в Україні має міжнародна співпраця, зокрема, з Міжнародною організацією праці. Так, окрім прийняття міжнародних трудових стандартів, вона активно сприяє реалізації проектів у рамках Концепції гідної праці у країнах – членах МОП. Зокрема, у 2009 р. упродовжено постійний проект МОП/ЄС "Моніторинг та оцінка прогресу з питань гідної праці", що з 2011 р. реалізується і в нашій державі під загальною назвою "Профіль гідної праці в Україні" [18]. Мета проекту – критично оцінювати прогрес, що відбувається в Україні, у контексті реалізації вимірів гідної праці та самостійно вирішувати завдання через необхідні політичні рішення, у тому числі, внесення змін до законодавства. При цьому профіль містить 11 тематичних сфер, серед яких в аспекті протидії дискримінації найважливішими є зайнятість, поєднання трудових та сімейних обов'язків, безпека праці. Важливе значення має визначення у профілі правових індикаторів (усього у проекті їх 21), які відображують статистичні дані, що дозволять відслідковувати прогрес у впровадженні Концепції гідної праці в законодавство та правозастосовну практику. Серед таких індикаторів визначено, зокрема, такі: мінімальна заробітна плата, тривалість відпустки по догляду за дитиною (у тому числі, батьківської відпустки), рівні можливості та рівне ставлення тощо.

Окрім проведення моніторингу та оцінки прогресу щодо основних вимірів гідної праці, важливе значення має тісна співпраця України з Міжнародною організацією праці при впровадженні Програм гідної праці, які "спрямовані на просування гідної праці і як ключового компонента політики розвитку, і як цілі національної політики урядів та соціальних партнерів" [19, с. 2]. Програма гідної праці МОП для України на 2016–2019 роки є вже п'ятою програмою, що реалізується в Україні за підтримки Міжнародної організації праці. Серед пріоритетів діючої Програми передбачено: 1) сприяння зайнятості та розвитку сталих підприємств задля стабільності та зростання; 2) сприяння ефективному соціальному діалогу; 3) покращення соціального захисту й умов праці. Важливе значення Програми полягає в тому, що вона вже розробляється, так і впроваджується за участю не лише органів влади, але й інших соціальних партнерів, а також Міжнародної організації праці. Крім того, визначаючи пріоритети реалізації Концепції гідної праці на період 2016–2019 рр., Програмою передбачено й очікувані (конкретні) кінцеві результати по кожному із пріоритетів, а також систему моніторингу, що дозволить визначити ефективність програми після її завершення.

Висновки. Принцип недискримінації у сфері праці є одним із чотирьох основоположних принципів у сфері праці згідно з Декларацією МОП основних принципів та прав у світі праці 1998 р., відповідно, його реалізація є частиною першого виміру Концепції гідної праці "основоположні принципи та права у сфері праці, а також міжнародні трудові стандарти". Існування нормативного підґрунтя та практики реалізації відповідних норм у сфері протидії дискримінації значною мірою впливає на стан упровадження інших вимірів гідної праці: зайнятості та умов праці, соціального забезпечення та соціального діалогу, з огляду на що, реалізація Концепції гідної праці в Україні має першочергове значення. Недопущення дискримінації у сфері праці є принципом трудового права, тоді як заборона дискримінації – лише одним із правових засобів реалізації вказаного принципу. Механізм реалізації принципу недискримінації у сфері праці містить такі елементи: 1) заборона дискримінації; 2) упровадження позитивних дій; 3) моніторинг дискримінаційної практики, у тому числі прихованої; 4) забезпечення дієвих правових засобів захисту та відновлення прав жертв дискримінації; 5) застосування превентивних заходів із метою запобігання дискримінації; 6) установлення юридичної відповідальності за дискримінаційні дії. Тому лише комплексний підхід до протидії дискримінації дозволить мінімізувати дискримінаційні прояви у трудових та тісно пов'язаних із ними відносинах.

Нормативно-правове регулювання заборони дискримінації є початковим етапом протидії дискримінаційним проявам. В Україні створено належну антидискримінаційну нормативно-правову базу, яка потребує вдосконалення і зведення до міжнародних стандартів у частині визначення механізму дій відповідних норм, у першу чергу щодо захисту жертв дискримінації та встановлення юридичної відповідальності у цій сфері. Важливе значення має і вдосконалення законодавства щодо встановлення позитивних дій із метою усунення фактичної нерівності між певними категоріями осіб, особливо якщо останні зазнавали дискримінації в суспільстві впродовж тривалого періоду. При цьому надмірна кількість пільг та переваг для окремих груп працівників, які існують в рамках здійснення позитивних дій та диференціації, може призводити до дискримінаційного результату, оскільки робить їх ще менш конкурентоспроможними на ринку праці. Тому необ-

хідно поєднувати позитивні дії із заходами економічного заохочення роботодавця.

Держава повинна здійснювати заходи, направлені на попередження дискримінації та своєчасне виявлення дискримінаційної практики. Превентивні заходи в рамках антидискримінаційної політики направлені на підвищення правової культури населення з метою подолання упереджень і стереотипів, які існують у суспільстві. Інформаційно-роз'яснювальна робота має сформувати толерантне ставлення до кожної особи незалежно від будь-яких ознак. Необхідно впровадити систему постійного моніторингу проявів дискримінації у сфері праці, що дозволить визначити ефективність реалізації законодавства щодо заборони дискримінації та своєчасно вносити корективи в антидискримінаційну державну політику.

Основною формою захисту від дискримінації є судовий захист. Однак, потребують удосконалення адміністративні методи захисту, зокрема, шляхом упровадження процедури адміністративного оскарження працівниками, що зазнали дискримінації, незаконних дій роботодавців. Також на часі створення в системі Державної служби України з питань праці спеціалізованого підрозділу, який здійснюватиме контроль за дотриманням антидискримінаційного законодавства та моніторинг для виявлення дискримінаційної практики, а також розглядатиме скарги на дискримінацію з боку роботодавців. Пропонується також передбачити в КУпАП склад адміністративного проступку та санкції у вигляді штрафу, що повинен застосовуватись і до юридичних осіб, та внести зміни до ст. 161, 172 КК України для посилення кримінальної відповідальності за дискримінаційні дії.

В Україні закладено правові основи реалізації Концепції гідної праці, у тому числі шляхом виконання проекту "Профіль гідної праці в Україні" та програм гідної праці МОП. Однак, першочергове значення має імплементація основних вимірів Концепції гідної праці, у тому числі принципу недискримінації, у національну правову систему. Трудове законодавство України на сучасному етапі перебуває на стадії реформування, черговий проект оновленого кодифікованого акту – Трудового кодексу України № 1658 – прийнято Верховною Радою України у першому читанні 5.11.2015 р. Новий Трудовий кодекс має відображати, у першу чергу, основні напрямки Концепції гідної праці, оскільки гідна праця на сьогодні є основою розвитку трудового законодавства як на рівні МОП, так і на рівні розвинутих країн світу.

Дискусія. Дослідження принципу недискримінації у сфері праці здійснювалось у рамках дисертаційної роботи "Недопущення дискримінації у сфері праці як принципу трудового права". Проте у статті та подальших наукових доробках здійснюється зміна акцентів у дослідженні недискримінації з урахуванням Концепції гідної праці. У межах статті розкрито лише одну складову першого виміру Концепції гідної праці, що пов'язаний з основоположними принципами та міжнародними стандартами у сфері праці. Потребують дослідження інші принципи, визначені на рівні Міжнародної праці як основоположні, а також інші виміри Концепції гідної праці та їх взаємозв'язок з антидискримінаційними нормами, що закріплені у вітчизняному законодавстві.

Список використаних джерел:

1. Decent work: Report of the Director-General. – 87 th Session, June 1999. – International Labour Organization . URL: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/reports.htm> (дата звернення 28.03.2018).
2. Measuring decent work: Report of the Director-General Sixth Supplementary Report. – 301 st Session, March 2008 . URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting_document/wcms_091183.pdf (дата звернення 28.03.2018).

3. Полховська І. К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Полховська Інна Костянтинівна. – Х., 2006. – 191 с.

4. Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Фулей Тетяна Іванівна. – Л., 2003. – 179 с.

5. Ларинбаева І.І. Диалектика равноправия и дискриминации: теоретический аспект / И.И. Ларинбаева // Право и государство: теория и практика. – 2006. – № 1. – С. 10–18.

6. Вашанова О.В. Принцип недискриминации личности в международном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Вашанова Оксана Вячеславовна. – М., 2004. – 232 с.

7. Котляр О.І. Дискримінація як найбільше важке порушення прав людини / О.І. Котляр // Актуальні проблеми юридичних наук у дослідженнях учених : наук.-практ. зб. – 2007. – № 60. – С. 7–10.

8. Антон О.А. Заборона дискримінації у сфері праці як юридична гарантія: міжнародно-правові нормативи та вітчизняне трудове законодавство / О.А. Антон // Університетські наук. записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 173–180.

9. Лаврів О.Я. Система принципів трудового права України : монографія / О. Я. Лаврів. – Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прикарп. нац. ун-т ім. В. Стефаника, 2008. – 216 с.

10. Митина Н.М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Н.М. Митина. – М., 2006. – 205 с.

11. Солдаткин Д.В. Защита от дискриминации в трудовых отношениях : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Солдаткин Денис Владимирович. – М., 2006. – 148 с.

12. Твердовський І.М. Заборона дискримінації у сфері праці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Твердовський Іван Миколайович. – Луганськ, 2011. – 20 с.

13. Новый тлумачний словник української мови / уклад. В. В. Яременко, О. М. Сліпущко. – У 4 т. Т. 2. – К. : АКОНІД, 1999. – 910 с.

14. Сахарук І.С. Недопущення дискримінації у сфері праці як принцип трудового права / Сахарук Ірина Сергіївна: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. – К., 2012. – 22 с.

15. Рівність у сфері праці – виклик зберігається : [Глобальна доповідь МОП, представлена відповідно до механізму реалізації Декларації МОП про основоположні принципи і права у сфері праці]. – 2011. – 82 с. URL: <http://www.ilo.org>. (дата звернення 28.03.2018).

16. Дискриминация вне закона : сб. документов / отв. ред. А.Я. Капустин. – М. : Юристъ, 2003. – 384 с.

17. Исаенко А.Н. Американский опыт преодоления дискриминации в сфере занятости / А.Н. Исаенко // США, Канада : экономика, политика, культура. – 2007. – № 7. – С. 110–122.

18. Профіль гідної праці в Україні. URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_154571.pdf. (дата звернення 28.03.2018).

19. Програма гідної праці МОП для України на 2016–2019 роки. URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_470684.pdf. (дата звернення 28.03.2018).

Надійшла до редколегії 08.02.18

И. Сахарук, канд. юрид. наук, ассист.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПРИНЦИП НЕДИСКРИМИНАЦИИ КАК СОСТАВЛЯЮЩАЯ КОНЦЕПЦИИ ДОСТОЙНОГО ТРУДА В УКРАИНЕ

Статья посвящена исследованию содержания и механизма реализации принципа недискриминации в сфере труда в контексте внедрения в Украине Концепции достойного труда. Проанализировано влияние принципа недискриминации на измерения Концепции достойного труда. Исследованы составляющие механизма реализации принципа недискриминации и приведены предложения по их совершенствованию на основе международных стандартов и зарубежного опыта. Определена взаимосвязь внедрения программ достойного труда в Украине с усовершенствованием антидискриминационного законодательства.

Ключевые слова: принцип недискриминации, дискриминация, достойный труд, положительные действия, превентивные меры, бремя доказывания, основополагающие принципы, мониторинг, неправительственные организации.

I. Sakharuk, Candidate of Law Science, Assistant
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION AS AN COMPONENT OF THE DECENT WORK IN UKRAINE

The article is dedicated to research the content and mechanism of implementation non-discrimination principle in employment relations in the context of decent work in Ukraine. Has been accomplished the analysis of the influence of non-discrimination principle on the dimensions of decent work. Have been established the main universal standards of non-discrimination of employment in general and in relation to particular social groups.

Keywords: non-discrimination principle, discrimination, decent work, positive actions, preventive measures, the burden of proof, fundamental principles, monitoring, non-governmental organizations.

УДК 346.54

К. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.

Чернігівський національний технологічний університет, Чернігів, Україна

КЛАСИФІКАЦІЯ ДОКУМЕНТІВ ДОЗВІЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ І ПРАВ ЗА НИМИ

Автором статті розроблено систему прав, які посвідчуються документами дозвільного характеру, шляхом їх класифікації за рядом критеріїв. Ці права згруповано за змістом суб'єктивного права, правовою природою, метою відповідної дозвільної процедури, терміном дії та іншими характеристиками. Запропоновано врегулювати відносини з видачі деяких видів документів дозвільного характеру як ліцензійні відносини.

Ключові слова: дозвіл; дозвільні відносини; документ дозвільного характеру; дозвільна процедура; ліцензійні відносини.

Вступ. Більше десяти років актуальним для України питанням залишається проведення регуляторної реформи. Вимоги законодавства про необхідність отримання підприємцями ліцензій і дозволів достатньо часто у практиці господарювання, у науковій економічній та юридичній літературі оцінюються як адміністративні бар'єри для реалізації господарської діяльності. Незважаючи на суттєві зміни у дозвільному законодавстві, які відбулись за період із 2006 р., Державна регуляторна служба України, Офіс BRDO в Україні визнають необхідність подальших змін дозвільної системи у сфері господарювання, у тому числі в напрямку наступного

скорочення дозвільних документів. Однак відповідні законодавчі ініціативи можуть стати ефективними у практиці управління економікою лише за умови попереднього наукового опрацювання та уважного вивчення наявної ситуації. Важливим для цього є теоретичне конструювання системи документів дозвільного характеру, а також визначення системи прав, які засвідчуються такими документами.

У науковій літературі не проводилася класифікація прав, які надаються документами дозвільного характеру. Учені-адміністративісти пропонують дуже широкий підхід до розуміння понять "дозвіл", "дозвільні відносини у

сфері господарювання", кваліфікуючи як дозволи та ліцензії таке: і власне дозволи, і реєстраційні дії, і різного роду сертифікати (автор робила огляд відповідної наукової літератури раніше [1, с. 18–19]). Указане трактування юридичних понять є достатньо суперечливим із наукового погляду і не узгоджується із законодавчим визначенням дозвільної системи у сфері господарювання.

Тому **метою** нашої роботи є формування цілісного уявлення про систему прав, які надаються за документами дозвільного характеру у сфері господарської діяльності. Документи дозвільного характеру і права за ними будуть віднесені до різних груп (за відповідними критеріями), що сприятиме визначенню подальших напрямів наукового дослідження теоретичних і практичних аспектів застосування законодавства, що визначає правовий режим окремих різновидів документів дозвільного характеру. Класифікація прав за документами дозвільного характеру і документів, що їх засвідчують, дозволить доволі чітко окреслити коло господарських операцій/видів господарської діяльності, які регулюються державою через дозвільні механізми, і визначити мету такого регулювання. Вона може стати необхідним матеріалом для прийняття рішень про законодавчі зміни у дозвільній системі у сфері господарювання.

Предметом нашого дослідження виступають відносини, пов'язані з набуттям прав на здійснення господарської діяльності (господарських операцій) на підставі документів дозвільного характеру. Об'єктом дослідження є права за документами дозвільного характеру (насамперед, за документами, закріпленими у Переліку документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності, затвердженому Законом України від 19 травня 2011 р.).

Огляд літератури. У попередніх публікаціях автор уже аналізувала пропонувані в адміністративно-правовій науковій літературі класифікації документів дозвільного характеру, саме розуміння поняття дозволу [1, с. 18–19]. У доповнення до вказаного аналізу відмітимо таке.

Розробляючи адміністративно-правове поняття дозвільних послуг, В.І. Сіверін класифікував дозвільні послуги за такими напрямками: спрямованістю загрози національним інтересам, безпеці осіб, суспільства та держави в усіх сферах життєдіяльності; рівнем установаження повноважень щодо надання дозвільних послуг та правового регулювання процедури їх надання; формою їх реалізації; предметом питань, за вирішенням яких звертаються особи до органів публічної адміністрації; платністю; суб'єктом публічної адміністрації; формою дозвільного документа, який видається; терміном дії документа дозвільного характеру, отриманого в ході дозвільної послуги; процедурою отримання дозвільної послуги [2, с. 13].

Окремо в науковій літературі систематизовано документи дозвільного характеру в екологічній сфері. Залежно від предмета державного регулювання, М.М. Романяк визначає ті види господарської діяльності, які являють собою загрозу навколишньому середовищу і тому вимагають застосування дозвільних механізмів державного регулювання. До таких видів, зокрема, належать: проведення знезараження від карантинних матеріалів та об'єктів, які переміщуються через державний кордон та карантинні зони; збирання, заготівля окремих видів відходів як вторинної сировини; операції в галузі поводження з небезпечними відходами; діяльність, пов'язана з промисловим виловом риби; пошук (розвідка) корисних копалин; діяльність у сфері використання ядерної енергії та ін. [3, с. 435].

Н.Р. Кобецька класифікувала природоресурсові документи дозвільного характеру щодо спеціального ви-

користання природних ресурсів за значенням та наслідками, формою зовнішнього виразу [4, с. 116–48]. І.Л. Радик класифікує екологічні дозволи (ліцензії) за видами екологічно значимої діяльності [4, с. 72–73]:

– природоресурсові ліцензії (спеціальні дозволи (дозволи, ліцензії) на використання й охорону земель, вод, лісів, надр, тваринного світу, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, атмосферного повітря);

– ліцензії з відтворення об'єктів природи (спеціальні дозволи, що видаються на проведення робіт із відтворення й відновлення лісів, нелісової рослинності, рибних ресурсів, диких тварин тощо);

– дозволи, що видаються на здійснення господарської діяльності, у результаті якої може бути заподіяно шкоду навколишньому природному середовищу (застосування засобів захисту рослин, мінеральних добрив, проведення наукових досліджень, радіаційна діяльність та ін.).

Як бачимо, пропонувані науковцями класифікації мають адміністративно-правовий "акцент" на управлінських і процедурних аспектах відносин, пов'язаних із видачею документів дозвільного характеру. У нашому дослідженні спробуємо застосувати господарсько-правові підходи до наукового аналізу.

Методологія дослідження. Базовими поняттями для наукового дослідження є поняття документа дозвільного характеру у сфері господарської діяльності і прав за цими документами (тобто прав на здійснення господарських операцій, господарської діяльності або інших прав, які засвідчуються документами дозвільного характеру). У науковій літературі дозвільний документ визначається, наприклад, як юридично оформлена дія суб'єкта виконавчої влади, що здійснюється в межах його компетенції, виражає державно-владне волевиявлення суб'єкта і має юридичні наслідки у вигляді можливості здійснювати певні види господарської діяльності [6, с. 9]. Наведене та інші наукові тлумачення поняття документа дозвільного характеру (наприклад: 4, с. 200) корелюються з легальним розумінням цього поняття і використовуються як один із правових інструментів у дослідженні. Автор групує документи і права за ними залежно від різних критеріїв, що мають значення як для процедури їх видачі, так і можливостей використання відповідних прав у господарській діяльності, правової природи та об'єкта цих прав.

У західній традиції об'єктом прав зазвичай називають ліцензії, патенти, дозволи, які їх засвідчують. Погоджуємось із позицією А.В. Гусь, яка свідчить, що такі документи є лише формою вираження відповідних прав [7, с. 139]. Однак для зручності викладу результатів нашого дослідження у статті буде наводитись класифікація як прав за документами дозвільного характеру, так і документів, які оформлюють (засвідчують) ці права.

Основні результати. За положеннями Закону України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" (абз. 4 ст. 1), права за документами дозвільного характеру надаються для здійснення окремих дій зі здійснення господарської діяльності або окремих господарських операцій. Однак уважне ознайомлення зі змістом Переліку документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності, затвердженого Законом України від 19 травня 2011 р. (далі – Переліку), і деякими іншими законами свідчить про дещо іншу правову реальність. Класифікувати відповідні права та документи дозвільного характеру у сфері господарської діяльності можна залежно від різних підстав.

1. **За змістом суб'єктивного права**, яке надає (реалізацію якого погоджує) дозвільний орган згідно з відповідним документом дозвільного характеру:

а) документи, що підтверджують можливість реалізації **права на здійснення окремих видів господарської**

діяльності (висновок з оцінки впливу на довкілля, дозвіл на виготовлення документів страхового фонду тощо).

Правовий режим висновку з оцінки впливу на довкілля, визначений Законом "Про оцінку впливу на довкілля", є достатньо неординарним порівняно з іншими дозвільними документами. Отримання висновку є одним з елементів юридичного складу, з яким пов'язується виникнення права на здійснення як деяких видів господарської діяльності (нафтохімічне, металургійне виробництво тощо), так і господарських операцій (будівництво аеродромів, гірськолижних трас тощо). Наприклад, будівництво аеродромів потребує отримання дозволу на будівництво і висновку з оцінки впливу на довкілля. Для здійснення металургійного, хімічного виробництва потрібно отримувати як дозволу на початок початок виконання робіт підвищеної небезпеки (початок експлуатації (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки), так і висновок про оцінку впливу на довкілля;

б) документи, що посвідчують **права на здійснення різного роду робіт** (будівельних, днопоглиблювальних робіт, прокладання кабелів, трубопроводів та інших комунікацій на землях водного фонду; робіт підвищеної небезпеки, меліоративних, будівельних, шляхових, земельних та інших робіт на пам'ятках культурної спадщини, їхніх територіях, зонах охорони, на охоронюваних археологічних територіях, в історичних ареалах населених пунктів; дозвіл на проведення будь-яких діагностичних, експериментальних, випробувальних, вимірювальних робіт на підприємствах, в установах, організаціях, діяльність яких пов'язана з використанням біологічних агентів, хімічної сировини, продукції та речовин із джерелами іонізуючого та неіонізуючого випромінювання і радіоактивних речовин (п. 32, 16, 57, 58, 53 Переліку));

в) ті документи, що посвідчують **можливість здійснювати види робіт, результатам яких надається юридичне значення**. Ідеться про рішення щодо призначення органу з оцінки відповідності на здійснення оцінки відповідності вимогам відповідного технічного регламенту; рішення про призначення визнаної незалежної організації на здійснення оцінки відповідності технології виконання нерознімних з'єднань, персоналу, який виконує нерознімні з'єднання, та/або персоналу, який проводить неруйнівний контроль, згідно з технічним регламентом щодо обладнання, що працює під тиском; свідоцтво про уповноваження на проведення повірки засобів вимірювальної техніки, що перебувають в експлуатації та застосовуються у сфері законодавчо регульованої метрології (п. 120–120-2). Суб'єкти господарювання, які отримали право здійснювати роботи згідно із цими дозвільними документами, у процесі їх виконання встановлюють юридичні факти, що засвідчуються юридичним документом – документом про відповідність або документом про повірку засобу вимірювальної техніки.

Специфіка цієї групи прав полягає в тому, що вони передбачають можливість суб'єктів господарювання проводити роботи як вид їх господарської діяльності (найчастіше вона здійснюється за кодом КВЕД 71.20 "Технічні випробування та дослідження"), але за результатами виконання цих робіт суб'єкт господарювання здатний реалізувати владні повноваження у сфері господарювання – засвідчувати факти, що мають юридичне значення (відповідність продукції вимогам технічних регламентів або стандартів, відповідність засобів вимірювальної техніки встановленим вимогам);

г) документи, що посвідчують **права на здійснення деяких господарських операцій** (розміщення зовнішньої реклами, переміщення окремих груп товарів через митний кордон України, експлуатацію (застосування)

машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки, транскордонні перевезення небезпечних відходів, дорожні перевезення небезпечних вантажів певними маршрутами руху транспортних засобів, переробка неїстівних продуктів тваринного походження, виробництво, змішування та приготування кормових добавок, премісів і кормів (п. 63, 1, 20, 75, 97, 81)).

Окрему групу дозволів у межах цієї підгрупи становлять дозволи на **експлуатацію деяких видів обладнання, виробничих потужностей**. Наприклад, експлуатаційний дозвіл видається операторам ринку, що провадять діяльність, пов'язану з виробництвом та/або зберіганням харчових продуктів тваринного походження. Хоч за визначенням експлуатаційного дозволу (п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону "Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів") він посвідчує право оператора ринку здійснювати визначену Законом діяльність із виробництва та/або зберігання харчових продуктів тваринного походження, фактично він засвідчує наявність права експлуатації потужностей, які використовуються в такій діяльності (із деталізацією на рівні виробничої лінії та/або харчових продуктів залежно від виду діяльності оператора ринку) (ст. 23 вказаного Закону). Аналогічно, експлуатаційний дозвіл Державного департаменту ветеринарної медицини з державною інспекцією ветеринарної медицини посвідчує право на експлуатацію протягом року потужностей (об'єктів): з переробки неїстівних продуктів тваринного походження; з виробництва, змішування та приготування кормових добавок, премісів і кормів (ст. 53 Закону "Про ветеринарну медицину"). Перелік машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки, експлуатація яких потребує отримання дозволу, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 р. № 1107;

г) документи, що посвідчують **право на використання в господарській діяльності природних і деяких інших ресурсів** (радіочастотного і номерного ресурсів, права на спеціальне використання природних ресурсів, об'єктів тваринного світу, на спеціальне водокористування тощо (п. 13, 39, 34, 36, 38, 68, 70 Переліку));

д) документи, що посвідчують **права на здійснення негосподарських операцій** (наприклад, свідоцтво на право вивезення (тимчасового вивезення) культурних цінностей (якщо цінності вивозяться з України з науковою або іншою метою, не пов'язаною зі здійсненням господарської діяльності); дозвіл на акліматизацію нових для фауни України видів диких тварин, а також на здійснення заходів щодо схрещування диких тварин; дозвіл на ввезення на митну територію України незареєстрованих пестицидів і агрохімікатів, що використовуються для державних випробувань та наукових досліджень; дозвіл на проведення наукових експериментів над тваринами (п. 116, 52, 25, 55)).

Деякі документи дозвільного характеру можуть надаватись для здійснення як господарських, так і негосподарських операцій. Наприклад, висновок щодо електромагнітної сумісності може надаватись і суб'єктам господарювання, які використовують радіочастоти, і радіоаматорам (ст. 41 Закону "Про радіочастотний ресурс"). Дозвіл на право ведення робіт, пов'язаних із діяльністю щодо охорони й вивчення археологічної спадщини, видається, як правило, науковим працівникам, але дозвіл на проведення інших земляних робіт може надаватись іншим зацікавленим особам (постанова КМУ від 13 березня 2002 р. № 316). Дозвіл на право займатися розведенням тварин, занесених до Червоної книги України, може надаватись як підприємствам, так і громадянам (ст. 31 Закону "Про тваринний світ").

Сертифікат про прийняття в експлуатацію об'єктів містобудування IV і V категорій складності (п. 121 Переліку) посвідчує право експлуатувати як об'єкти господарського призначення, так і житлові будинки, об'єкти культурної спадщини. (За чинною редакцією Закону "Про регулювання містобудівної діяльності" (ч. 2 ст. 39) ідеться про видачу сертифікатів стосовно об'єктів із середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками). Крім того, сертифікат є підставою для укладення договорів про постачання на прийнятий в експлуатацію об'єкт необхідних для його функціонування ресурсів, включення даних про такий об'єкт до державної статистичної звітності та оформлення права власності на нього (ч. 8, 9 ст. 39 Закону "Про регулювання містобудівної діяльності"). Цей документ посвідчує, що об'єкт відповідає проектній документації на будівництво та вимогам будівельних норм, державних стандартів і правил і підтверджує право його експлуатації.

Варто акцентувати таку обставину. Переліком документів дозвільного характеру у числі таких документів передбачається один із двох видів документів, які засвідчують прийняття об'єкта в експлуатацію, – сертифікат про прийняття в експлуатацію об'єкта, але не декларація про готовність об'єкта до експлуатації. Водночас Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затверджений постановою КМУ від 13 квітня 2011 р. № 461 (п. 15), передбачає видачу декларації про готовність за правилами Закону України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності". Реєстрацію декларації про готовність об'єкта до експлуатації можна розцінювати як адміністративну послугу і забезпечувати проведення відповідної процедури за правилами Законів "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності", "Про адміністративні послуги". Відповідна декларація посвідчує право експлуатувати об'єкти, які за класами наслідків (відповідальності) будівель і споруд належать до об'єктів із незначними наслідками (ч. 5 ст. 32 Закону "Про регулювання містобудівної діяльності"). Видача сертифіката і реєстрація декларації мають аналогічні наслідки, причому Законом "Про регулювання містобудівної діяльності" (ч. 2 ст. 39-1) передбачається можливість скасування реєстрації декларації про готовність об'єкта до експлуатації, що неможливо відносно сертифіката про прийняття об'єкта в експлуатацію. У такій ситуації достатньо логічним буде доповнити Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності таким документом, як зареєстрована декларація про готовність об'єкта до експлуатації.

Як уже зазначалось, деякі документи дозвільного характеру засвідчують права на здійснення господарської діяльності. Здійснення окремих видів господарської діяльності ліцензується за українським законодавством; ліцензійні й дозвільні відносини у сфері господарювання є відмінними за об'єктом, особливостями правового регулювання. Проаналізуємо, чи не варто відносини з видачі й анулювання деяких дозвільних документів урегулювати як ліцензійні відносини.

Дозвіл на виготовлення документів страхового фонду надається спеціальним установам страхового фонду документації України терміном на 5 років (п. 14 Переліку, ч. 2 ст. 9 Закону "Про страховий фонд документації України"). Такі установи мають відповідати визначеним законом кваліфікаційним, матеріально-технічним вимогам; їх діяльність контролюється уповноваженими органами; відповідний дозвіл може бути анульовано (Положення про порядок надання дозволу на виготовлення документів страхового фонду, затвержене наказом МНС України від 7 листопада 2002 р. № 293). Фактично,

дозвіл на виготовлення документів страхового фонду видається на право здійснювати господарську діяльність. Вимоги до установ страхового фонду документації за змістом схожі з ліцензійними умовами. Тому варто на відповідний дозвіл поширити правовий режим ліцензії.

Аналогічний характер мають права за свідоцтвом про уповноваження на проведення повірки засобів виміральної техніки, що перебувають в експлуатації та застосовуються у сфері законодавчо регульованої метрології, рішення про призначення органів у сфері оцінки відповідності, сертифікати суб'єктів оціночної діяльності (п. 120–120-2, 124 Переліку). Відповідно до ст. 18 Закону "Про метрологію та метрологічну діяльність" для проведення повірки наукові метрологічні центри, метрологічні центри та повірочні лабораторії документально підтверджують додержання встановлених критеріїв. Термін дії свідоцтва про уповноваження становить п'ять років. Урегульований Законом "Про технічні регламенти та оцінку відповідності" порядок призначення органів з оцінки відповідності (ст. 26, 32, 35) є аналогічним ліцензійним процедурам; рішення про призначення мають необмежений термін.

Сертифікат суб'єкта оціночної діяльності засвідчує право суб'єкта оціночної діяльності на практичну діяльність з оцінки майна за напрямками оцінки майна, що в ньому зазначені (ч. 1 ст. 18 Закону "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні"). Відносини між суб'єктами оціночної діяльності й дозвільним органом із приводу видачі сертифіката, його анулювання, контролю за діяльністю суб'єкта оціночної діяльності відповідають ліцензійним відносинам за об'єктом і змістом (ст. 18–20 названого Закону, Положення про видачу сертифікатів суб'єктів оціночної діяльності, затвержене наказом ФДМУ від 14 березня 2002 р. № 479).

Так само некоректним є поширення правового режиму дозвільного документа на спеціальний дозвіл на займання народною медициною (цілительством), оскільки фізичні особи – підприємці, отримавши цей дозвіл, займаються цілительством як господарською діяльністю. Основами законодавства про охорону здоров'я (ст. 74-1) передбачається встановлення кваліфікаційних вимог до таких фізичних осіб – підприємців, затвердження умов займання народною медициною (цілительством).

2. *Залежно від предмета*, щодо якого надаються права, можна виокремити документи, що посвідчують права використання (здійснення відносно них деяких (не)господарських операцій, впливу на них) таких об'єктів:

земельних ділянок, їх ґрунтового покриву і надр (дозвіл на днопоглиблювальні та інші роботи на землях водного фонду; рішення про виділення лісових ділянок для довготермінового тимчасового користування лісами; спеціальний дозвіл на користування нафтогазовими надрами та ін. (п. 16, 113, 114, 130 Переліку));

інших природних ресурсів (дозвіл на ввезення і вивезення об'єктів рослинного світу, дозвіл на переселення тварин у нові місця перебування, акліматизацію нових для фауни України видів диких тварин, дозвіл на спеціальне використання природних рослинних ресурсів, спеціальне використання об'єктів тваринного світу, спеціальне водокористування, спеціальне використання водних біоресурсів у рибогосподарських водних об'єктах (їх частинах), форма реєстрації уловів (реекспорту) антарктичного та патагонського іклачів тощо (п. 20, 52, 68, 38, 70, 132, 138, 140 Переліку));

рухомого майна, у тому числі машин, механізмів, устаткування (ветеринарні документи, карантинний сертифікат, дозвіл на початок експлуатації (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки, дозвіл на ввезення з-за кордону радіоелектрон-

них засобів та випромінювальних пристроїв спеціально-го призначення, фітосанітарний сертифікат, дозвіл на ввезення видавничої продукції, що має походження або виготовлена та/або ввозиться з території держави-агресора, тимчасово окупованої території України тощо (п. 1, 2, 83, 48, 24, 25, 134, 154 Переліку));

радіочастотного та номерного ресурсів (п. 13, 39, 34 Переліку);

громадського простору, атмосферного повітря і доріг (дозвіл на порушення об'єктів благоустрою, на розміщення зовнішньої реклами, на участь у дорожньому русі транспортних засобів, вагові або габаритні параметри яких перевищують нормативні; погодження маршрутів руху транспортних засобів під час дорожнього перевезення небезпечних вантажів; дозвіл на провадження діяльності, спрямованої на штучні зміни стану атмосфери та атмосферних явищ у господарських цілях (п. 144, 63, 76, 97 Переліку));

відходів (дозвіл на здійснення операцій у сфері поводження з відходами, письмова згода (повідомлення) на транскордонне перевезення небезпечних відходів (п. 40, 75 Переліку));

пам'яток культурної й археологічної спадщини, культурних цінностей (дозвіл на проведення робіт на пам'ятках місцевого значення, їх територіях та в зонах охорони, реєстрація дозволів на ведення археологічних розвідок, розкопок; дозвіл на право ведення робіт, пов'язаних із діяльністю щодо охорони і вивчення археологічної спадщини; погодження відчуження або передачі пам'яток національного (місцевого) значення їхніми власниками чи уповноваженими ними органами іншим особам у володіння, користування або управління; погодження програм та проектів містобудівних, архітектурних і ландшафтних перетворень, будівельних, меліоративних, інших робіт, реалізація яких може позначитися на стані пам'яток місцевого значення, їх територій і зон охорони; свідоцтво на право вивезення (тимчасового вивезення) культурних цінностей (п. 46, 47, 50, 57, 58, 63, 92, 93, 106, 116 Переліку)).

У відносинах, пов'язаних із реалізацією прав за деякими дозволами, предметом можна вважати *декілька об'єктів одночасно*. Наприклад, правове регулювання транскордонного перевезення небезпечних відходів предметом регулювання має небезпечні відходи, однак дозвіл на здійснення таких перевезень надається не стільки стосовно відходів, скільки у зв'язку з потребою забезпечення громадян і навколишнього середовища від негативного впливу на довкілля небезпечних відходів (тобто непрямим предметом регулювання виступає навколишнє природне середовище). Погодження програм і проектів містобудівних, архітектурних і ландшафтних перетворень, реалізація яких може позначитися на стані пам'яток місцевого значення (п. 106 Переліку), здійснюється напряму відносно перелічених програм і проектів, однак очевидно, що непрямий вплив при цьому реалізується щодо пам'яток місцевого значення, їх територій і зон охорони. Аналогічний характер предмета у погоджень проектів щодо будівництва, реконструкції і ремонту автомобільних доріг, залізничних переїздів, комплексів дорожнього сервісу та інших споруд у межах смуги відведення автомобільних доріг або червоних ліній міських вулиць і доріг (п. 108 Переліку).

3. Залежно від форми власності об'єктів, право на використання яких посвідчується, документи дозвільного характеру можна класифікувати так:

а) ті, що посвідчують право на здійснення певних робіт, інших господарських та негосподарських операцій відносно належного заявнику на праві власності об'єкта: дозвіл на ввезення продукції, отриманої з вико-

ристанням ГМО, для науково-дослідних цілей; підтвердження на ввезення в Україну та вивезення з України насіння і садивного матеріалу, не внесеного до Реєстру сортів рослин України та/або до Реєстру сортів рослин ОЕСР для селекційних, дослідних робіт і експонування; дозвіл на будівельні роботи; експлуатаційний дозвіл тощо (п. 148, 127, 32, 80, 81 Переліку);

б) ті, що посвідчують право використання (експлуатації, здійснення впливу) об'єктів публічних форм власності, права власності Українського народу: спеціальні дозволи на користування надрами у межах конкретних ділянок, дозвіл на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами тощо (п. 133, 30 та інші позиції Переліку).

4. Залежно від мети (призначення) дозвільної процедури можливий поділ дозвільних документів на групи, видача яких пов'язана з необхідністю:

а) забезпечення захисту прав споживачів (ветеринарні й фітосанітарні документи, висновки державної санітарно-епідеміологічної експертизи);

б) забезпечення повноцінного життєвого середовища для громадян, сталого розвитку населених пунктів України (будівельні дозволи, дозволи на порушення об'єктів благоустрою, дозволи на розміщення зовнішньої реклами, сертифікат про прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що належать до IV і V категорій складності). Відповідне державне регулювання переслідує й мету щодо безпеки майбутніх мешканців житлових будинків та осіб, які перебувають поблизу або безпосередньо в будівлях і спорудах, учасників дорожнього руху;

в) піклування про здоров'я й життя громадян (дозвіл на проведення будь-яких діагностичних, експериментальних, випробувальних, вимірвальних робіт на підприємствах, в установах, організаціях, діяльність яких пов'язана з використанням біологічних агентів, хімічної сировини, продукції та речовин із джерелами іонізуючого та неіонізуючого випромінювання і радіоактивних речовин; дозволи у сфері обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (п. 53, 49 Переліку));

г) охорони навколишнього природного середовища (дозвіл на здійснення операцій у сфері поводження з відходами, із ГМО, висновок з оцінки впливу на довкілля; дозволи, передбачені Законами України "Про пестициди і агрохімікати", "Про охорону атмосферного повітря", "Про насіння і садивний матеріал", у тому числі охорони тваринного і рослинного світу (дозволи, які стосуються експлуатації або переміщення об'єктів дикої фауни і флори, об'єктів, включених до Червоної книги, та ін.);

ґ) забезпечення раціональної експлуатації надр і природних ресурсів (дозволи у сфері використання лісових ресурсів, надр, спеціального використання об'єктів рослинного і тваринного світу). Умовою видачі дозволів у сфері користування надрами є також гарантування безпеки людей, майна та навколишнього природного середовища у процесі відповідної діяльності;

д) збереження культурної й археологічної спадщини, культурних цінностей (п. 46, 47, 50, 57, 58, 63, 92, 93, 106, 116 Переліку);

е) забезпечення безпеки учасників дорожнього руху, збереження автомобільних доріг, вулиць та залізничних переїздів (дозвіл на участь у дорожньому русі транспортних засобів, вагові або габаритні параметри яких перевищують нормативні; дозвіл на розміщення, будівництво та виконання інших робіт у межах смуги відведення автомобільних доріг);

є) забезпечення безпеки осіб, які експлуатують обладнання, механізми підвищеної небезпеки, та інших громадян і навколишнього природного середовища у

процесі експлуатації такого обладнання (дозволи на початок виконання робіт підвищеної небезпеки та початок експлуатації (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки, висновок з оцінки впливу на довкілля, експлуатаційні дозволи);

ж) забезпечення економічних інтересів і підтримки вітчизняних суб'єктів господарювання, позитивного впливу на експортно-імпорتنний баланс на окремих товарних ринках (дозвіл на поміщення товарів у митний режим переробки товарів на митній території України (за її межами); ліцензія на зовнішньоекономічні операції, що здійснюються за правилами неавтоматичного ліцензування; дозвіл на імпорт в Україну товарів, щодо яких застосовуються заходи нагляду або регіонального нагляду (гл. 23, 24 Митного кодексу України, ст. 16 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність", п. 42 Переліку));

з) охорони національних інтересів України (дозволи у сфері державного експортного контролю, що видаються згідно із Законом України "Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання"; дозвіл на ввезення видавничої продукції, що має походження або виготовлена та/або ввозиться з території держави-агресора, тимчасово окупованої території України).

Наведена класифікація частково є умовною, оскільки обов'язок отримувати деякі дозвільні документи встановлено для досягнення одночасно кількох цілей. Наприклад, фітосанітарні сертифікати, згідно із Законом України "Про карантин рослин", видаються для засвідчення фітосанітарного стану рослин, продуктів рослинного походження, місць їх зберігання й упаковки, засобів перевезення, контейнерів, ґрунту тощо. Наявність виданих сертифікатів у конкретних випадках може свідчити про відсутність загроз для споживачів рослинної продукції або для навколишнього природного середовища. Багатоцільовий характер мають висновки державної санітарно-епідеміологічної експертизи, які засвідчують безпечність експлуатації різного роду об'єктів як для людини, так і навколишнього природного середовища; видача їх спрямована також на захист прав споживачів.

5. *Залежно від правової природи* можна виокремити права за дозвільними документами:

а) які виступають привілеями для відповідних суб'єктів господарювання: права на переміщення через митний кордон України товарів у межах експортних або імпорتنних квот (у тому числі ліцензії на експортно-імпорتنні операції з цукром-сирцем), дозвіл на розміщення зовнішньої реклами;

б) які є одним із суб'єктивних прав суб'єкта господарювання, проте не мають характеру привілею (наприклад, права, які засвідчуються ветеринарними і фітосанітарними сертифікатами);

в) майнові права: права на користування земельними ділянками, природними ресурсами (п. 70, 132, 133, 138, 139 Переліку). Такі права можуть бути поставлені на бухгалтерський облік як нематеріальні активи (абз. 2, 3 п. 5 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 8 "Нематеріальні активи", затвердженого наказом Міністерства України від 18 жовтня 1999 р. № 242).

6. *Можлива класифікація прав залежно від галузей господарювання*, в яких вони можуть бути реалізовані.

Більшість прав можуть здобувати суб'єкти господарювання, які здійснюють господарську діяльність у різних галузях господарювання (наприклад, дозвіл на порушення об'єктів благоустрою, на виконання будівельних робіт, висновок з оцінки впливу на довкілля, висновки санітарно-епідеміологічної експертизи). Однак деякі дозвільні документи видаються на здійснення господарських операцій, що реалізуються суб'єктами госпо-

дарювання обмеженого кола галузей економіки. Наприклад, такими є права підприємців на ввезення і вивезення культурних цінностей. Права на здійснення господарських операцій за Законом "Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів" отримуються підприємцями, які ведуть рибне господарство. Права на розміщення зовнішньої реклами у практиці господарювання часто отримують рекламні агентства, права на використання номерного ресурсу – підприємства у сфері телекомунікацій, права на використання радіочастотного ресурсу – телерадіоорганізації та підприємства телекомунікацій, права на експлуатацію (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки – переважно станції технічного обслуговування, окремі підприємства хімічної, газової, лісозаготівельної та деяких інших галузей промисловості, дозволи на спеціальне використання надр – підприємства видобувного сектора економіки.

7. *За характеристикою оборотоздатності* виокремлюються права, що володіють потенційною оборотоздатністю, і ті, що об'єктивно не здатні до обороту.

Потенційно оборотоздатними, на нашу думку, є права у сфері водокористування, користування тваринними і рослинними ресурсами, спеціального використання водних біоресурсів, на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря, спеціального користування надрами, спеціального використання лісових ресурсів, дозвіл на розміщення зовнішньої реклами. Такі права надаються стосовно використання природних ресурсів публічної форми власності, для їх експлуатації не потрібний і більше того – у ряді випадків просто недопустимий за законодавством перехід права власності на об'єкти, відносно яких надаються права на експлуатацію. Однак право використання природних ресурсів є цікавим для різних суб'єктів господарювання, у зв'язку з чим законодавством передбачаються конкурсні умови на набуття деяких із цих прав. В описаних умовах право користування відповідними ресурсами є достатньою мірою відділеним від об'єкта, стосовно якого воно реалізується. Після належного опрацювання законодавство може надати характеристик оборотоздатності відповідним правам (детальніше у [8]).

Більшість прав за документами дозвільного характеру не можуть здобути характеристик оборотоздатності в силу об'єктивних обставин. Так, права, які отримуються власниками стосовно належних їм об'єктів, невіддільні від таких об'єктів, їх передача без одночасної передачі у власність об'єкта не має будь-якого економічного сенсу.

8. *Залежно від наявності/ відсутності засад змагальності* при наданні права можна виділити права, що надаються за результатами конкурсних процедур, і ті права, якими суб'єкти господарювання наділяються за результатами дозвільних процедур, які не передбачають проведення конкурсів.

Абсолютна більшість прав належить до другої групи. Права на користування надрами, на користування нафтогазоносними надрами надаються за результатами аукціонів, права спеціального використання водних біоресурсів у рибогосподарських водних об'єктах можуть здобуватись за результатами аукціонів на право укладення відповідних договорів (ст. 16 Кодексу України про надра, ст. 14 Закону "Про нафту і газ", ст. 30 Закону "Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів").

9. Права за документами дозвільного характеру отримуються у *процедурах, які різняться за складністю*.

Отримання лише окремих прав не потребує проходження складної дозвільної процедури. У більшості випадків необхідним є або проведення експертизи, або

наступне оформлення договору із приводу порядку реалізації отриманого права, або здійснення інших юридично значимих дій. Наприклад, реалізація права на користування надрами потребує проходження конкурсної процедури, укладення між дозвільним органом і надкористувачем угоди, в якій визначаються особливі умови надкористування (ст. 16 Кодексу України про надра, п. 10 Порядку проведення аукціонів із продажу спеціальних дозволів на користування надрами, затвердженого постановою КМУ від 30 травня 2011 р. № 594). Дозволи у сфері охорони праці, вивезення культурних цінностей видаються за результатами експертизи. Для тимчасового вивезення культурних цінностей вимагається також страхування культурних цінностей, укладення угоди з приймаючою стороною (ч. 3 ст. 21 Закону "Про охорону праці", ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 24 Закону "Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей"). Висновок з оцінки впливу на довкілля надається з урахуванням результатів громадських обговорень (ст. 7 Закону "Про оцінку впливу на довкілля").

10. Зважаючи на кількість органів державної влади/місцевого самоврядування, залучених у дозвільні процедури, можна виділити:

- документи дозвільного характеру, які видаються дозвільними органами без залучення інших суб'єктів і використання експертних висновків (дозвіл на виконання будівельних робіт, висновок з електромагнітної сумісності тощо);

- документи, які видаються із залученням інших уповноважених органів влади (їх посадових осіб), експертів. Наприклад, дозвіл на ввезення видавничої продукції, що має походження або виготовлена та/або ввозиться з території держави-агресора, тимчасово окупованої території України, видається з урахуванням висновку експертної ради центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику в інформаційній сфері (ст. 28-1 Закону "Про видавничу справу"). Будівництво споруд, об'єктів дорожнього сервісу, автозаправних станцій, виконання інших робіт у межах смуги відведення автомобільних доріг здійснюються за дозволом органів управління автомобільними дорогами і за погодженням з підрозділами Національної поліції (ч. 1 ст. 37 Закону "Про автомобільні дороги"). Дозвіл на розміщення зовнішньої реклами у ряді випадків потребує погоджень від уповноважених органів державної влади (ст. 16 Закону "Про рекламу"). Дозволи у сфері охорони праці надаються з урахуванням висновків експертизи у цій сфері (ст. 21 Закону "Про охорону праці"). Дозвіл на провадження діяльності, пов'язаної зі штучними змінами стану атмосфери та атмосферних явищ у господарських цілях, видається Мінприроди за наявності позитивного висновку МОЗ, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, обласної, Київської та Севастопольської міських держадміністрацій та органів місцевого самоврядування (п. 2 постанови Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 301).

Документи дозвільного характеру видаються як органами державної влади, так і органами місцевого самоврядування. Переважна більшість документів видається державними органами (наприклад, експлуатаційні дозволи, ветеринарні документи). Органи місцевого самоврядування видають дозволи в межах їх конституційної компетенції із вирішення справ місцевого значення (наприклад, дозвіл на порушення об'єктів благоустрою, дозвіл на будівельні роботи, дозвіл на розміщення зовнішньої реклами).

11. Можливою є класифікація прав за *терміном дії*.

Достатня кількість прав може реалізовуватись протягом визначеного в документі дозвільного характеру періоду часу, зі спливом якого вони припиняються. Ідеться насамперед про ті права за дозвільними документами, які надаються особі відносно не належних їй об'єктів (наприклад, права на розміщення зовнішньої реклами, права на користування надрами). Обмеженими у терміні дії є й деякі інші права (наприклад, права на виконання робіт підвищеної небезпеки, права за експлуатаційними дозволами). Окремі права за дозвільними документами не обмежені в часі реалізації (наприклад, права на виконання будівельних робіт, отримане погодження щодо відчуження пам'яток культурної спадщини). У деяких випадках відповідні права реалізуються протягом короткого періоду часу (наприклад, права щодо господарських операцій за карантинними сертифікатами) або протягом невизначеного терміну (наприклад, право на вивезення культурних цінностей з території України, на перевезення вантажів великоваговим транспортом).

12. Залежно від місця здійснення господарської діяльності (господарської операції), право на яку засвідчується дозволом, можна визначити дозволи:

- права за якими реалізуються у процесі здійснення господарської діяльності в Україні (дозвіл на спеціальне використання природних ресурсів у межах території природно-заповідного фонду, експлуатаційний дозвіл тощо);

- які видаються у сфері зовнішньоекономічної діяльності та у зв'язку з переміщенням товарів через митний кордон України. Ця група дозволів є доволі чисельною. Це:

- дозволи відносно поміщення товарів у певний митний режим та здійснення окремих господарських операцій із такими об'єктами: дозвіл на поміщення товарів у митний режим переробки на митній території, дозвіл на будівництво у вільній митній зоні, дозволи на відкриття магазину безмитної торгівлі та інші види господарської діяльності, передбачені ст. 404 МК;

- ліцензії на здійснення експортно-імпорتنих операцій (ст. 16 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність");

- дозволи на ввезення/вивезення окремих груп товарів, надходження яких на митну територію, за відсутності відповідного державного контролю, може завдати шкоди життю, здоров'ю громадян, навколишньому природному середовищу, інтересам державної безпеки: деякі ветеринарні документи; карантинні й фітосанітарні документи; дозволи на ввезення на митну територію України незареєстрованих пестицидів і агрохімікатів, видавничої продукції, що має походження або виготовлена та/або ввозиться з території держави-агресора, тимчасово окупованої території України; дозволи у сфері державного експортного контролю; дозвіл на імпорт в Україну товарів, щодо яких застосовуються заходи нагляду або регіонального нагляду, тощо.

Відмітимо, що ряд документів дозвільного характеру не лише засвідчують господарські права, а й підтверджують певні технічні можливості відповідних об'єктів. Наприклад, висновок про електромагнітну сумісність і дозвіл на експлуатацію радіоелектронних засобів та/або випромінювальних пристроїв підтверджують, насамперед, технічну можливість користування пристроями, а також юридичне право це здійснювати. Аналогічне можна стверджувати відносно експлуатаційних дозволів, висновків державної санітарно-епідеміологічної експертизи, дозволів на експлуатацію обладнання підвищеної небезпеки. Ці документи посвідчують

певні юридичні права, але можливість реалізації цих прав напряму залежить від технічних характеристик відповідного предмета, його безпечності.

Висновки. Отже, для здійснення доволі великої кількості робіт та інших господарських і негосподарських операцій, а також деяких видів господарської діяльності обов'язковою умовою є отримання (погодження можливості реалізації) відповідного права у межах дозвільної процедури. Відповідні господарські права різняться за своєю правовою природою, мають різні терміни дії й реалізуються в різних галузях економіки, однак їх об'єднує дозвільний порядок посвідчення (надання). Він є необхідним для забезпечення захисту прав споживачів і повноцінного життєвого середовища для громадян, забезпечення безпеки їх здоров'я й життя, охорони навколишнього природного середовища і раціонального природокористування, збереження культурної й археологічної спадщини, культурних цінностей, забезпечення економічних інтересів вітчизняних суб'єктів господарюванню, позитивного впливу на експортно-імпорتنний баланс на окремих товарних ринках, для захисту національних інтересів України. Дозвільні процедури у своїй більшості є достатньо складними, передбачають залучення кількох уповноважених органів влади до прийняття рішення, проведення експертиз, укладення договорів із приводу користування відповідним правом, в окремих випадках включають конкурентні змагання між зацікавленими суб'єктами.

У процесі аналізу правової природи дозволів, включених до Переліку документів дозвільного характеру у сфері господарювання, зроблено висновок про доцільність урегулювання відносин із видачі окремих дозвільних документів як ліцензійних відносин. Ідеться про дозвіл на виготовлення документів страхового фонду, свідоцтво про уповноваження на проведення повірки засобів виміральної техніки, що перебувають в експлуатації та застосовуються у сфері законодавчо регульованої метрології, рішення про призначення ор-

ганів у сфері оцінки відповідності, сертифікат суб'єкта оціночної діяльності, спеціальний дозвіл на займання народною медициною (цілительством) (п. 14, 120–120-2, 124, 128 Переліку). Також доцільно доповнити Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності таким документом, як зареєстрована декларація про готовність об'єкта до експлуатації (за своїм призначенням і правовим режимом його можна кваліфікувати як документ дозвільного характеру).

Великі групи документів дозвільного характеру створюють ті документи, що засвідчують господарські права у природокористуванні, у фінансовій сфері та сфері інвестиційної діяльності. Дослідження правової природи прав, які надаються відповідними дозвільними документами, та їх класифікація потребує серйозної наукової роботи, яку доцільно провести в подальшому.

Список використаних джерел:

1. Апанасенко К.І. Дозвільні правовідносини у сфері господарської діяльності та інші правовідносини дозвільного характеру / К.І. Апанасенко // Економіка та право. Серія: Право. – 2017. – № 3 (48). – С. 16–26.
2. Сіверін В.І. Адміністративно-правові засади надання дозвільних послуг суб'єктами публічної адміністрації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / В.І. Сіверін. – Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 19 с.
3. Романяк М.М. До питання про визначення предмета дозвільної діяльності в екологічній сфері / М.М. Романяк // Форум права. – 2008. – № 3. – С. 433–436.
4. Кобецька Н.Р. Дозвільне та договірне регулювання використання природних ресурсів в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.06 / Н.Р. Кобецька; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2016. – 423 с.
5. Радик І.Л. Види еколого-правового ліцензування / І.Л. Радик // Проблеми законності. – 2000. – Вип. 43. – С. 71–75.
6. Реймерс Н.Ф. Природопользование: Словарь-справочник / Н.Ф. Реймерс. – М.: Мысль, 1990. – 637 с.
7. Гусь А.В. Нематеріальні активи: господарсько-правовий аспект: монографія / А.В. Гусь. – Ужгород: ПП "АУТДОР-ШАРК", 2015. – 248 с.
8. Апанасенко К.І. Обороздатність прав за документами дозвільного характеру: постановка проблеми / К.І. Апанасенко // Вісник Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. – Вип. 1 (102). – 2016.

Надійшла до редколегії 08.02.18

Е. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.

Черниговский национальный технологический университет, Чернигов, Украина

КЛАССИФИКАЦИЯ ДОКУМЕНТОВ РАЗРЕШИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА И ПРАВ, КОТОРЫЕ ИМИ УДОСТОВЕРЯЮТСЯ

Автором статьи разработана система прав, которые удостоверяются документами разрешительного характера, путем их классификации по ряду критериев. Эти права сгруппированы по содержанию субъективного права, правовой природе, цели разрешительной процедуры, сроку действия и другим характеристикам. Предложено урегулировать отношения по поводу выдачи некоторых видов документов разрешительного характера как лицензионные отношения.

Ключевые слова: разрешение; разрешительные отношения; документ разрешительного характера; разрешительная процедура; лицензионные отношения.

K. Apanasenko, Candidate of Law Science, Docent
Chernihiv National Technological University, Chernihiv, Ukraine

THE CLASSIFICATION OF PERMISSIVE DOCUMENTS AND RIGHTS ACCORDING TO SUCH DOCUMENTS

The author of the article constructed a system of rights that are certified by the permissive documents in accordance to some criterions. These documents and rights were grouped depending on the content of a subjective right, legal nature, task of a permissive procedure, term of an activity, an object of a right and it's owner, branches of the economy in which they could be realised, potential for a tradability, fundamentals of the competition in a permissive procedure, difficulty of such procedure, quantity of the state organs involved in the procedure and a place of the realization of an economic work.

Key words: permit; permissive relations; permissive document; permissive procedure; licensing relations.

УДК 351.9+35.071

А. Сороченко, канд. юрид. наук, доц.
 Національна академія державного управління при Президентові України, Київ, Україна,
 Т. Мішта, нач. відділу методологічної координації сфери
 публічних закупівель департаменту регулювання публічних закупівель
 Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Київ, Україна,
 Л. Лахтіонова, директор департаменту регулювання публічних закупівель
 Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРАХ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ТА ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню специфічних особливостей правового регулювання відносин у сфері публічних закупівель, а також удосконаленню законодавства у сферах публічних закупівель та публічно-приватного партнерства. Пропонується уніфікований підхід до визначення суб'єкту складу відносин публічно-приватного партнерства. Досліджується міжнародний досвід створення так званих компаній "спеціального призначення".

Ключові слова: публічно-приватне партнерство, публічні закупівлі, суб'єкти правовідносин, тендер.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями. Публічно-приватне партнерство (ППП) як відносини, які ґрунтуються на співпраці [1, с. 109] (колаборації) суб'єктів публічного та приватного секторів, можуть мати різні напрями, у межах яких реалізуються відповідні проекти. До таких напрямів, зокрема належать публічні закупівлі (тендери), тобто придбання замовником товарів робіт і послуг у порядку, установленому Законом України "Про публічні закупівлі" [2].

Аналіз останніх публікацій за проблематикою та визначення невирішених раніше частин загальної проблеми. Публічне управління (у широкому розумінні) державно-приватним партнерством із боку держави проявляється перш за все в належному нормативно-правовому регулюванні відносин, що складаються при використанні такої форми співпраці держави/АРК/органів місцевого самоврядування і приватного бізнесу.

При цьому 27.06.2014 р. проведено саміт країн-членів ЄС у Брюсселі, підписано економічну частину Угоди про асоціацію між Україною та ЄС зі створенням поглибленої і всеосяжної зони вільної торгівлі, спрощенням візового режиму (політичну частину зазначеної Угоди підписано 21.03.2014 р.). Зважаючи на викладене, особливого значення набуває проблема приведення у відповідність до вимог ЄС чинного законодавства України.

Водночас напрацювання шляхів вирішення проблем реалізації проектів PPP в Україні потребує звернення до наукових здобутків вітчизняних (О. М. Вінник, О. Е. Сімсон та багатьох інших) і зарубіжних вчених (М. Геддс, Х. ван Хам, Д. д'Уг де ла Кюль, А. Регінато, В. Варнавський, Ф. Хізер, Б. Чарлі, В. Хайме та багатьох інших).

Формулювання цілей (мети) статті. Метою статті є дослідження проблем, що виникають при поєднанні відносин PPP та публічних закупівель, а також напрацюванню шляхів щодо їх (проблем) вирішення.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Традиційно відносини PPP є ширшими, ніж відносини публічних закупівель і, відповідно, процес реалізації проектів PPP характеризується масштабністю і складнішим процесом підготовки. Джеффри Делмон [3, с. 2] визначає термін "PPP" так: "Термін "публічно-приватне партнерство" вживається в найбільш широкому сенсі і означає будь-які контрактні або юридичні відносини між державними і приватними структурами з метою поліпшення та/або розширення інфраструктурних послуг, виключаючи контракти за державним замовленням (публічні закупівлі). Термін "держава" в цьому разі використовуватиметься для позначення певного рівня публічної влади, що відповідає за процеси рефо-

рмування, чи то національний, регіональний або муніципальний рівень управління. Публічно-приватне партнерство є підходом до надання послуг в області інфраструктури, який докорінно відрізняється від традиційних публічних закупівель, і пов'язаний із низкою викликів".

Подібного підходу дотримується і законодавець України, установивши у ч. 1 ст. 6 Закону України "Про державно-приватне партнерство" [4] норму, згідно з якою державні закупівлі у рамках державно-приватного партнерства здійснюються відповідно до законодавства про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти. Відзначимо певну недосконалість законодавства у цій сфері, оскільки Закон України "Про здійснення державних закупівель" від 01.06.2010 р. № 2289-VI [5], який встановлював правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти та містив визначення "державна закупівля" та "державні кошти", утратив чинність 20.04.2014 р. Закон України "Про здійснення державних закупівель" від 10.04.2014 р. № 1197-VII [6] (утратив чинність 01.08.2016 р.) запроваджував новий підхід до визначення замовників та не містив поняття "державні кошти".

Крім того, 19.02.2016 р. набрав чинності Закон "Про публічні закупівлі" від 25.12.2015 р. № 922-VIII [2], який введено в дію з 01 квітня 2016 р. для центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, а з 01 серпня 2016 р. – для всіх замовників та тих, яким встановлено правові й економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади. Сферу застосування цього Закону визначено ст. 2 Закону.

Визначення поняття "замовник" наведено в п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону. Так, замовниками є органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, створені відповідно до закону, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак: 1) юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів; 2) органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи; 3) у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків. Крім того, до замовників у розумінні Закону належать також юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання та відповідають хоча б одній з таких ознак: 1) органам державної влади, органам влади Ав-

тономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування належить частка у статутному капіталі суб'єкта господарювання в розмірі більше ніж 50 відсотків або такі органи володіють більшістю голосів у вищому органі суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради суб'єкта господарювання; 2) наявність спеціальних або ексклюзивних прав: це стосується переважно державних та комунальних підприємств, а інколи навіть приватних, частково приватизованих компаній, які забезпечують потреби суспільства в інфраструктурних галузях, на ринках, що характеризуються станом природної монополії.

Держава, вважаючи за необхідне гарантувати доступність, стабільність та надійність так званих комунальних послуг населенню, з одного боку, зобов'язує відповідні компанії-оператори надавати їх послуги на певних установлених державою умовах (регульовані ринки), а з іншого боку, надає цим компаніям монополію, виключні чи спеціальні права і захищає їх від конкурентного тиску. Зокрема це стосується діяльності у сферах енергозабезпечення, тепло- та водопостачання, транспорту [7].

Наукова класифікація державних замовників у розумінні Закону дозволяє виокремити такі категорії:

- 1) традиційні "замовники-бюджетники";
- 2) "підприємства" (за наявності відповідних ознак, що перераховані вище – п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону);
- 3) "монополісти" – суб'єкти господарювання (переважно державної або комунальної форми власності), які займають переважно монополію становити у чітко перерахованих у Законі (п. 4 ст. 1) суспільно важливих видах діяльності (комунальні послуги, електропостачання, аеропорти і морські порти, залізничний і міський електротранспорт тощо) [7].

При цьому поняття "потреби держави/територіальної громади" Законом не визначено. Пропонується розуміти потреби держави (публічні/суспільні потреби) як ті, що необхідні для виконання нею своїх конституційних функцій, у тому числі функцій публічного управління, а потреби територіальної громади – як потребу в більш високій якості життя громади, що реалізується у медичному обслуговуванні, освіті, безпеці, транспортному забезпеченні, комунально-побутових умовах, культурному розвитку тощо [7].

З огляду на викладене, цей Закон застосовується саме суб'єктами, які є замовниками у розумінні п. 9 ч. 1 ст. 1 цього Закону.

Таким чином, замовник у розумінні Закону здійснює закупівлі шляхом застосування однієї із процедур, установлених ст. 12 Закону, керуючись вартісними межами, визначеними у ст. 2 Закону (200 тис. грн – для товарів і послуг, 1,5 млн гривень – для робіт; в окремих випадках, коли закупівля здійснюється замовниками в окремих сферах господарювання (зокрема, монополістами) – 1 і 5 млн грн відповідно). Крім того, ст. 12 Закону передбачено такі види процедур: відкриті торги, конкурентний діалог, переговорна процедура.

Водночас суб'єктний склад відносин ППП є різним залежно від напряму такого партнерства:

- 1) публічні закупівлі – наведено вище;
- 2) концесії – виключно орган виконавчої влади або відповідний орган місцевого самоврядування, уповноважений відповідно Кабінетом Міністрів України чи органами місцевого самоврядування на укладення концесійного договору (абзац 5 ст. 1 Закону України "Про концесії" [8]);

3) угоди про розподіл продукції – держава в особі Кабінету Міністрів України (ч. 1 ст. 5 Закону України "Про угоди про розподіл продукції" [9]);

4) оренда державного/комунального майна: а) Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва – щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, а також майна, що не увійшло до статутного (складеного) капіталу господарських товариств, створених у процесі приватизації (корпоратизації), що є державною власністю, крім майна, що належить до майнового комплексу Національної академії наук України та галузевих академій наук, а також майна, що належить вищим навчальним закладам та/або науковим установам, що надається в оренду науковим паркам та їхнім партнерам; б) органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування управляти майном, – щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, яке відповідно належить Автономній Республіці Крим або перебуває у комунальній власності; в) державне підприємство із забезпечення функціонування дипломатичних представництв та консульських установ іноземних держав, представництв міжнародних міжурядових організацій в Україні; г) підприємства, установи та організації – щодо нерухомого майна, загальна площа якого не перевищує 200 квадратних метрів на одне підприємство, установу, організацію, та іншого окремого індивідуально визначеного майна (ст. 5 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" [10]);

5) приватизація державного майна – Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва у районах і містах, органи приватизації в Автономній Республіці Крим, що становлять єдину систему державних органів приватизації в Україні (ч. 1 ст. 7 "Про приватизацію державного майна" [11]).

Зазначимо, що в окремих країнах реалізація проєктів ППП ототожнюється із законодавством у сфері публічних закупівель. До таких країн слід відносити, зокрема Австрію, Австралію, Казахстан, Мальту, Нідерланди, Швейцарію [12, с. 69].

Так, найуживанішою формою співробітництва між публічним і приватним секторами, що є традиційною для відносин ППП в Австралії (сфера забезпечення та розвитку інфраструктури, а також надання публічних послуг на всій території цієї країни), є звичайні публічні закупівлі, що включають у себе такий вид взаємодії, як DB ("Design – Build": "Проєктуй – Будуй"), а також передбачають наявність спеціальних суб'єктів у сфері публічних закупівель – так звані "альянси" (угоди між державними бізнес-одинацями (державними холдинговими компаніями) та приватним сектором, які (угоди) включають у себе положення про розподіл ризиків і доходів). При реалізації проєктів у рамках ППП, згідно з договорами, за якими приватний партнер виконує зобов'язання з проєктування, будівництва, фінансування, а також експлуатації інфраструктурної споруди протягом 25-30 років, у результаті чого відбувається надання послуг протягом усього терміну існування об'єкта, використовується (за міжнародною термінологією) модель DBFO ("Проєктування – Будівництво – Фінансування – Управління"). Використання цієї моделі ППП привело

до появи ширших можливостей із надання публічних послуг населенню за найкращим співвідношенням "ціна – якість", порівняно із традиційними механізмами публічних закупівель [13, с. 10, 15].

У Бельгії активно застосовуються два способи реалізації проектів ППП [12, с. 196]:

1) договори, що підпадають та не підпадають під дію законодавства у сфері публічних закупівель;

2) використання інституційної/корпоративної форми ППП.

Законодавство Бельгії [14, 15, 16, 17] визначає контракти про державні закупівлі як контракти, що укладаються між органами державної влади або, за певних обставин, приватними юридичною особою і підприємцем, постачальником або постачальником послуг із метою придбання робіт, товарів і послуг. Такого роду контракти повинні включати в себе пункти про вчинення фінансових переказів між сторонами. У Бельгії застосовують головним чином два способи здійснення державних закупівель: договори концесії на виконання робіт і договори про розвиток, які в будь-якому випадку передбачають фінансування проекту приватним сектором. У рамках договору про концесію на виконання робіт приватний партнер здійснює будівництво і фінансування всього обсягу робіт або його частини, а також у подальшому експлуатує об'єкт протягом певного періоду часу. При здійсненні державних закупівель у рамках державно-приватного партнерства за договором про розвиток, приватне підприємство фінансує роботи і подальше будівництво, після чого передає право власності або здає в оренду державному партнеру або третій стороні. Державний партнер або згадана вище третя сторона далі виплачують приватній компанії орендну плату або ліцензійну винагороду. Бельгійські закони про державні закупівлі не поширюються на договори концесії послуг, які, однак, повинні відповідати вимогам загальних принципів договорів, таких, як принцип прозорості та змагальності.

При цьому допускається також створення так званих "компаній спеціального призначення", до яких належать ті, чий капітал складається з ресурсів державного партнера і приватного сектора, наприклад, спільні підприємства або компанії, створені відповідно до законодавства про державні підприємства, зокрема, Федеральним законом Бельгії від 02.04.1962 р. [12, с. 197]. У Швейцарії організаційно-правовою формою таких компаній є акціонерне товариство [12, с. 380]. Таким чином, законодавство Бельгії передбачає можливість використання при проведенні процедур публічних закупівель корпоративної форми ППП.

Винятком для реалізації проектів ППП не за законодавством про публічні закупівлі може бути так звана "конструкція речового права" [18, с. 10–11]. Вона передбачає, що проекти ППП можуть бути реалізовані за рахунок відчуження або передачі прав держави на нерухоме майно (купівля-продаж, довготермінове речове право користування нерухомістю (*bail emphytéotique*) або "право суперфіцію". Як приклад можна навести продаж земель залізничної компанії SNCB (федеральна компанія "Спілка бельгійських залізниць" (фр. – *Société Nationale des Chemins de fer Belges*), а також передану в довготермінове речове право користування нерухомістю мережу паркінгів у Брюсселі. Законодавство про публічні закупівлі не застосовується, якщо суб'єкти публічного сектора не встановлюють конкретні умови, на яких приватний партнер набуває речове право на відповідне нерухоме майно, користується цим правом (коли, наприклад, орган державної влади продає землю приватному партнеру за умови, що комплекс на ній буде автостоянкою), а також якщо не може бути

накладено жодне зобов'язання придбання або оренди, яке підпадає під дію законодавства про публічні закупівлі (приклад: передбачені Угодою від 26.06.1987 р. між Брюссельським столичним регіоном і групою інвесторів проекти будівництва залізниць і міжнародного конгрес-центру [19]).

Серед нормативно-правових актів національного законодавства Нідерландів слід відзначити Декрет Нідерландів про державні закупівлі та правила проведення тендерів на громадські роботи, поставки та послуги від 16.07.2005 р. [20], який набув чинності 01.12.2005 р. та імплементував у законодавство цієї країни положення Директиви 2004/18/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 2004 р. про процедури укладення контрактів на виконання робіт, поставок і громадських послуг (нині втратила чинність), а також Декрет Нідерландів про регулювання порядку укладення контрактів у секторах водних ресурсів, енергетики, транспорту і поштових послуг від 16.07.2005 р. [21], що вступив у силу 01.12.2005 р. та імплементував положення Директиви Європейського Парламенту та Ради від 31.03.2004 р. № 2004/17/ЄС (втратила чинність) про процедури проведення закупівель для об'єктів господарювання в галузях поштового зв'язку, енергії, транспорту і водопостачання.

Дані Декрети, зокрема також містять положення про проведення концесій для виконання публічних робіт. Так, у параграфі 14 Декрету про державні закупівлі та правила проведення тендерів на громадські роботи містяться положення про вимоги, що пред'являються до концесійних угод на виконання громадських робіт.

В обох зазначених декретах міститься уточнення про те, що їхні положення не застосовуються до концесійних угод на надання послуг. Особливістю цих декретів є таке: вони застосовуються до договорів вартістю вище певних порогів. В інших випадках здійснення державних закупівель та укладення концесійних договорів регулюється Правилами проведення тендерів на громадські роботи від 2012 р. [22, с. 76–82].

Таким чином, законодавцем Нідерландів зроблено крок до уніфікації законодавства у сфері відносин ППП.

У Швейцарії відсутні профільні спеціальні нормативно-правові акти, що регламентують відносини у сфері ППП, тому ці відносини урегульовані актами, що стосуються публічних закупівель.

Швейцарська Конфедерація та всі 26 кантонів мають власні закони про публічні закупівлі, крім того, обов'язковими є положення міжнародних нормативних документів у цій сфері, які ратифіковано у встановленому порядку. Відповідно можливість реалізації проектів ППП за напрямом публічних закупівель може бути реалізована як на федеральному, так і на регіональному рівнях [23].

Зокрема, у Швейцарії на регіональному рівні успішно вирішено проблему реалізації на принципах ППП проекту футбольного стадіону в Цюриху. "Партія зелених" з екологічних міркувань і місцеві жителі, стурбовані зростанням транспортних проблем, були проти будівництва спортивної споруди. Для вирішення спору у вересні 2003 р. проведено референдум, яким також планувалося провести затвердження плану будівництва, відведення землі, бюджетного фінансування (37,5 млн швейцарських франків, або 10 % загального обсягу). Результати референдуму показали, що 63,3 % жителів погодилися з планом, а 59,2 % – із фінансуванням проекту. Кредитна компанія Credit Suisse, як інвестор, забезпечила надання позики в розмірі 370 млн швейцарських франків, інші інвестори вклали суму, якої бракувало. Завдяки обліку пов'язаних аспектів реалізації проекту ППП із будівництва спортивного стадіону в Цюриху воно успішно завершено одночасно із завершенням будівництва

нової трамвайної та автобусної лінії (у відповідь на зростаюче транспортне навантаження) [24, с. 379].

Наразі в Україні має місце імплементація найкращої європейської практики у сфері публічних закупівель, одним з елементів якої є створення так званих "централізованих закупівельних організацій" (далі – ЦЗО) [25]. Такі ЦЗО створено для проведення закупівель за рамковими угодами. Останні відбуваються у разі, коли закупівлі є однотипними, повторюваними, відбираються окремі суб'єкти господарювання такі, які у визначений час зможуть задовольнити потреби покупця. Таким чином, фактично, замовникам не потрібно буде щоразу проводити повторні торги для здійснення стандартних закупівель, що покликано забезпечити відповідну економію коштів та часу в державному секторі загалом. Термін дії рамкових угод не повинен перевищувати 4 років (ст. 13 Закону). Сторонами рамкової угоди з боку приватного партнера може бути як один, так і декілька суб'єктів господарювання.

Зазначимо, що ці правила практично аналогічні правилам ЄС. Зокрема, у Директиві ЄС № 24 від 2014 р. [26], а саме у додатку V щодо форми змісту оголошення про торги зазначено, що у разі укладення рамкової угоди вказується максимальна конкретна кількість учасників угоди. Натомість, використання в оголошенні формулювання "не менше ніж" або діапазону кількості учасника (від _ і до _) не допускається.

З урахуванням викладеного, задля належної та своєчасної реалізації проекту ППП не виключено залучення ЦЗО як "компанії спеціального призначення" – тобто галузевої установи (за участі держави у статутному капіталі на рівні не менше 50 %) із чітко визначеними повноваженнями на етапі поточного управління проектом (3-й етап державного управління відносинами ППП) для проведення однотипних стандартних закупівель, із метою насамперед максимально ефективною економією коштів.

Зазначимо, що детальний розгляд правового статусу ЦЗО потребує окремого наукового дослідження.

Висновки і перспективи подальших досліджень.

З урахуванням усього викладеного вище пропонуємо:

1) створити у структурі Фонду державного майна України спеціальний підрозділ, що буде наділений правом адміністрування **Єдиного державного реєстру суб'єктів публічного сектора, уповноважених бути партнерами при реалізації проектів ППП незалежно від його напрямку**. Іншими словами, зазначені вище суб'єкти публічного сектора стають так званими "універсальними" партнерами при реалізації проекту ППП, що може включати в себе відносини публічних закупівель, концесії, угод про розподіл продукції, відносини у сфері реалізації науково-технічних проектів тощо.

Також потребує уточнення термін державних контрактів у разі проведення процедур публічних закупівель із метою уніфікації законодавства у цій сфері. Прикладом подібних кроків є зокрема підготовка Міністерством економічного розвитку і торгівлі України [27] як Уповноваженим органом у сфері здійснення державно-приватного партнерства нового законопроекту "Про концесії" [28]. Передбачається, що законопроект, розроблений Міністерством, синтезує чотири попередні закони, удосконалив механізми, зокрема вибору і заміни приватного партнера, а максимальна чіткість процедур гарантує прозору співпрацю та збільшення довіри – саме ті принципи партнерства, на яких будується весь механізм;

2) погоджуватись із поглядом про необхідність закріплення за конкретним органом виконавчої влади компетенції щодо координації реалізації проектів ППП у

відповідній сфері, вважаємо за необхідне створення **спеціального незалежного органу**: експертної ради з консультативними функціями (зарубіжний приклад: Національна рада США з державно-приватного партнерства) [29], спеціалізованого фонду (зарубіжний приклад: Мексиканський фонд з інвестицій та технологічного розвитку щодо сприяння державно-приватному партнерству) [30] або державної корпорації – державної холдингової компанії – (зарубіжні приклади: державні корпорації "Інфраструктура Онтаріо" та "Партнерство Британська Колумбія" в Канаді або акціонерне товариство "Державно-приватне партнерство – Німеччина (Партнерство Німеччина)" у ФРН) [12, с. 428] залежно від форми реалізації проекту ППП: договірної, інституційно-корпоративної або ППП у зовнішньоекономічній діяльності, пов'язане з реалізацією пріоритетних інноваційних проектів у відповідній сфері;

3) вдосконалювати формулювання істотних умов у частині зобов'язань приватного партнера за договором про закупівлю товарів, робіт або послуг за законодавством України.

Так, договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України (ГКУ) з урахуванням особливостей, визначених цим Законом (ч. 1 ст. 36 Закону України "Про публічні закупівлі"). Водночас відповідно до ч. 3 ст. 180 ГКУ [31] при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та термін дії договору.

При цьому законодавцем безпідставно проігноровано один суттєвий момент: у випадку здійснення публічних закупівель у рамках реалізації проекту ППП істотною умовою відповідного контракту є виявлення та оцінка ризиків, а також форма управління ними [32]. Зокрема, проекти, які не підпадають під таку особливу ознаку проекту ППП в Канаді, а саме: визначення механізму розподілу ризиків між партнерами ППП, формально не є проектами ППП, і, відповідно, не можуть отримати підтримку Канадської ради з державно-приватного партнерства [33].

Фактично розподіл ризиків означає, що активи публічного та приватного партнера (партнерів) при реалізації проекту ППП не лише об'єднуються (зливаються, складаються) із найпростішим розподілом обов'язків між ними щодо реалізації проекту, а створюють нову системну додану якість, яка у комплексі з розподілом відповідальності партнерів щодо окремих напрямів реалізації проекту ППП дозволяє стверджувати про найбільш ефективне виконання публічного призначення проекту лише за принципом "use it or lose it" ("використай або втрачай") [34]. Зазначене дозволило стверджувати про наявність так званої "теорії подвійного ключа" щодо реалізації проекту ППП, згідно з якою лише при спільній співпраці та співвідповідальності двох або більше партнерів можлива ефективна реалізація відповідного проекту. Ідеться про встановлення та підтримання для всіх партнерів балансу (ів) функціональної системи (систем) "публічні інтереси – дії (включно з витратами) – відповідальність – відповідні суспільні блага" [12, с. 68], яка має привести до найбільш економічно обґрунтованого співвідношення "ціна–якість" для кінцевих споживачів.

З урахуванням викладеного, вважаємо за необхідне:

– викласти ст. 6 Закону України "Про державно-приватне партнерство" у такій редакції: "Проведення публічних закупівель приватними партнерами для реалізації проекту державно-приватного партнерства здійснюється відповідно до законодавства у сфері публічних закупівель";

– викласти ч. 1 ст. 36 Закону України "Про публічні закупівлі" у такій редакції: "Договір про закупівлю укладається відповідно до **норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.** У разі проведення публічних закупівель у рамках реалізації проекту публічно-приватного партнерства стороною договору про закупівлю може виступати **"замовник спеціального призначення"**;

– доповнити ч. 1 ст. 1 Закону України "Про публічні закупівлі" пунктом 9-1 такого змісту: **"замовник спеціального призначення** – юридичні особи приватної форми власності, господарські товариства, господарські об'єднання, фізичні особи-підприємці та інші суб'єкти господарювання, які не є державними, комунальними підприємствами або замовниками у розумінні цього Закону, які обрані у встановленому законодавством порядку приватним партнером у рамках реалізації проекту державно-приватного партнерства та зобов'язані проводити процедури публічних закупівель товарів, робіт і послуг виключно з метою належної реалізації проекту";

– абзац 8 ст. 3 Закону України "Про державно-приватне партнерство" викласти у такій редакції: "найбільш економічно ефективний розподіл ризиків та відповідальності між державним та приватним партнерами при реалізації проекту державно-приватного партнерства".

Перспективи подальших досліджень. Нині ППП у сферах створення та експлуатації інфраструктурних мереж та в наданні публічних послуг швидко розвивається і викликає все більший інтерес у світі. Проте відсутність ґрунтовного наукового дослідження особливостей реалізації конкретного проекту ППП суттєво сповільнює вказаний розвиток. Ураховуючи викладене, проведене наукове дослідження питань, висвітлених у наведеній статті, дозволяє стверджувати про актуальність і практичну доцільність написання наукових праць із тематики ППП.

Список використаних джерел:

- Вінник О. М. Корпоративні і партнерські відносини: проблеми правового регулювання: монографія / О. М. Вінник. – К., 2010. – 166 с.
- Закон України "Про публічні закупівлі" від 25.12.2015 р. № 922-VIII // ВВР. – 2016. – № 9. – Ст. 89. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>
- Делмон Д. Государственно-частное партнерство в инфраструктуре: практическое руководство для органов государственной власти / Д. Делмон. – Астана : Апельсин, 2010. – 250 с.
- Закон України "Про державно-приватне партнерство" від 01.07.2010 р. // ВВР. – 2010. – № 40. – Ст. 524. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>
- Закон України "Про здійснення державних закупівель" від 01.06.2010 р. № 2289-17 // ВВР. – 2010. – № 33. – Ст. 471. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2289-17>
- Закон України "Про здійснення державних закупівель" від 10.04.2014 р. № 1197-VII // ВВР. – 2014. – № 24. – Ст. 883. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1197-18>
- О. Шатковський, С. Яременко. Коментарі до законодавства України про публічні закупівлі. Грудень 2016 р. Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InforezKnowledgeDb&pageNumber=2&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc>
- Закон України "Про концесії" від 16.07.1999 р. № 997-VIV // ВВР. – 1999. – № 41. – Ст. 372 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997-14/page>
- Закон України "Про угоди про розподіл продукції" від 14.09.1999 р. № 1039-VIV // ВВР. – 1999. – № 44. – Ст. 391. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ru/1039-14>
- Закон України "Про оренду державного та комунального майна" від 10.04.1992 р. № 2269-XII // ВВР. – 1992. – № 30. – Ст. 416. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2269-12>

11. Закон України "Про приватизацію державного майна" від 04.03.1992 р. № 2163-XII // ВВР. – 1992. – № 24. – Ст. 348. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2163-12>

12. Сазонов В.Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты / В.Е. Сазонов. – М. : Российский ун-т дружбы народов, 2012. – 560 с.

13. Public Private Partnerships in Australia and Japan. Facilitating Private Sector Participation / Japan External Trade Organization (JETRO); Asia and Oceania Division, Overseas Research Department. – Tokyo, 2010. – 27 p.

14. Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services // Moniteur Belge. – 15.02.2007. URL: <http://www.publictendering.com/pdf/legislation/15-16062006.pdf>

15. Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1996092635&table_name=loi;http://www.publictendering.com/pdf/legislation/26091996.pdf

16. Arrêté royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. URL: <http://www.publictendering.com/pdf/legislation/08011996.pdf>

17. Arrêté Royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques // Moniteur Belge. – 9.2011. – № 224. URL: <http://www.publictendering.com/pdf/legislation/AR15072011.pdf>

18. Hyfte, van B. Partenariat Public-Privé: Aperçu général en Droit belge [Государственно-частное партнерство: общий обзор бельгийского права]. – Bruxelles, 2003. – 18 p.

19. Flamme P. Quel est l'état des lieux des partenariats public-privé en Belgique? [Каково место государственно-частного партнерства в Бельгии?]. URL: <http://www.flamme.be/site/fr/archives/partenariatspublicprivé>

20. Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten). URL: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/besluiten/2008/12/10/besluit-aanbestedingsregels-voor-overheidsopdrachten-bao-recent.html>

21. Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren). URL: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/besluiten/2008/12/10/besluit-aanbestedingen-speciale-sectoren-bass-recent.html>

22. Scheenstra E. The Netherlands / E. Scheenstra // PPP in Europe. – London : CMS Legal Services EEIG, 2010. – 154 p.

23. Müller-Tschumi T. Contractual framework of infrastructure PPPs under Swiss law / T. Müller-Tschumi. URL: <http://us.practicallaw.com/8-519-2090?q=&qpr=&qo=&qe=>

24. Кабашкин В.А. Государственно-частное партнерство: международный опыт и российские перспективы / В.А. Кабашкин. – М. : Международный инновационный центр, 2010. – 576 с.

25. Наказ Мінекономрозвитку від 22.03.2016 р. № 490 "Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель". [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16>

26. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>

27. Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затверджене постановою КМУ від 20.08.2014 № 459. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/459-2014-%D0%BF>

28. Новий Закон України "Про концесії". Презентація. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.slideshare.net/Easy_Business/presentation-of-law-draft-on-concession-79562598/1

29. Національна рада США по ППП. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ncppr.org>

30. Мексиканський фонд по інвестиціях та технологічному розвитку щодо сприяння державно-приватному партнерству. URL: <http://www.fumec.org.mx>

31. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. – 2003. – № 18–20, 21–22. – Ст. 144. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

32. Постанова КМУ від 16.02.2011 № 232 "Про затвердження Методики виявлення ризиків державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними". [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/232-2011-%D0%BF>

33. Definitions. [Elektronny] resurs]. – Rezhym dostupu : <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>

34. О.М. Вінник. Інституційна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання / О.М. Вінник. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravozhnavec.com.ua/period/article/10846>

Надійшло до редакції 20.02.18

А.В. Сороченко, канд. юрид. наук, доц.
 Национальная академия государственного управления при Президенте Украины, Киев, Украина,
 Т.С. Мишта, нач. отдела методологической координации сферы
 публичных закупок департамента регулирования публичных закупок
 Министерство экономического развития и торговли Украины, Киев, Украина,
 Л.В. Лахтионова, директор департамента регулирования публичных закупок
 Министерство экономического развития и торговли Украины, Киев, Украина

ОСОБЕННОСТИ ПРАВООТНОШЕНИЙ В СФЕРАХ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК И ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

Статья посвящена исследованию специфических особенностей правового регулирования отношений в сфере публичных закупок, а также совершенствованию законодательства в сферах публичных закупок и публично-частного партнерства. Предлагается унифицированный подход к определению субъектного состава отношений публично-частного партнерства. Исследуется международный опыт создания так называемых компаний "специального назначения".

Ключевые слова: публично-частное партнерство, публичные закупки, субъекты правоотношений, тендер.

A. Sorochenko, Candidate of Law Science, Docent
 National Academy for Public Administration under the President of Ukraine, Kyiv, Ukraine,
 T. Mishta, the Chair of public procurement field's methodological coordination
 (the Head of the Chair), Department of Public Procurement Regulation
 the Ministry of economic development and trade of Ukraine, Kyiv, Ukraine,
 L. Lakhtionova, the Head of the Public Procurement Regulation Department
 the Ministry of economic development and trade of Ukraine, Kyiv, Ukraine

PECULIARITIES OF LAW RELATIONS IN PUBLIC PROCUREMENT AND PPP SPHERES UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE

This article is devoted to the study of public procurement legal regulation's specific features, as well as improvement of legislation in the areas of public procurement system of Ukraine and public-private partnership. A unified approach to the definition of the public-private partnership relations' subject structure is proposed. The international experience of establishing so-called "special purpose" companies is being researched.

Key words: public-private partnership, public procurement procedures, members of relations in public procurement sphere, tenders.

УДК 343.13

Т. Фоміна, канд. юрид. наук, доц.
 Харківський національний університет внутрішніх справ, Харків, Україна

СУДОВЕ РІШЕННЯ ЯК ЮРИДИЧНА ПІДСТАВА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

Вивчено сутність судового рішення як юридичної підстави застосування запобіжних заходів. Надано правову характеристику ухвалам слідчого судді, суду про застосування та відмову в застосуванні запобіжного заходу. Окремо розкрито питання щодо набрання законної сили судовим рішенням про застосування запобіжного заходу.

Ключові слова: запобіжні заходи; підстави застосування запобіжних заходів; ухвала; вирок.

Вступ. У положеннях ч. 2 ст. 177 КПК України визначено підстави застосування запобіжних заходів: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення та наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України. Лише наявність цих двох складових надає достатні підстави слідчому, прокурору ініціювати вирішення слідчим суддею, судом питання про застосування запобіжного заходу.

Разом із тим, більшість учених (В.М. Тертишник, А.Я. Хитра) вказують на те, що у системі підстав застосування запобіжних заходів слід виділяти не лише фактичні (тобто такі, що прямо передбачено у законі), а ще й юридичні підстави [1, с. 566; 2, с. 14]. Слід приєднатися до висловленого в науці кримінального процесу поділу на фактичні та юридичні підстави застосування запобіжних заходів. Фактичні підстави застосування запобіжних заходів визначено у ч. 2 ст. 177 КПК України, дослідженню якої присвячена окрема наша праця [3]. Юридичною підставою є правозастосовний акт, тобто ухвала або вирок, в якому відображається рішення слідчого судді або суду про застосування запобіжного заходу.

Метою цієї статті є вивчення сутності судового рішення як юридичної підстави застосування запобіжних заходів. Для досягнення мети поставлено такі завдання: 1) визначити види ухвал, які може прийняти

слідчий суддя, суд за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу та надати їм правову характеристику; 2) охарактеризувати вимоги, що пред'являються до судового рішення про застосування запобіжного заходу; 3) розкрити питання щодо набрання законної сили рішення про застосування запобіжного заходу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання процесуального порядку застосування запобіжних заходів, у тому числі щодо підстав їх обрання, досліджували такі вчені: С.І. Вікторовський, І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, З.Д. Єнікєєв, З.З. Зінатуллін, Ю.Д. Лівшиц, М.В. Давидов, О.Ф. Кістяковський, В.М. Корнуков, Ф.М. Кудін, П.І. Люблінський, І.Л. Петрухін, М.М. Полянський, В.В. Рожнова, В.М. Тертишник, Н.В. Ткачова, А.Я. Хитра, О.Г. Шило та ін. Разом із тим, більшість праць присвячено дослідженню сутності запобіжних заходів, розкриттю процесуального порядку їх застосування. Питання щодо вивчення сутності судового рішення як юридичної підстави для застосування запобіжного заходу окремо не досліджувались.

Методологія дослідження. Для досягнення поставленої мети та завдань використано загальнонаукові методи дослідження. За допомогою методу юридичного аналізу визначено види ухвал, які може прийняти слідчий суддя, суд за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу та розкрито питання щодо набрання законної сили судовим

рішенням про застосування запобіжного заходу. Для характеристики вимог до судового рішення про запобіжний захід використано метод системного аналізу.

Результати. Під час вирішення питання про застосування запобіжних заходів слідчий суддя, суд може постановити ухвалу, зміст якої залежить від того, чи довів прокурор обставини, які свідчать про таке: а) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України); б) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України (п. 2 ч. 1 ст. 194 КПК України); в) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні (п. 3 ч. 1 ст. 194 КПК України). Тобто, ідеться про можливість постановлення таких видів ухвал, як ухвали про застосування запобіжного заходу та ухвали про відмову в застосуванні запобіжного заходу.

По-перше, за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд може постановити ухвалу про відмову в застосуванні запобіжного заходу (ч. 2 ст. 194 КПК України). Таке рішення може бути прийнято, якщо під час розгляду клопотання прокурор не доведе наявність усіх обставин, передбачених, ч. 1 ст. 194 КПК України.

Крім того, слідчий суддя, суд може постановити ухвалу про відмову в застосуванні запобіжного заходу та зобов'язати підозрюваного, обвинуваченого перебувати за кожною вимогою до суду або до іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею, судом (ч. 3 ст. 194 КПК України). Таке рішення може бути прийнято, якщо прокурор доведе обставини, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України, але не доведе ті, що передбачені п. 2, 3 ч. 1 ст. 194 КПК України. У такому випадку йдеться також про відмову слідчим суддею, судом у застосуванні запобіжного заходу. Проте, якщо відповідно до ч. 2 ст. 194 КПК України слідчий суддя, суд лише відмовляє у застосуванні запобіжного заходу, то згідно з вимогами ч. 3 ст. 194 КПК України він ще накладає на підозрюваного, обвинуваченого певний обов'язок. Зауважимо, що у положеннях п. 1 ч. 7 ст. 42 КПК України встановлено обов'язок для підозрюваного, обвинуваченого прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, про що він дізнається, отримавши пам'ятку про процесуальні права та обов'язки. Тобто, у випадках, передбачених ч. 3 ст. 194 КПК України, слідчий суддя, суд відмовляє у застосуванні запобіжного заходу і покладає на підозрюваного, обвинуваченого той обов'язок, який уже покладено на особу у зв'язку із набуттям нею відповідного статусу. Ця ситуація можлива, коли прокурор доведе наявність обґрунтованої підозри, проте не доведене наявність ризиків можливої негативної поведінки підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні. У зв'язку із цим постає логічне питання щодо необхідності повторного зобов'язання підозрюваного, обвинуваченого прибувати за кожною вимогою слідчого, прокурора, слідчого судді, суду. Можливо, законодавець прагнув додатково забезпечити участь особи під час досудового розслідування та судового провадження.

Натомість, виникає питання, які наслідки невиконання підозрюваним, обвинуваченим покладеного на нього обов'язку прибути за кожною вимогою до суду або до іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею, судом? Відповідно до вимог ст. 139 КПК України у такому випадку на особу може бути накладено грошове стягнення або застосовано привід. Разом із тим, на наше переконання, застосування грошового стягнення або приводу не забезпечують подальше виконання підоз-

рюваним, обвинуваченим його обов'язку прибути за кожною вимогою слідчого, прокурора, слідчого судді, суду. Якщо особа не з'являється за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді, суду без поважних причин, то це свідчить про існування ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду. Тому вважаємо, що невиконання підозрюваним, обвинуваченим покладеного на нього обов'язку є підставою для повторного звернення слідчого, прокурора із клопотанням про застосування запобіжного заходу. Водночас, таке положення не передбачено у законі.

По-друге, за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд може прийняти ухвалу про застосування запобіжного заходу (ч. 4, 5 ст. 194 КПК України). Зауважимо, що слідчий суддя, суд може застосувати до особи як той вид запобіжного заходу, про який клопоче слідчий, прокурор, так і більш м'який запобіжний захід, ніж той, який зазначений у клопотанні. Рішення про застосування іншого, ніж зазначено у клопотанні, запобіжного заходу слідчий суддя, суд приймає у випадку, коли прокурор не доведе наявність обставин про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам. У такому випадку, наприклад, слідчий суддя, суд може прийняти рішення про застосування домашнього арешту, а не тримання під вартою, яке клопоче обрати прокурор.

На окремий розгляд заслуговує питання щодо можливості прийняття рішення про застосування більш суворого запобіжного заходу, ніж того, який зазначений у клопотанні. Принагідно звернути увагу на положення ч. 3 ст. 26 КПК України, які є проявом засади диспозитивності, згідно з якими слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень. У такому випадку, диспозитивність забороняє слідчому судді, суду вийти за межі поставлених сторонами питань. Винятки із цього правила встановлено у ч. 7 ст. 206 КПК України, де передбачено обов'язок слідчого судді, суду незалежно від наявності заяви особи вжити заходів щодо захисту прав особи, якщо є підстави вважати, що було порушено законодавство під час затримання або тримання під вартою.

У зв'язку з цим, Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький, В.В. Рожнова Т.Г. Ільєва справедливо наголошують, що при незгоді слідчого судді з тим запобіжним заходом, який клопоче застосувати слідчий або прокурор, і необхідності обрати більш суворий захід, він позбавлений можливості ухвалити це рішення, а також не має права відмовити в задоволенні клопотання [4, с. 45].

Отже, системний аналіз норм КПК України, які регулюють порядок застосування запобіжних заходів, дозволяє зробити висновок про те, що у випадку, коли слідчий суддя, суд вважає, що запобіжний захід, про який клопоче слідчий, прокурор, не відповідає тяжкості злочину та особі підозрюваного, обвинуваченого, він не має право застосовувати більш суворий запобіжний захід. Отже, слідчий суддя, суд має право застосувати лише більш м'який запобіжний захід, ніж той, що зазначений у клопотанні.

Під час прийняття рішення про застосування запобіжного заходу може виникнути питання, як повинен поступити слідчий суддя, суд, коли слідчий, прокурор несвоєчасно надав підозрюваному, обвинуваченому копії клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, тобто не дотримався вимог ч. 2 ст. 184 КПК України. У такому випадку слід врахувати роз'яснення ВССУ, який у п. 5 Листа від 04.04.2013 р. № 511-550/04-13 указав, що в

цій ситуації слідчий суддя розглядає відповідне клопотання та відмовляє у його задоволенні [5].

Про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд виносить ухвалу, що має свої особливості стосовно відомостей, які в ній зазначено. Обов'язкові реквізити ухвали про застосування запобіжного заходу визначено у ст. 196 КПК України і належать до спеціальних вимог, що пред'являються до цього виду процесуального рішення. Окрім спеціальних вимог, воно повинно відповідати загальним вимогам, що стосуються всіх судових рішень. До таких вимог Р.Х. Якупов відносить законність, обґрунтованість, умотивованість, справедливість, своєчасність, доцільність, а також мовні та етичні вимоги [6, с. 36]. Не заперечуючи загалом проти виокремлення таких ознак процесуальних рішень, зауважимо, що у ст. 370 КПК України виокремлено такі вимоги до будь-якого судового рішення: законність, обґрунтованість і вмотивованість. Крім того, слід врахувати таку властивість судового рішення, як його обов'язковість, оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 21 КПК України вирок та ухвала суду, що набрали законної сили в порядку, визначеному КПК, є обов'язковими і підлягають безумовному виконанню на всій території України.

Зауважимо, що вимога *законності* правозастосовного акту деякими вченими розуміється досить широко. Так, на думку А.Я. Дубинського, законність охоплює низку інших вимог, зокрема й обґрунтованість [7, с. 62–67]. Натомість, П.А. Лупинська розглядає цю вимогу як самостійну [8, с. 17]. У кримінальному процесуальному законі вимоги законності і обґрунтованості вказані як взаємопов'язані, проте самостійні вимоги до судових рішень.

Вимога законності судових рішень, і зокрема ухвали про застосування запобіжних заходів, означає чітке й неухильне дотримання положень закону під час прийняття відповідного рішення. У той час як *обґрунтованість* судового рішення передбачає додержання певних умов, а саме, об'єктивне з'ясування обставин та підтвердження їх доказами, дослідженими під час судового засідання та оціненіми судом. Після встановлення цих обставин можливий висновок про наявність чи відсутність підстав для застосування запобіжних заходів. У цьому контексті зауважимо, що необґрунтоване рішення слід вважати незаконним унаслідок того, що були порушені приписи закону. Разом із тим, незаконними можуть бути рішення, що прийняті з порушенням вимог закону, що з вимогами обґрунтованості прямо не пов'язані. Тому будь-яке необґрунтоване рішення можна визнати й незаконним, проте не всяке незаконне – необґрунтованим [6, с. 156].

Слід визнати правоту О.Г. Шило, яка зазначила, що вимога обґрунтування ухвали слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу набула імперативного характеру, що, по-перше, відіграє роль значення гарантії забезпечення прав підозрюваного, обвинуваченого; по-друге, створює належні умови для реалізації можливості предметного оскарження постановленого рішення; по-третє, робить його зрозумілим для особи, стосовно якої воно встановлено [9, с. 272].

Умотивованість є рішення, в якому наведено належні й достатні мотиви та підстави його ухвалення (ч. 4 ст. 370 КПК України). Щодо рішення про застосування запобіжного заходу вимога вмотивованості проявляється в тому, що ухвала повинна містити мотиви підтвердження правильності висновків про необхідність обрання конкретного виду запобіжного заходу. Тобто, у судовому рішенні мають відобразитися результати доказування наявності або відсутності підстав для застосування запобіжного заходу.

Окремому розгляду підлягає питання щодо *набрання законної сили судовим рішенням про застосування запобіжного заходу*. Так, відповідно до ст. 205 КПК України ухвала слідчого судді, суду щодо застосування запобіжного заходу підлягає негайному виконанню після її оголошення. Це означає, що у разі постановлення ухвали про застосування запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою (особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, домашнього арешту), підозрюваний, обвинувачений зобов'язаний негайно виконувати обов'язки, передбачені ч. 5 ст. 194 КПК України. У разі прийняття рішення про застосування застави, відповідно до ч. 6 ст. 182 КПК України, підозрюваний, обвинувачений, який не тримається під вартою, не пізніше п'яти днів зобов'язаний внести кошти на відповідний рахунок або забезпечити їх внесення заставодавцем та надати документ, що це підтверджує, слідчому, прокурору, суду. У разі застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, і якщо при цьому її не було раніше затримано, така особа береться під варту в залі суду негайно.

Зазначимо, що питання про застосування запобіжного заходу, окрім як в ухвалі, може вирішуватись ще й у вирокі суду. Так, пп. 4 п. 1 ч. 4 ст. 374 КПК України встановлює, що в резолютивній частині вироку суд може прийняти рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі рішення про запобіжний захід до набрання вироком законної сили. Вирок, якщо інше не передбачено КПК України, відповідно до ст. 532 КПК України, набирає законної сили після закінчення терміну подання апеляційної скарги, установленого КПК України, якщо таку скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги судові рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після ухвалення рішення судом апеляційної інстанції.

Отже, під час ухвалення вироку і прийняття у ньому рішення про застосування запобіжного заходу постають такі проблемні питання. Який термін виконання рішення про застосування запобіжного заходу: негайно чи протягом терміну подання апеляційної скарги? Чи законне обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до набрання вироком законної сили? Чи можливо оскарження вироку в частині прийняття рішення про застосування запобіжного заходу?

Із приводу терміну виконання рішення про застосування запобіжного заходу зауважимо таке. Коли апеляційну скаргу не подано, то вирок суду набирає законної сили протягом 30 днів із дня його проголошення. Разом із тим, на вимогу ст. 205 КПК України судові рішення про застосування запобіжного заходу повинні бути виконано негайно. У такому випадку, маємо ситуацію, коли у вирокі суду приймаються рішення, що мають бути виконані у різні часові періоди: у частині виконання вироку – протягом терміну подання апеляційної скарги, а в частині застосування запобіжного заходу – негайно.

Також зауважимо, що у Правилах внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.03.13 р. № 460/5, у Розділі II визначено, що "підставами для приймання та тримання у СІЗО ув'язнених і засуджених є: 1) ухвала слідчого судді (суду) про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або про застосування тимчасового або екстрадиційного арешту та/або рішення компетентного органу іноземної держави у випадках, передбачених законом; 2) вирок суду, що *набрал законної сили*, про засудження до покарання у виді позбавлення волі стосовно засудженого, який не перебував під вартою; 3)...; 4)..." [10]. Таким чином,

підставою для прийняття особи в СІЗО може бути лише вирок суду, що набрав законної сили.

Питання щодо терміну виконання рішення про застосування запобіжного заходу під час ухвалення вироку, на нашу думку, повинно бути вирішено таким чином. Вважаємо, що у цьому випадку суд повинен виносити ухвалу про обрання або продовження дії, або про зміну запобіжного заходу до ухвалення вироку. В ухвалі слід вказати вид запобіжного заходу, що застосовується до набрання вироком законної сили.

Із приводу законності обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до набрання вироком законної сили вкажемо таке. Вивченням судових рішень встановлено, що на практиці досить часто зустрічаються випадки, коли суди першої інстанції, ухвалюючи обвинувальний вирок, обирають щодо особи запобіжний захід. Наприклад, вироком Березнівського районного суду Рівненської області від 01.02.2018 р. ОСОБА_1 визнана винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч.1 ст. 299 КК України. Їй призначено покарання у вигляді арешту на термін 3 (три) місяці. Крім того, до набрання вироком законної сили обрано для ОСОБИ_1 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою [11]. У цій ситуації постає питання щодо законності прийняття рішення про застосування найбільш суворого запобіжного заходу, оскільки суд не мотивував своє рішення наявністю ризиків неправомірної поведінки. Він застосовував запобіжний захід лише з метою забезпечення виконання вироку.

Наголосимо, що у разі обрання запобіжного заходу таке рішення повинно бути прийнято в порядку, визначеним гл. 18 КПК України, зокрема, за наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК України. Крім того, має бути дотриманий загальний порядок застосування запобіжних заходів, а отже від прокурора повинно надійти відповідне клопотання із зазначенням ризиків неправомірної поведінки обвинуваченого під час кримінального провадження, у тому числі під час набрання вироком законної сили. Натомість, відповідно до ч. 1 ст. 366 КПК України, після останнього слова обвинуваченого суд негайно виходить до нарадчої кімнати для ухвалення вироку, про що головуєчий оголошує присутнім у залі судового засідання. У ч. 1 ст. 367 КПК України встановлено, що під час ухвалення вироку ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який здійснює судовий розгляд. У зв'язку із цим, надходження до суду клопотання прокурора про застосування запобіжного заходу під час ухвалення вироку вже не можливо.

Отже, на наше переконання, застосування запобіжного заходу під час ухвалення вироку, коли його не було обрано під час судового розгляду, є незаконним. Крім того, із цього приводу практикуючі адвокати вказують, що у разі винесення вироку і обрання запобіжного заходу має місце порушення права на захист, оскільки особа, відносно якої застосовується запобіжний захід, не має можливості висловити із цього приводу жодної думки [12, с. 44].

Щодо можливості оскарження рішення про застосування запобіжного заходу, викладеного у вироку суду, вкажемо таке. У КПК України не встановлено перелік питань, з яких дозволяється апеляційне оскарження вироку, незалежно від того, чи це є рішення про вид та міру покарання, чи про майнові стягнення. А отже, і не встановлено заборони щодо оскарження рішення про

застосування запобіжного заходу. Разом із тим, як свідчить вивчення матеріалів кримінального провадження, рішення про запобіжний захід, обране згідно з вироком суду, не є окремим предметом апеляційного оскарження, оскільки переглядається разом з іншими питаннями, викладеними у вироку.

Висновки. Прийняття рішення про застосування запобіжного заходу є одним з основних етапів правозастосовного процесу. Судове рішення є юридичною підставою для застосування запобіжного заходу. За результатами розгляду клопотання слідчого, прокурора слідчий суддя, суд може постановити ухвалу про застосування або відмову в застосуванні запобіжного заходу. Слідчий суддя, суд може застосувати до особи як той вид запобіжного заходу, про який клопоче слідчий, прокурор, так і більш м'який запобіжний захід, ніж той, який зазначений у клопотанні, проте не має права застосовувати більш суворий запобіжний захід. Судове рішення про застосування запобіжного заходу має відповідати таким вимогам, як законність, обґрунтованість і вмотивованість.

Ухвала про застосування запобіжного заходу підлягає негайному виконанню після її оголошення. Натомість, питання щодо набрання законної сили рішенням про застосування запобіжного заходу, викладене у вироку, не має свого однозначного вирішення, тому потребує врегулювання на рівні КПК України.

Список використаних джерел:

1. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України (нормативні документи та коментарі) / В.М. Тертишник. – К., 2007. – 1056 с.
2. Хитра А. Я. Заходи кримінально-процесуального примусу: наук.-практ. посіб. / А.Я. Хитра. – Л.: Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2009. – 96 с.
3. Фоміна Т. Г. Дискусійні питання щодо визнання "обґрунтованої підозри" як підстави застосування запобіжних заходів / Т.Г. Фоміна // Науковий вісн. Ужгородського нац. ун-ту. Серія: Право. – 2016. – Вип. 41. – Т. 3. – С. 84–89.
4. Функція судового контролю у кримінальному процесі: монографія / Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький, В.В. Рожнова, Т.Г. Ільєва. – К.: Центр учбової літератури, 2015. – 176 с.
5. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 р. № 511-550/04-13 // База даних "Законодавство України". Верховна Рада України. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13>
6. Якупов Р. Х. Правоприменение в уголовном процессе России: юридические проблемы : автореф. дисс. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.09 / Якупов Р. Х. – М., 1993. – 40 с.
7. Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя. Правовые и организационные проблемы / А.Я. Дубинский. – К.: Наук. думка, 1984. – 183 с.
8. Лупинская П. А. Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве / П.А. Лупинская. – М., 1972. – 79 с.
9. Шило О. Г. Особливості обґрунтування обрання запобіжних заходів у кримінальному провадженні / О.Г. Шило // Науковий вісн. Ужгородського нац. ун-ту. Серія: Право. – 2014. – Вип. 25. – С. 269–273.
10. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України: Наказ Міністерства юстиції України від 18.03.2013 р. № 460/5 // База даних "Законодавство України". Верховна Рада України. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0445-13>
11. Вирок Березнівського районного суду Рівненської області від 1.02.2018 р. у справі № 555/2154/17 // База даних "Єдиний державний реєстр судових рішень". [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71932149>
12. Пономаренко Д. Обрання запобіжного заходу на підставі вироку, який не набув законної сили / Д. Пономаренко // Вісник Нац. асоціації адвокатів України. – 2015. – № 7/8 (15). – С. 43–44.

Надійшла до редколегії 08.02.18

Т. Фомина, канд. юрид. наук, доц.
Харьковский национальный университет внутренних дел, Харьков, Украина

СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ОСНОВАНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ МЕР ПРЕСЕЧЕНИЯ

Изучена сущность судебного решения как юридического основания применения мер пресечения. Дана правовая характеристика определениям следственного судьи, суда о применении и отказе в применении меры пресечения. Отдельно раскрыт вопрос вступления в законную силу судебного решения о применении меры пресечения.

Ключевые слова: меры пресечения; основания применения мер пресечения; определение; приговор.

T. Fomina, Candidate of Law Science, Docent
Kharkiv national University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine

JUDGMENTS AS THE LEGAL BASIS FOR THE APPLICATION OF A PREVENTIVE MEASURE

The article examines the essence of the court decision as the legal basis for the application of measures of restraint. This legal description is given to the definitions of the investigating judge, the court of application and refusal to apply the measure of restraint. Separately, the issue of the entry into force of a judicial decision on the application of a preventive measure is disclosed.

Key words: preventive measures; grounds for the application of preventive measures; decision; sentence.

УДК 347.63

С. Цемко, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДИТИНИ У СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ

Дано загальну характеристику правового статусу дитини у сімейних відносинах. Досліджено окремі елементи правового статусу дитини. Здійснено правовий аналіз чинних нормативно-правових актів та науково-теоретичних джерел із цього питання. У результаті дослідження, на підставі комплексного, всебічного наукового аналізу, виявлено ряд проблем теоретичного та практичного характеру у визначенні правового статусу дитини у сімейних відносинах за законодавством України. Розглянуто комплекс рекомендацій щодо їх вирішення.

Ключові слова: правовий статус дитини, елементи правового статусу, права дитини, обов'язки дитини, сімейні відносини.

Розвиток демократичної, соціально-правової держави, становлення якої передбачає відродження української нації і формування молодого покоління, поставили перед дослідниками питання про доцільність та необхідність переосмислення тих теоретико-методологічних питань, які формують уточнення понятійно-категоріального апарату, яким послуговуються правознавці. Створення ефективної системи охорони прав та інтересів дитини можливо лише з урахуванням особливостей правового статусу дитини.

Правовий статус дитини є одним з найважливіших інститутів, за допомогою яких регулюється можливість участі дитини у житті суспільства, установлення юридичної гарантії, захисту та реалізації прав і свобод дітей, а також визначаються способи впливу і межі втручання в особисту сферу сім'ї і дитинства. Проте чинне законодавство в частині правового регулювання правового статусу дитини містить чимало прогалин та суперечностей, а тому безперечно потребує вдосконалення. Питання правового статусу дитини у сімейних відносинах є актуальними, враховуючи зміни та розвиток законодавства, що його регулює.

Правовий статус дитини на сьогодні є об'єктом чималої кількості наукових досліджень та публікацій. У різні роки окремі аспекти правового статусу дитини, як у загальному, так і в сімейних відносинах, досліджували відомі вчені. Серед них такі вчені-правознавці: І.В. Жилінкова, Н. Найман, С.А. Саблук, В.В. Семиполець, О.В. Синегубов, А. Стоянов, Н. Крестовська, І. Бандурка та ін. Саме на праці вказаних науковців опираємося в нашому дослідженні.

Права дитини в контексті сімейних правовідносин у юридичній літературі минулих років не були предметом особливої уваги. Переважно розглядалися права та обов'язки батьків із виховання дітей. Комплексні дослідження з цього питання носять обмежений характер

та стосуються лише окремих аспектів. Є необхідність подальшого дослідження та переосмислення правового статусу дитини в контексті євроінтеграційного курсу України та в умовах проведення АТО.

Метою статті є визначення правового статусу дитини як учасника сімейних відносин, з'ясування його правової природи, особливостей становлення та розвитку, дослідження проблемних питань, узагальнення та формування теоретичних положень та практичних висновків, вироблення рекомендацій стосовно вдосконалення чинного законодавства із цього питання.

Виклад основного матеріалу. Діти – це майбутнє нашої країни. В Україні проживає понад 7 млн дітей, що становить 18 % усього населення країни. У тому числі: 151 тис. дітей з інвалідністю; близько 72 тис. дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; майже 2,5 млн сімей із дітьми, які отримують різні види державної соціальної допомоги [17]. Проте нині вони залишаються найбільш вразливими та незахищеними членами суспільства. В умовах гострої політичної та економічної кризової ситуації в Україні постає проблема достатнього забезпечення прав дитини в різних сферах її життєдіяльності: освіті, медицині, культурі. Та найгостріше постає питання захисту прав та свобод дитини. Розв'язання цієї проблеми потребує докладного дослідження не лише правового регулювання захисту, а й різних суміжних питань. Одним із таких є поняття правового статусу дитини [1].

На жаль, чинне вітчизняне законодавство не містить визначення поняття "правовий статус дитини", що обумовлює потребу звернутися до наукових напрацювань із цього питання. Перш за все зауважимо, що у науковій літературі відсутній єдиний підхід щодо тлумачення вказаного поняття. На нашу думку, така ситуація обумовлена відсутністю уніфікованого підходу щодо розуміння правового статусу в загальному. Адже поняття

"правовий статус дитини" є похідним від загального поняття "правового статусу особи".

Так, наприклад, Б.В. Стефанюк вважає, що правовий статус особи – це закріплені у відповідних джерелах права і гарантовані державою суб'єктивні права та юридичні обов'язки особи [22, с. 44]. М.Ю. Щирба визначає правовий статус особи через сукупність таких компонентів, як принципи правового статусу, права і свободи особи та гарантії їх реалізації, обов'язки особи та юридична відповідальність за їх невиконання [26, с. 19].

Щодо поняття безпосередньо правового статусу дитини, то на думку І. Бандурки, правовий статус дитини – це об'єктивовані та формалізовані у праві можливості, необхідні особистості дитини для її всебічного розвитку, правовий стан, який відображає становище дитини у взаємодіях з іншими суб'єктами права [1]. Такої ж самої думки і С.А. Саблук [19, с. 147].

Водночас, О.М. Ригіна вважає, що під правовим статусом дитини слід розуміти права та свободи (певною мірою, зважаючи на вік дитини, її обов'язки), правоздатність, дієздатність, гарантії забезпечення здійснення цих прав, громадянство [18, с. 17].

Немає нині у науковій літературі єдності і щодо структурних елементів правового статусу дитини. Так, одні науковці вважають, що ключовими елементами правового статусу дитини є права, свободи та обов'язки [14, с. 39]. На думку інших, елементами правового статусу дитини, з огляду на загальну концепцію правового статусу особистості, слід вважати: принципи правового положення дітей, правосуб'єктність дітей, громадянство дітей, права, свободи й обов'язки, гарантії прав дитини, а також засоби та способи їхнього захисту, відповідальність дітей [19].

На думку Н.М. Опольської, права дитини – це об'єктивно визначені соціально-економічним рівнем розвитку суспільства юридично гарантовані можливості задоволення потреб та інтересів дитини, реалізація яких є необхідною умовою для її нормального життя та гармонійного розвитку і здійснюється самою дитиною або за допомогою інших осіб. Під свободами науковець пропонує розуміти законодавчо закріплену та гарантовану можливість дитини реалізовувати особисті потреби та інтереси, зумовлені її віковими особливостями фізичного, інтелектуального, культурного розвитку, це можливість здійснення незалежного вибору певного рішення, а також свободу вираження думок, невтручання у сферу особистих переконань. На її думку, відмінність між правами та свободами дитини виявляється у тому, що більшістю прав дитина користується з народження, а використовувати законодавчо закріплені свободи дитина до певного віку не може, оскільки їх реалізація потребує певного рівня інтелектуального розвитку [16]. Наведена позиція видається цілком слушною.

Зауважимо, що сучасне розуміння прав дитини виходить із визнання цінності дитинства як особливого, значущого і абсолютно необхідного періоду в житті кожної людини. Містком від ювенальних прав до прав людини має стати природне право бути дитиною, яким володіє кожна людина у віці неповнолітнього [10, с.410]. Досліджуючи положення Конвенції ООН про права дитини, відмітимо, що нова система цінностей, проголошена в ній, визначає принципово новий підхід світу дорослих до світу дитини. Цей підхід заснований на визнанні пріоритетів запитів, інтересів, потреб дітей, самоцінності та суверенітету дитячої субкультури, прав дитини на особливу турботу, захист від протиправного примусу та насильств із боку дорослих [11].

Специфічність дитини як суб'єкта права полягає в тому, що вона не може внаслідок своєї фізичної і розу-

мової незрілості самостійно реалізовувати всі належні їй права. Саме тому дитина як суб'єкт права потребує, по-перше, виокремлення її як специфічного суб'єкта, по-друге – додаткової і постійної законодавчої підтримки з боку держави [23, с. 157].

Погоджуємося з Н.М. Крестовською у тому, що вихідними інтерпретаційними принципами у розумінні прав дитини мають бути такі:

1) визнання автономії особистості дитини, адже дитина не є власністю батьків або держави, як не є і дорослим у мініатюрі;

2) визнання відмінностей між природними, юридичними і реальними правами;

3) визнання пріоритету інтересів дитини перед інтересами інших суб'єктів права;

4) екзистенційно-гуманістичний підхід, що полягає в усвідомленні дитини як правової людини у процесі постійного розвитку та становлення правової особистості [10, с. 411].

Дитина виступає самостійним суб'єктом права. Саме тому на неї розповсюджується весь комплекс громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних прав людини. Згідно зі ст. 24 Конституції України держава гарантує правовий захист, матеріальну і моральну підтримку дитинства. Це свідчить про те, що держава не є пасивним учасником при реалізації зазначених норм права, а активно сприяє забезпеченню реалізації прав дитини та виконує функцію її соціального захисту. Отже, із погляду права, дитинство – це визначний суспільством і державою період, в якому здійснюється реалізація прав та обов'язків дитини.

Аналізуючи норми Конвенції про права дитини, Конституції України, Закону України "Про охорону дитинства" та інших нормативних актів, можна виокремити такі групи прав неповнолітніх:

1) особисті (фізичні) права – право на життя (виживання); право на охорону здоров'я; право на захист від усіх форм насильства; право на повагу честі й гідності; право на свободу слова, світогляду та віросповідання; право на ім'я й набуття громадянства; право на свободу, на невтручання в особисте, сімейне життя;

2) економічні права – право на власність; право на здійснення підприємницької діяльності; право на працю; право на користування об'єктами публічної (суспільної) власності; право на соціальне забезпечення;

3) культурні права – право на вільний розвиток своєї особистості; право на свободу об'єднання в громадські організації (участь у культурному і творчому житті); право на освіту [8, с. 11].

Відповідно до положень чинного законодавства України діти в сімейному праві можуть бути самостійними носіями майнових та немайнових прав. Особисті немайнові права дитини розглядаються як суб'єктивні особисті права, що мають об'єктом нематеріальні блага, які виникають із народження і припиняються з досягненням повної дієздатності, спрямовані на нормальний розвиток і соціалізацію дитини, мають високий ступінь публічного інтересу, що полягає у здійсненні контролю за діями батьків та осіб, що їх замінюють.

До особистих немайнових прав дитини, які закріплені нормами СК України, належать такі: право на ім'я, по батькові, на зміну прізвища, право на проживання в сім'ї разом із батьками, право на контакт із батьками та іншими родичами, право на вибір місця проживання, право на власну думку, право на повагу, право на захист [14, с. 4].

Сімейними правами дитини є права, які належать дитині від народження або з моменту, визначеного в законодавстві, до моменту досягнення особою вісімнадцятиріч-

ного віку, які спрямовані на забезпечення сімейного виховання та можливості розвитку особистості [14, с. 41].

Друга група прав дитини – майнові права. На законодавчому рівні поняття "майнові права дитини" не визначено, однак вказане поняття використовується в назві Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту майнових прав дітей". Із положень вказаного закону можна зробити висновки, що під майновими правами дітей законодавець розуміє як право власності дитини на майно, у тому числі на нерухоме майно, так і право користування житловим приміщенням. Норми Сімейного кодексу України закріплюють такі майнові права дитини, як право власності дитини на майно, право дитини на користування майном батьків для забезпечення виховання та розвитку, право дитини на утримання від батьків. Закон України "Про охорону дитинства" також оперує поняттям "майнові права дітей", розуміючи під ними як право власності дитини на майно, так і її житлові права, спадкові права, зобов'язальні права. Крім того, діти стають і власниками цінних паперів, успадковують частки у статутних капіталах господарських товариств, тому вони стають ще й учасниками корпоративних відносин, а отже, їм належать і корпоративні права, серед яких існують і майнові права, зокрема право брати участь у розподілі прибутку товариства й одержувати його частину (дивіденди) та ін. [9, с. 96].

Майновими правами дитини, які обумовлені сімейно-правовим статусом дитини, є право власності дитини на майно, право дитини на користування майном батьків, право дитини на утримання від батьків та інших осіб, право дитини на рівень життя, необхідний для її розвитку [14, с. 42].

Відповідно до ст. 177 Сімейного кодексу батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження, але водночас на них покладається обов'язок дбати про збереження такого майна та використання його в інтересах дитини. Заслужує на увагу також положення ч. 2 ст. 171 Сімейного кодексу "Враховання думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя", відповідно до якої дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана при вирішенні між батьками, іншими особами спору щодо управління її майном. Водночас ч. 2 цієї статті передбачає можливість прийняття судом рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають її інтереси. Відповідно до ст. 177 СК після припинення управління батьки зобов'язані повернути дитині майно, яким вони управляли, а також доходи від нього, а неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном. Проте ст. 178 СК установлює право батьків використовувати дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, на виховання та утримання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї. Отже, при виникненні спору необхідно буде довести саме цільове використання батьками доходів, отриманих від використання майна малолітньої дитини [23, с. 159].

У контексті дослідження майнових прав дітей доречним убачається зауваження І.В. Жилінкової щодо виокремлення двох груп таких прав:

1) майнові права, реалізація яких здійснюється самостійними діями неповнолітніх;

2) майнові права, реалізація яких здійснюється діями неповнолітніх, які виконуються зі згоди їхніх батьків [3].

Зазначимо, що законодавче закріплення прав дітей потягло за собою закріплення відповідних обов'язків у

батьків. Так, наприклад, на обов'язок батьків матеріально забезпечувати неповнолітніх, а також непрацездатних нужденних повнолітніх дітей можна подивитися і як на право дитини на турботу з боку своїх батьків. Це приклад злиття особистих і майнових прав дитини в родині. За відсутності такої турботи СК України дозволяє вдаватися до допомоги правових норм, що передбачають аліментні зобов'язання [20, с. 63].

Другим елементом у системі правового статусу дитини є обов'язки. Певні обов'язки покладаються на неповнолітню особу при досягненні відповідного віку. Однак недосягнення встановленого для певної відповідальності віку не звільняє неповнолітнього від дотримання обов'язків, наприклад обов'язку дотримуватися встановленого порядку у громадських місцях тощо. У разі вчинення правопорушення особою, котра не досягла віку, з якого настає відповідальність, відповідальність може покладатися на батьків неповнолітнього правопорушника (приклад – ст. 184 КУпАП "Невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей") [12].

Щодо обов'язків дитини у сфері сімейного права, то чинне законодавство, враховуючи особливості дитини, майже не встановлює обов'язків для дітей. Обов'язком дітей, закріпленим чинним законодавством України у сфері сімейного права, є передбачений ч. 1 ст. 172 СК України обов'язок: дитина зобов'язана піклуватися про батьків, проявляти про них турботу та надавати їм допомогу. Турбота та піклування про батьків із боку дітей як їх обов'язок носить більшою мірою моральний характер та відбиває релігійні парадигми. Закріплення такого обов'язку дитини на законодавчому рівні є певною мірою недоцільним, оскільки змусити дитину турбуватися та піклуватися про батьків за допомогою державного примусу просто неможливо [14, с. 42].

Як доречно зауважує Н.М. Крестовська, ювенальні обов'язки як вид та міра належної поведінки, прямо приписані виключно дитині, в українському праві відсутні (на відміну від ювенального законодавства Азербайджану, Білорусі, Казахстану). Ті ж обов'язки, які закріплені національним конституційним та галузевим законодавством, є по суті модифікацією обов'язків дорослого [10, с. 412].

Серед наукових підходів до визначення обов'язків дітей, на думку автора, найвдалішою є класифікація С. Котелічука. Так, обов'язки дітей можна поділити:

1) залежно від ступеня визначеності в системі законодавства:

а) основні – тобто ті, які визначені Конституцією України;

б) неосновні – ті, які визначаються іншими нормативно-правовими актами;

2) залежно від зовнішньої форми виразу:

а) активна – тобто така форма виконання обов'язку, яка передбачає виконання покладених обов'язків (наприклад, сплата податків);

б) пасивна – передбачає утримання від учинення певних дій, заборонених законом (наприклад, обов'язок не заподіювати шкоди природі);

3) залежно від форми реалізації:

а) добровільне виконання й дотримання приписів правових норм;

б) примусове;

4) за характером суб'єктів:

а) обов'язки, що покладаються на всіх громадян;

б) обов'язки, що покладаються на осіб, які не досягли віку повноліття (наприклад, набуття повної загальної середньої освіти);

в) обов'язки, що покладаються на осіб, які є батьками, опікунами або піклувальниками неповнолітніх (наприклад, обов'язок виховання дітей, відшкодування заподіяних малолітнім матеріальних збитків тощо) [8].

Зважаючи на викладене вище, можна зробити висновки про те, що правовий статус дитини має динамічний характер. Адже діти від народження набувають певних прав та обов'язків, обсяг яких протягом періоду змінюється та припиняється з досягненням повноліття. Ці зміни пов'язані з незалежними від волі суб'єкта подіями – досягненням відповідного віку. Так, відповідно до ч. 2 ст. 31 Цивільного кодексу України, малолітня особа не несе відповідальності за завдану нею шкоду [35]. Однак із набуттям неповної цивільної дієздатності та досягненням чотирнадцятирічного віку неповнолітня особа несе відповідальність за порушення договору, укладеного нею особисто, і в інших випадках передбачених ст. 33 Цивільного Кодексу України. Таким чином на неповнолітню особу покладається більший ступінь відповідальності за свої дії чи бездіяльність.

За своєю природою правовий статус дитини можна поділити на загальний, спеціальний і індивідуальний статуси. Загальний правовий статус притаманний кожній дитині як людині або громадянину і закріплений в Конституції. Спеціальний правовий статус дитини характеризується особливостями, притаманними саме конкретній категорії осіб – дітям. Цей статус відокремлений за певним юридично важливим критерієм, а саме: віковим обмеженням. Так, дитина належить до особливої вікової групи: малолітня або неповнолітня особа. Спеціальний статус може певною мірою звужувати або розширювати загальний статус, оскільки регулюється в рамках декількох галузей права: цивільного, сімейного, трудового, конституційного, кримінального та ін. Індивідуально правовий статус дитини притаманний конкретному суб'єкту правовідносин та дає змогу індивідуалізувати його серед інших суб'єктів, розкривається через персоналізовані права та обов'язки, враховуючи конкретні, природні і набуті здатності та особливості, а саме: вік, сімейне, трудове становище, стан здоров'я тощо [14, с. 39; 21, с. 903].

Для забезпечення дітям можливості визначити себе як особистість і реалізувати свої можливості в безпечних і сприятливих умовах, у середовищі сім'ї або опікунів, для підготовки їх до життя у вільному суспільстві та захисту дітей, створено ряд документів на державному та міжнародному рівні [6]. Серед них: Конституція України, Сімейний Кодекс України, Цивільний Кодекс України, Загальна декларація прав людини (1948), Декларація прав дитини (1959), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1966), Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966), Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом (1975), Конвенція ООН "Про права дитини" ратифікована Україною 27.02.1991 р., Закон України "Про охорону дитинства", Конвенція Міжнародної організації праці № 182 "Про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці", ратифікована 5 жовтня 2000 р. Верховною Радою України. Адже саме в цих нормативно-правових актах ми віднаходимо джерела права, якими визначається міра автономності суб'єкта, який, будучи учасником суспільних відносин, стає носієм не лише відповідних характеристик правоздатності та дієздатності, але саме і потрапляє до сфери правового регулювання і правового впливу.

Останніми роками правовому статусу дитини, зокрема її правам, на законодавчому рівні приділяється велика увага. Про це може свідчити навіть факт імплементації низки міжнародно-правових актів у національне законодавство України [14, с. 42]. Так, зокрема, за

національним законодавством (п. 1 ст. 6 Сімейного кодексу) правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття [34]. Ця норма дає визначення поняття дитини як учасника сімейних відносин. Такий підхід до поняття відображений також у ст. 1 Закону України "Про охорону дитинства": дитина – особа віком до 18 років (повноліття), якщо згідно із законом, застосованим до неї, вона не набуває прав повнолітньої раніше [32]. Зазначені норми національного законодавства цілком відповідають міжнародним. Згідно зі ст. 1 Конвенції про права дитини 1989 р. дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосованим до цієї особи, вона не досягає повноліття раніше [29].

Важливим кроком на шляху захисту прав дітей є запровадження інституту Уповноваженого Президента України із прав дитини, який започатковано у серпні 2011 р. Основним завданням Уповноваженого є формування чіткої концепції діяльності та державної політики у сфері захисту прав та інтересів дітей. Права Уповноваженого Президента України із прав дитини є дещо вужчими за своїх змістом, ніж права Уповноваженого Верховної Ради із прав людини. Це пояснюється перш за все тим, що відповідно до п. 4 Положення про Уповноваженого Президента України із прав дитини Уповноважений має право лише звертатись до державних органів, у тому числі правоохоронних, із питань відновлення порушених прав та законних інтересів дитини. Тобто, ані правом бути присутнім на засіданнях судів усіх інстанцій, ані правом звертатися до суду про захист прав і свобод осіб, які через недосягнення повноліття неспроможні захистити свої права і свободи, Уповноважений Президента України із прав дитини не наділений. Оскільки діяльність із захисту прав дитини визначена Президентом України як загальнодержавний пріоритет, Н.В. Лозко вважає за необхідне внести зміни до Сімейного кодексу України, шляхом включення окремої статті такого змісту: "У випадках, установлених законом, Уповноважений Президента України із прав дитини, може звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів дітей та брати участь у цих справах". Відповідно до ч. 1 ст. 154 Сімейного кодексу України батьки мають право на самозахист своєї дитини, повнолітніх дочки та сина. У цьому контексті значимо таке: норма згаданої статті вказує, що об'єктом самозахисту є своє право, а не сама дитина та захист її прав. Тому, на її думку, доцільно було б викласти ч. 1 ст. 154 Сімейного кодексу України в такій редакції: "Батьки мають право на самозахист прав та інтересів своєї дитини, повнолітніх дочки та сина від порушень та протиправних посягань". У той самий час, варто внести відповідні зміни і до ч. 1 ст. 258 та ч. 1 ст. 262 Сімейного кодексу України. Авторка акцентує увагу на тому, що зазначена вище норма, ч. 1 ст. 154 дещо суперечить змісту самої статті. Оскільки ч. 2 ст. 154 Сімейного кодексу України вказує, що батьки мають право звертатись до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, а також непрацездатних сина, дочки як їх законні представники без спеціальних на те повноважень. Тобто, порядок захисту прав та інтересів дитини визначено ч. 2 ст. 154 Сімейного кодексу України, де прямо зазначається юрисдикційна форма захисту прав [8, с. 56–57].

Однак, проблема захисту прав дітей і на сьогодні не втрачає актуальності і вона має вирішуватись, перш за все, на законодавчому рівні. Увага до захисту прав неповнолітніх наразі повинна підвищуватись з урахуванням негативних процесів у соціально-економічній, мо-

рально-психологічній та інших сферах суспільного життя, які не найсприятливішим чином впливають на свідомість та поведінку зазначеної категорії осіб [15, с. 378]. Адже сьогодні в Україні дуже часто порушуються права дітей, не виконуються національні та міжнародні норми, що їх забезпечують. Так, До Всесвітнього Дня боротьби з дитячою працею, громадські організації презентували результати моніторингу виконання у 2010–2013 рр. планів заходів загальнодержавної програми "Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини" на період до 2016 р. Дослідження показало – досі не вирішеними залишаються питання імунізації дітей, доступу до медичних послуг дітей у сільській місцевості, впровадження системи інклюзивного навчання для дітей з особливими потребами, регулювання дитячої праці та виявлення і надання допомоги дітям, які постраждали від сексуальної експлуатації та жорстокого поводження. Національна дитяча "гаряча лінія" 0 800 500 225 також констатує – українські діти та їхні батьки часто скаржаться на порушення дитячих прав і неможливість їх відстоювання. За неповні півроку за консультаціями на "гарячу лінію" звернулися понад 7500 громадян [25].

12 жовтня 2016 р. відбулися парламентські слухання на тему: "Права дитини в Україні: забезпечення, дотримання, захист". Головну увагу зосереджено на проблемах дотримання прав дітей у державі. Зокрема, зазначалося, що в Україні посилюються негативні тенденції у сфері забезпечення та захисту прав дітей. Окремі акценти зроблено на проблемах захисту прав та інтересів внутрішньо переміщених дітей, у тому числі дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування. За непокоєння учасників парламентських слухань викликала і ситуація із забезпеченням права дітей на охорону здоров'я. Також обговорювалися питання щодо забезпечення повноцінного життя дітям з інвалідністю та ін. У 2015–2016 рр. у межах програми реформування соціальної сфери України відбулося скорочення соціальних програм щодо підтримки дітей. Зокрема, припинено фінансування фахівців із соціальної роботи, які працювали на попередження соціального сирітства у громадах за рахунок державних дотацій місцевих бюджетів. Також припинено фінансування санаторно-курортного лікування, оздоровлення та відпочинку дітей, дитячо-юнацьких спортивних шкіл за рахунок Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності. Багатодітні сім'ї, дитячі будинки сімейного типу позбавлено пільг на оплату житлово-комунальних послуг; діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, втратили право на вступ поза конкурсом до вищих навчальних закладів; скасовано безкоштовне харчування учнів 1–4 класів загальноосвітніх навчальних закладів. Значна частина проблем у забезпеченні прав дітей викликана соціально-економічною кризою та російською агресією. Як наслідок, у державі посилюються негативні тенденції у сфері забезпечення та захисту прав дітей, оскільки питання захисту прав дітей відходять на другий план у діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. [17].

Вирішення окремих із наведених вище проблем очікується із прийняттям Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом удосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів", від 7 грудня 2017 р., Указу Президента України "Про першочергові заходи щодо захисту прав дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб із їх числа" № 5 від 12 січня 2018 р. та Закону України "Про внесення змін до деяких законо-

давчих актів України щодо захисту житлових прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб з їх числа" від 8 лютого 2018 р. Однак, чи підтвердяться наші очікування покаже лише час.

Висновки та пропозиції. Викладене вище дозволяє зробити висновок про те, що на сьогодні у сфері визначення правового статусу дитини є чимало як теоретичних, так і практичних проблем. Зокрема, чинне національне законодавство щодо правового статусу дитини у сімейних відносинах містить чимало колізій та прогалин, а тому потребує вдосконалення. Окрім того, в Україні не виконуються повною мірою міжнародні стандарти прав дитини, відсутній дієвий чітко визначений механізм захисту прав дітей.

Розглянуті в роботі заходи сприятимуть вирішенню вказаних вище проблем та вдосконаленню правового регулювання правового статусу дитини у сімейних відносинах.

Насамкінець, зауважимо, що правове регулювання правового статусу дитини у сімейних правовідносинах потребує подальших наукових досліджень. Зокрема, щодо його окремих елементів та законодавчого забезпечення.

Список використаних джерел:

- Бандурка І. Правовий статус дитини у світлі кримінально-правового захисту дитинства / І. Бандурка // Віче. – липень 2015. – № 14. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua>
- Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом від 15.10.1975 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/go/994_568
- Жилінкова І.В. Проблеми правового режиму майна членів сім'ї: дис. ... д-р юрид. наук: 12.00.03 / І.В. Жилінкова. – Х., 2000. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Z0q9OcOcsQ8J:www.irbisnbnv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbnv/cgi/irbis_64.exe%3FC21COM%3D2%26I21DBN%3DARD%26P21DBN%3DARD%26Z21ID%3D%26Iimage_file_name%3DDDOC/2000/00givmes.zip%26IMAGE_FILE_DOWNLOAD%3D1+&cd=1&hl=uk&ct=clnk&gl=ua
- Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом удосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів", від 7 грудня 2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2234-19>
- Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту житлових прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб з їх числа" від 8 лютого 2018 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5045&skl=9
- Законодавство про права дітей. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nvk240.com/the-rights-of-parents-and-children/53-law-of-ukraine-on-rights-of-child>
- Конвенція Міжнародної організації праці "Про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці" № 182 від 17.06.1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/go/993_166
- Котелічук С. Теоретико-правові проблеми правового статусу неповнолітніх в Україні та забезпечення його реалізації як один із основних напрямів діяльності міліції: автореф. на здоб. наук. спец.: 12.00.01 / С. Котелічук // Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. – К., 2004. – 19 с.
- Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Красицька. – В., 2015. – 496 с.
- Крестовська Н.М. Сучасне розуміння прав дитини / Н.М. Крестовська // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 409–413.
- Крестовська Н. Новий погляд на права дитини / Н. Крестовська // Університетські наук. записки. – 2005. – № 3. – С. 425–427.
- Лозко Н.В. Проблема захисту прав та інтересів дітей у сімейному законодавстві України / Н.В. Лозко // Сучасні виклики українського права у контексті європейської інтеграції. Бюлетень. – квітень 2016. – № 1 (1) – С. 54–57.
- Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966 р.
- Найман Н. Сімейно-правовий статус дитини / Н. Найман // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 38–43.
- Ніколайчук А.І. Сучасний стан захисту прав дітей / А.І. Ніколайчук // Форум права. – 2014. – № 1. – С. 378–381.
- Опольська Н.М. Правове забезпечення прав та свобод дітей в Україні (теоретико-правовий аспект) / Н.М. Опольська. – К., 2010. – 225 с.
- Парламентські слухання на тему: "Права дитини в Україні: забезпечення, дотримання, захист". [Електронний ресурс]. – Режим до-

ступу : http://sotszahist.mk.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=7519:12-2016-n&catid=20:2011-08-03-17-09-36

18. Ригіна О.М. Проблема інтерпретації терміну "правовий статус дитини" теоретико-правовий аспект / О.М. Ригіна // Право та державне управління. – 2017. – № 3. – С. 12–18.

19. Саблук С.А. Окремі аспекти правового статусу дитини / С.А. Саблук // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3 (15). – С. 143–147.

20. Семиполець В.В. Правові наслідки набрання сили рішеннями суду в справах про позбавлення батьківських прав / В.В. Семиполець // Прикарпатський юрид. вісн. – 2015. – № 3. – С. 61–64.

21. Синегубов О.В. Правовий статус дитини, як учасника особистих немайнових відносин / О.В. Синегубов // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 900–906.

22. Стефанюк Ю.В. Правовий статус особи: поняття і класифікація / Ю.В. Стефанюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2016. – № 4. – С. 42–43.

23. Стоянов А. До питання забезпечення дотримання прав дитини на нерухоме майно в сімейних правовідносинах / А. Стоянов // Науковий вісн. Ужгородського нац. ун-ту. – 2015. – № 30. – С.157–162.

24. Указ Президента України "Про першочергові заходи щодо захисту прав дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб із їх числа" № 5 від 12 січня 2018 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/52018-23462>

25. Україна не повністю дотримується Конвенції ООН про права дитини. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.la-strada.org.ua/ucp_mod_news_list_show_458.html

26. Щирба М.Ю. До дискусії про правовий статус особи / М.Ю. Щирба // Наше право. – 2017. – № 4. – С. 15–20.

27. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/995_015

28. Декларація прав дитини від 20.11.1959 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/995_384

29. Конвенція про права дитини від 27. 02. 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/995_021

30. Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25.01.1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/994_135

31. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

32. Закон України "Про охорону дитинства" від 26.04.2001 № 2402-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

33. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/995_043

34. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

35. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

Надійшла до редколегії 20.02.18

С. Цемко, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВОВОЙ СТАТУС РЕБЕНКА В СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЯХ

Дана обшая характеристика правового статуса ребенка в семейных отношениях. Исследованы отдельные элементы правового статуса ребенка. Осуществлен правовой анализ действующих нормативно-правовых актов и научно-теоретических источников по данному вопросу. В результате исследования, на основании комплексного, всестороннего научного анализа, выявлен ряд проблем теоретического и практического характера в определении правового статуса ребенка в семейных отношениях по законодательству Украины. Рассмотрен комплекс рекомендаций по их решению.

Ключевые слова: правовой статус ребенка, элементы правового статуса, права ребенка, обязанности ребенка, семейные отношения.

S. Tsemko, Postgraduate

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL STATUS OF A CHILD IN DOMESTIC RELATIONS

The article contains a general description of a legal status of a child in domestic relations. The individual elements of the child's legal status are researched. Legal analysis of acting legal acts are scientific and theoretical sources on the subject and deeply analyzed. As a result of a comprehensive research, based on an integrated, comprehensive, scientific analysis, revealed a number of problems of theoretical and practical character in legal status of a child in domestic relations. The complex of recommendations for their solution is considered.

Key words: legal status of a child, elements of the child's legal status, children's rights, child responsibility, domestic relations.

УДК 347.9

Н. Кіреєва, канд. юрид. наук, доц.,
Є. Приймак, магістрант

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ПРОВЕДЕННЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТІ СУДДІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню проблемних аспектів проведення врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України. Проаналізовано основні переваги та недоліки цієї процедури та запропоновано внести зміни до чинного цивільного процесуального законодавства України.

Ключові слова: врегулювання спору за участі судді, судове примирення.

Постановка проблеми. В умовах становлення України як демократичної, правової держави та її інтеграції до європейського співтовариства одним з основних напрямків судово-правової реформи є підвищення ефективності цивільного судочинства, що передбачає запровадження судових примирних процедур. Як примирні процедури особливу значимість набуває врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України (судове примирення), яке отримало законодавчу регламентацію із прийняттям змін до чинного Цивільного процесуального кодексу (ЦПК) України шляхом включення до розділу III гл. 4 "Врегулювання спору за участі судді". Це нововведення дозволяє інакше оцінити роль і місце традиційного правосуддя у вітчизняній правовій системі, проте у зв'язку з недосконалістю норм цивільного процесуального

законодавства України, виникає певний ряд проблемних аспектів проведення врегулювання спору за участі судді, які потребують свого вирішення та пропозицій щодо практичного вдосконалення.

Актуальність теми полягає в наявності практичної необхідності дослідити процедуру врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України, виявити її проблемні аспекти та запропонувати шляхи їх усунення. Зазначимо, що впровадження такого інституту у вітчизняне цивільне судочинство здатне вирішити цілий ряд проблемних аспектів розгляду і вирішення цивільних справ, адже передбачається створення абсолютно нового для українського правосуддя механізму врегулювання спору, в якому фактично відбувається зміна ролі та призначення суду, а недосконалість цієї процедури може

привести до проблем, пов'язаних із реалізацією на практиці як усього інституту врегулювання спору за участі судді, так і окремих його елементів та процедур.

Ступінь розробленості теми. Питання врегулювання спору за участі судді, а саме, примирення сторін у цивільному судочинстві в межах інституту мирової угоди та мирової юстиції досліджували такі науковці: А.С. Цибуляк-Кустевич, Т.А. Цувіна, Д.Л. Давиденко, Д.Л., С.І. Калашникова, О.М. Шеменєва, Т.В. Сахнова та ін. Станом на сьогодні можна спостерігати відсутність достатньої кількості наукових досліджень у цій сфері цивільної процесуальної науки. Саме тому ці питання потребують подальшого ґрунтовного наукового дослідження.

Метою статті є дослідження проблемних аспектів проведення врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом [1]. При цьому захист прав та законних інтересів суб'єктів спірних цивільних правовідносин у суді може здійснюватися різними способами: шляхом вирішення судом спору в рамках розгляду цивільної справи по суті; шляхом укладення сторонами мирової угоди та затвердження її судом, або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або в разі відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем.

Зазначимо, що до внесених змін у чинний ЦПК України в частині доповнення розділу III главою 4 "Врегулювання спору за участі судді", реалізація таких диспозитивних прав сторонами, як відмова позивача від позову, подання заяви позивачем про залишення позовної заяви без розгляду, визнання позову відповідачем, укладення мирової угоди, могла здійснюватися протягом усього судового розгляду та не була прив'язана до конкретної стадії чи процесуальної дії.

На основі появи у вітчизняному цивільному судочинстві процедури врегулювання спору за участі судді та аналізу глави, присвяченої правовому регулюванню вказаної процедури примирення, можна зробити висновок про те, що законодавець саме на стадію врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі покладає основні очікування щодо реалізації сторонами згаданих вище диспозитивних прав.

Із цієї метою передбачено конкретний порядок проведення врегулювання спору за участі судді, головним завданням якого є досягнення мирного врегулювання спору між сторонами шляхом укладення мирової угоди, відмови позивача від позову, подання заяви позивачем про залишення позовної заяви без розгляду, визнання позову відповідачем.

Незважаючи на те, що законодавець визначив процесуальний порядок судового примирення, виникає певний ряд проблемних аспектів проведення врегулювання спору за участі судді, що потребують свого вирішення та пропозицій щодо практичного вдосконалення.

Перш за все, серед юридичної спільноти гостро критикується тема стосовно того, чому саме суддя, який відкрив провадження по справі, має здійснювати врегулювання спору між сторонами в цивільному процесі.

Зауважується, що більш доречним було б, якби врегулювання спору в цивільному процесі проводив або спеціально навчений та підготовлений медіатор, який не є суддею, але працює при суді, або ж суддя-медіатор, із числа суддів, який спеціалізуватиметься виключно на процедурі врегулювання спору в цивільному процесі, наприклад, слідчий суддя у кримінальному процесі, [2].

Проблема та нереалістичність таких пропозицій пов'язана з тим, що більшість юристів отожднює роль суду, який здійснює врегулювання спору в цивільному судочинстві, та медіатора, який діє в такому виді альтернативного вирішення спорів, як медіація, тим самим, проводячи паралель між процедурою врегулювання спору за участі судді та класичною моделлю медіації, що є помилковим.

Врегулювання спору за участі судді у вітчизняному цивільному процесі є аналогом оціночного судового примирення в Канаді, в якому примирителем виступає саме суддя, який є юристом, та далеко не завжди володіє психологічними навичками, на відміну від медіатора. Це пов'язано з тим, що така концепція судового примирення орієнтована на те, що суддя повинен знати діючі норми права, які мають бути застосовані в конкретних правовідносинах, та має бути ознайомлений із судовою практикою в аналогічних справах і тому може припустити, як може закінчитися розгляд та вирішення конкретної цивільної справи у порядку позовного провадження, роз'яснив сторонам реальні перспективи справи.

Більше того, відповідно до ч. 5 ст. 203 ЦПК України судді під час закритих нарад надається право звернути увагу сторони на судову практику в аналогічних справах та пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору. Тому можна ствердно констатувати, що обґрунтованою є участь у врегулюванні спору в цивільному процесі України судді, який відкрив провадження у справі.

У нашому випадку справедливо буде зазначити, що покладання ролі примирителя на суддю, у провадженні якого перебуває справа, має свої недоліки та переваги.

До очевидних переваг належать такі: суддя, у провадженні якого перебуває справа, безпосередньо зацікавлений у врегулюванні спору, оскільки вказане дозволить заощадити його час (який би він витратив на розгляд справи) та істотно поліпшити якісні показники своєї роботи, а тому він мотивований на досягнення результату щодо врегулювання спору.

Також у цьому випадку важливим, на нашу думку, може бути і психологічний фактор, який полягає в тому, що в ході проведення саме судового примирення (врегулювання спору за участі судді) сторони схильні більш серйозно сприймати як саму процедуру врегулювання спору, так і свою участь у ній.

Зазначимо, що участь судді у процедурі врегулювання спору, на нашу думку, не позбавлена недоліків. З урахуванням гостроти проблеми навантаження на суддів (що, як відомо, також є одним із рушійних факторів судової реформи) існують ризики того, що мало хто із суддів зможе без шкоди для своїх професійних обов'язків якісно виконувати покладену на них роль примирителя у процесі врегулювання спору.

Більше того, зараз не зовсім зрозуміло, яким є ставлення самих суддів до зазначеного інституту і покладених на них обов'язків. Не слід забувати, що запроваджені інститут врегулювання спору за участю судді відрізняється від судового процесу в його загальноприйнятному розумінні в нашій державі. А тому перехід до нової концепції правосуддя (яке покликане сприяти примиренню сторін, полегшувати переговори, зберігати відносини між сторонами) може бути сповнений перешкодами, пов'язаними із продовженням розгляду суддями справ із позиції застосування права, а не шляхом спонукання сторін до досягнення компромісу.

Заслуговує на увагу позиція стосовно можливості проведення врегулювання спору за участі суддів у відставці. Це пов'язано з тим, що судді, які перебувають у відставці, мають величезний досвід судового

правозастосування, високий рівень правосвідомості та правової культури, які довели свою людську і юридичну спроможність, та користуються заслуженим авторитетом у суспільстві.

До того ж статус судді у відставці є гарантією належного здійснення судового примирення, дає підстави для пред'явлення до суддів у відставці як до судових примирителів високих вимог та дозволяє зберігати довіру до їхньої компетентності, незалежності та неупередженості.

Наступним проблемним аспектом проведення врегулювання спору за участі судді є питання щодо згоди на це сторін до початку розгляду справи по суті. У свою чергу, за чинним ЦПК України така згода є необхідною та обов'язковою підставою проведення врегулювання спору за участі судді, що вважаємо абсолютно правильним та таким, що кореспондується з однією з основоположних засад цивільного судочинства – диспозитивністю.

Проте, аналізуючи різноманітні правові позиції, виявлено, що є аргументи стосовно того, аби зробити проведення врегулювання спору за участі судді обов'язковим в усіх випадках, тобто без згоди сторін цивільної справи.

Обґрунтовується така позиція занепокоєнням стосовно можливої неефективності закріпленої в ЦПК України процедури судового примирення у зв'язку з тим, що, незважаючи на реформу цивільного процесуального законодавства, ставлення сторін до цивільно-правового спору не змінилося, а отже, як позивач, так і відповідач напаштовані на класичний судовий розгляд справи по суті та можуть скептично відноситися до такої примирної судової процедури, як врегулювання спору за участі судді.

Проте вважаємо, що законодавець обрав правильний шлях, залишивши за сторонами цивільної справи право надавати згоду на проведення судового примирення (врегулювання спору), що цілком узгоджується з диспозитивністю цивільного процесу в цілому. Крім того, чинний ЦПК України не регламентує будь-яких додаткових вимог для підготовки судді, що буде врегульовувати спір. Така відсутність вимог має і позитивні, і деякі спірні негативні моменти.

З одного боку, деякі юристи вважають, що наявність у судді знань лише в області юриспруденції дозволяє оцінити йому спір лише із правової точки зору, не вдаючись у його тонкощі, у той час як володіння ним психологічними кваліфікаціями та навичками допоможе більш глибоко вникнути в суть конфлікту, що в подальшому може сприяти сторонам у виробленні взаємоприйнятних умов вирішення спору.

З іншого боку, є виправданою відсутність будь-яких спеціальних вимог або ж додаткового навчання, оскільки для проведення врегулювання спору суддя не потребує спеціальних навичок на кшталт психологічних, комунікативних, адже фактично ними він уже має володіти на достатньому рівні, необхідному для здійснення правосуддя та виконання інших обов'язків, покладених на нього як на суддю.

Тому видаються недоречними, із метою аби спрямувати процес врегулювання спору у правильний напрям, пропозиції щодо спеціальної підготовки суддів у проведенні процедур АВС (альтернативного вирішення спорів) із наближення до загальноприйнятих принципів медіації, а потім запровадження переліку суддів, які матимуть відповідну кваліфікацію та достатній рівень для судового врегулювання спору за участю судді, тим самим фактично проводячи аналогію з інститутом слідчих суддів у кримінальному процесі України.

Проте з іншого боку, необхідним є прийняття розширених правових роз'яснень із приводу тлумачення ч. 4 ст. 203 ЦПК України, а саме, роз'яснення стосовно

"інших дій", які може здійснювати суддя, спрямованих на мирне врегулювання сторонами спору.

Справа в тому, що суддя в цивільному процесі, у тому числі й на стадії врегулювання спору за участі судді, – це особа, яка перш за все працює в певних межах, визначених законом, що відповідає загальноправовому принципу "дозволено лише те, що прямо передбачено законом". У свою чергу, існує певна неузгодженість норм ЦПК України, які регулюють проведення процедури врегулювання спору за участі судді, та визначального принципу діяльності суддів "дозволено лише те, що прямо передбачено законом".

Зокрема, неузгодженість із згаданим вище принципом викликає саме ч. 4 ст. 203 ЦПК України. Ця правова норма надає судді, окрім з'ясування підстав та предмета позову, підстав заперечень; роз'яснення сторонам предмета доказування для категорії спору, який розглядається; пропонування сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору право здійснювати інші дії, спрямовані на мирне врегулювання спору сторонами.

Можна стверджувати, що така процесуальна невизначеність дій судді на цій стадії може створити всі умови та можливості для перевищення своїх повноважень суддею під час врегулювання спору, адже правова конструкція "інші дії, спрямовані на мирне врегулювання спору" суддями може розумітися дуже широко та неоднозначно.

Цілком виправданим вважаємо те, що проведення процедури врегулювання спору за участі судді здійснюється до початку розгляду справи по суті, а суд постановляє ухвалу про це, якою одночасно зупиняє провадження у справі.

По-перше, це дозволяє визначити процедуру врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі як нової самостійної стадії цивільного процесуального права, відмінної від традиційних стадій своєю специфічністю, пов'язаною з виключенням її із загальних термінів судового розгляду цивільної справи в суді першої інстанції по суті.

По-друге, зупинення провадження у справі надасть можливість стимулювати сторони звернутися до процедури врегулювання спору за участі судді у зв'язку з тим, що його тривалість, яка складає не більше тридцяти днів із дня постановлення ухвали про його проведення, не впливатиме на вплив термінів, дотримання яких є необхідним для реалізації права на судовий захист.

Зважаючи на відносно нетривалу практику застосування процедури врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі України, в Єдиному державному реєстрі наявна велика кількість постановлених ухвал про проведення процедури врегулювання спору за участі судді. Така тенденція спостерігається на території всієї держави в різних областях України.

Показовим є те, що суди, постановляючи ухвалу щодо проведення процедури врегулювання спору за участі судді, виконують вимоги цивільного процесуального законодавства, одночасно зупиняючи такою ухвалою провадження у справі. Так, Голосівський районний суд міста Києва 25 січня 2018 р. у резолютивній частині ухвали про проведення процедури врегулювання спору за участі судді ухвалив провадження у справі зупинити до припинення процедури врегулювання спору за участі судді [3]. Таке саме положення міститься в резолютивній частині ухвали щодо проведення процедури врегулювання спору за участі судді Богодухівського районного суду Харківської області від 28 лютого 2018 р. [4].

Норма ЦПК України, яка не допускає повторного проведення врегулювання спору за участі судді у випа-

дку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору, дозволить уникнути такої проблеми цивільного процесу, як затягування судового розгляду, зловживання процесуальними правами тощо.

Чинним Цивільним процесуальним кодексом України, а саме ч. 1 ст. 203 передбачається, що врегулювання спору за участю судді здійснюватиметься у формі спільних та (або) закритих нарад, при цьому допускається участь у таких нарадах у режимі відеоконференції. Спільні наради будуть проводитися за участю всіх сторін спору, їх представників і судді. У свою чергу, закриті наради проводяться за ініціативи судді з кожною зі сторін окремо.

Однак, аналіз судової практики показує, що не завжди першою у процедурі врегулювання спору за участі судді призначається спільна нарада за участю сторін, їх представників та судді. Так, Мелітопольський міський районний суд Запорізької області в резолютивній частині ухвали щодо проведення процедури врегулювання спору від 16 лютого 2018 р. постановив призначити першою саме закриту нараду з урегулювання спору, викликавши для її проведення позивачку [5]. Натомість Києво-Святошинський районний суд Київської області в ухвалі від 10 січня 2018 р. ухвалив провести першою спільну нараду за участі всіх сторін, їх представників та судді [6].

Аналізуючи цивільні процесуальні норми щодо проведення врегулювання спору за участі судді у формі нарад, можна дійти висновку про те, що фактично введено процедуру комунікації судді і сторін поза судовим засіданням, що було неприпустимим раніше.

При цьому в ЦПК України порядок проведення врегулювання спору за участі судді чітко не визначено. Процесуальними нормами тільки передбачено, що суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участі судді для досягнення сторонами врегулювання спору; роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участі судді, права і обов'язки сторін; з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору і здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору.

Зазначимо, що деякі суди вже в самій ухвалі щодо проведення процедури врегулювання спору за участі судді пропонують сторонам підготувати для спільної наради пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору. Так, Вінницький міський суд Вінницької області в ухвалі про проведення процедури врегулювання спору від 17 січня 2018 р. [7] та Новоселицький районний суд Чернівецької області в аналогічній ухвалі від 29 січня 2018 р. ухвалили запропонувати сторонам підготувати для спільних нарад пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору [8].

Особливу увагу звернемо на положення ст. 203 ЦПК України, яке дозволяє судді під час закритих нарад звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні і (або) її представникові можливі шляхи мирного врегулювання спору. Саме можливість судді звертати увагу на судову практику в аналогічних спорах надасть можливість переконати сторони у необхідності дійти згоди шляхом мирного врегулювання вже на етапі судового примирення.

Також викликає інтерес питання про застосування обмежень, яких повинен дотримуватися суддя при проведенні врегулювання спору з урахуванням принципів диспозитивності та змагальності в цивільному процесі, а також етичних вимог, що пред'являються до судді, принципів суддівської діяльності. З огляду на зазначене вище, відповідно до ч. 6 ст. 203 ЦПК України під час

проведення врегулювання спору суддя не має права давати сторонам юридичні поради та рекомендації, а також оцінку доказів у справі.

Слід підтримати таку позицію законодавця, адже недопустимість здійснення суддею таких дій зумовлена тим, що вони можуть викликати сумніви в неупередженості суду, перешкодити вільному волевиявленню сторін, або взагалі стати причиною укладення угоди під тиском суду на невідповідних умовах.

При цьому в будь-якому випадку процедура врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі означає позапроцесуальне, та свого роду, неформальне спілкування сторін цивільно-правового спору із суддею у формі спільних чи навіть закритих нарад. Така форма взаємодії судді та сторін цивільної справи може викликати в деяких випадках питання щодо упередженості судді на користь позивача або відповідача як сторін спору. Це пов'язано з тим, що суддя, обговорюючи зі сторонами можливі шляхи мирного врегулювання спору, неминуче вказує їм на слабкі сторони їхніх правових позицій, тим самим оцінюючи окремі обставини справи. Якщо в ході спільних та закритих нарад сторони не дійдуть згоди про мирне врегулювання спору, цей суддя мав би розглянути справу і ухвалити рішення. У сторін можуть виникнути сумніви в його неупередженості.

Запобігти вказаним проблемам має законодавча новела, а саме, ч. 4 ст. 204 ЦПК України, яка визначила імперативну вимогу передати справу на розгляд іншому судді у разі припинення врегулювання спору з підстав подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участі судді; закінчення терміну врегулювання спору; за ініціативою судді у разі затягування врегулювання спору будь-якою зі сторін.

Тобто правильним є підхід законодавця щодо заборони розглядати справу суддею, який здійснював врегулювання спору, у разі недосягнення такого врегулювання мирним шляхом, що буде слугувати своєрідною гарантією неупередженості та незалежності судді.

Однією з переваг процедури врегулювання спору за участі судді є її конфіденційність. Інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час врегулювання спору, є конфіденційною, а під час проведення врегулювання спору протокол відповідних нарад не ведеться та не здійснюється його фіксування технічними засобами. Крім того, забороняється використовувати портативні, аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео- та звукозапис.

Так, ухвалою щодо проведення процедури врегулювання спору за участі судді Южного міського суду Одеської області від 05 лютого 2018 р. роз'яснено сторонам, що згідно із ч. 7 ст. 203 ЦПК України інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною [9]. Таке саме положення відображено і в резолютивній частині ухвали Самарського районного суду м. Дніпропетровська від 26 лютого 2018 р. [10].

Однак, при цьому залишається неврегульованим питання щодо зберігання інформації, отриманої в результаті встановленої можливості проводити наради в режимі відеоконференції. Тому слід урегулювати на законодавчому рівні питання збереження інформації, отриманої в результаті здійснення відеоконференції.

Запропоновано внести до ЦПК України норми щодо обов'язкового повернення сторонам цивільно-правового спору матеріалів, наданих учасниками нарад у рамках процедури врегулювання спору за участі судді шляхом доповнення ч. 2 ст. 204 ЦПК України такими реченнями: "Про припинення врегулювання спору за участі судді постановляється ухвала, яка оскарженню

не підлягає. Одночасно суддя вирішує питання про поновлення провадження у справі та повернення сторонам матеріалів, отриманих під час проведення врегулювання спору за участі судді".

Вийти із процедури мирного врегулювання спору сторони можуть у будь-який час. Зазначене положення цивільного процесуального законодавства України цілком збігається з головним принципом процедури врегулювання спору – добровільністю участі в ній і можливістю виходу із процедури на будь-якому її етапі.

До того ж, слід висловити думку щодо співвідношення процедури врегулювання спору за участі судді та мирової угоди як підстави припинення врегулювання спору за участі судді, адже мирова угода не може розглядатися як самостійна процедура примирення в межах урегулювання спору (судового примирення), оскільки вона є результатом, що досягається внаслідок спільних та закритих нарад зі сторонами та суддею.

У контексті додаткового стимулювання сторін у зверненні до процедури врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі доцільно внести зміни на законодавчому рівні (як це передбачено в інших країнах із різними концепціями примирних процедур), а саме, шляхом доповнення ст. 204 ЦПК України частиною 5 у такій редакції: "У разі припинення врегулювання спору за участі судді з підстави, передбаченої пунктом 4 частини першої цієї статті, сума у розмірі 50 % від сплаченого судового збору повертається позивачу".

Дискусійним, на нашу думку, є питання термінів проведення процедури врегулювання спору за участю судді. Згідно із ч. 1 ст. 205 ЦПК України врегулювання спору проводиться протягом розумного терміну, але не більше тридцяти днів із дня постановлення ухвали про його проведення.

Вважаємо, що процедура примирення в цивільному процесі, що проводиться суддею, не може бути ефективною на практиці, зокрема, через її обмеженість у часі, оскільки законодавчо визначений термін проведення врегулювання спору не дає можливості суддям з'ясувати справжні інтереси сторін для досягнення примирення.

Проблематика питання, пов'язаного із терміном проведення врегулювання спору полягає в тому, що навряд чи можна розраховувати на врегулювання складних цивільно-правових спорів, наприклад, тих, які тривають роками. Зазначимо, що в середньому (залежно від значення справи для сторін, категорії та складності справи, обсягу та характеру доказів, кількості сторін тощо) тривалість позасудового врегулювання спору може становити від одного до двох тижнів (у нескладних справах) до трьох-чотирьох місяців або ж перевищувати такі терміни.

Тобто обмеженість у часі та ресурсах може стати підставою для формального підходу до виконання суддями функції щодо врегулювання спору, що не сприятиме власне мирному врегулюванню спору між сторонами і не відповідатиме тій меті, яка першочергово закладалася при впровадженні зазначеного інституту у вітчизняний цивільний процес. З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне збільшити термін проведення процедури врегулювання спору за участі судді шляхом внесення змін до ч. 1 ст. 205 ЦПК України в такій редакції: "Врегулювання спору за участі судді проводиться протягом розумного терміну, але не більше шістдесяті днів із дня постановлення ухвали про його проведення".

Більше того, враховуючи, що термін проведення процедури врегулювання спору за участі судді в цивільному процесі є обмеженим та недостатнім, деякі суди цей термін штучно обмежують ще в самій ухвалі про проведення процедури врегулювання спору. Так, Рат-

нівський районний суд Волинської області в ухвалі щодо проведення процедури врегулювання спору за участі судді від 07 лютого 2018 р. ухвалив призначити проведення процедури врегулювання спору у справі у формі спільних закритих нарад терміном до 01.03.2018 р. включно [11]. Тобто, суд фактично скоротив термін проведення процедури врегулювання із тридцяти днів до двадцяти трьох, що може суттєво вплинути на можливість реально врегулювати спір мирним шляхом.

Суперечлива ситуація в судовій практиці склалася з тим, що хоча і більшість судів, постановляючи ухвалу про проведення процедури врегулювання спору, призначають спільну чи закриту нараду на конкретну дату та час, на жаль, в ухвалях деяких судів така інформація відсутня. Так, Тернопільський міський районний суд Тернопільської області в ухвалі про проведення процедури врегулювання спору від 26 лютого 2018 р. [12] та Бориспільський міський районний суд Київської області в такій же ухвалі від 02 лютого 2018 р. не визначили конкретний час та дату першої спільної чи закритої наради [13].

У той самий час закладені в нововведений механізм урегулювання спору принципи добровільності, конфіденційності, рівноправності сторін тощо відповідають загальноновизнаним принципам проведення примирних процедур, у зв'язку із чим, очевидно, вони повинні стати запорукою ефективності врегулювання спору за участі судді за умови неформалізованого підходу з боку судді і сторін цивільно-правового спору. Проте в будь-якому випадку обмеженість у часі, звичайно, може впливати на рішення сторін і ефективність самої процедури, однак не є визначальним фактором для успішного впровадження процедури врегулювання спору в цивільне судочинство України.

Ще одним проблемним аспектом проведення врегулювання спору за участі судді є те, що існують ризики зловживання цією процедурою. Зокрема, зазначена процедура може бути використана стороною (сторонами) із метою заміни судді в разі відсутності підстав для його відводу.

Незважаючи на всі як позитивні, так і негативні моменти впроваджені процедури судового примирення, очевидним є той факт, що успішність і ефективність інституту врегулювання спору за участі судді визначається не тільки її нормативним регулюванням, але й тими зовнішніми умовами, в яких цей інститут буде застосовуватися, зокрема, якістю судової системи, ставленням до зазначеного інституту суддів і сторін цивільно-правового спору, загальною культурою вирішення спорів, правовою культурою населення, економічною ситуацією у країні і багатьма іншими факторами.

Висновки. Таким чином, можна констатувати, що успішна інтеграція процедури врегулювання спору за участі судді в цивільний процес сприятиме побудові раціональної та ефективної системи здійснення правосуддя, а тому така інтеграція вимагає додаткових зусиль як з боку держави, так і з боку юридичної спільноти, у тому числі з метою формування у людей культури мирного вирішення конфліктів та підвищення їх попиту саме на такий спосіб урегулювання цивільно-правових спорів.

Список використаних джерел:

1. Конституція України № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80?find=1&text=%F1%F3%E4#w11>.
2. Черемисин П.Г. Примирительные процедуры и место мирового соглашения в их системе / П.Г. Черемисин // Вест. Высш. Хоз. Суда Респ. Беларусь. – 2010. – № 1. – С. 158–167.
3. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 25 січня 2018 р. по справі № 752/12388/17. [Електронний ресурс]. // Сдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71807329>.

4. Ухвала Богодухівського районного суду Харківської області від 28 лютого 2018 р. по справі № 613/898/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72476658>.

5. Ухвала Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області від 16 лютого 2018 р. по справі № 320/7161/16-ц. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72264181>.

6. Ухвала Києво-Святошинського районного суду Київської області від 10 січня 2018 р. по справі № 369/7562/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71545308>.

7. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 17 січня 2018 р. по справі № 127/12963/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71612778>.

8. Ухвала Новоселицького районного суду Чернівецької області від 29 січня 2018 р. по справі № 720/1862/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71866623>.

9. Ухвала Южного міського суду Одеської області від 05 лютого 2018 р. по справі № 519/890/17. [Електронний ресурс] // Єдиний держа-

вний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72080018>.

10. Ухвала Самарського районного суду м. Дніпропетровська від 26 лютого 2018 р. по справі № № 206/6339/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72413604>.

11. Ухвала Ратнівського районного суду Волинської області від 07 лютого 2018 р. по справі № 166/1422/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073349>.

12. Ухвала Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 26 лютого 2018 р. по справі № 607/16680/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72450310>.

13. Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 02 лютого 2018 р. по справі № 359/8283/17. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71988836>.

Надійшла до редколегії 20.02.18

Н. Киреева, канд. юрид. наук, доц.,

Е. Приймак, магістр

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ПРОВЕДЕНИЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ С УЧАСТИЕМ СУДЬИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ

Статья посвящена исследованию проблемных аспектов проведения урегулирования спора при участии судьи в гражданском процессе Украины. Проанализированы основные преимущества и недостатки данной процедуры и предложено внести изменения в действующее гражданское процессуальное законодательство Украины.

Ключевые слова: урегулирование спора при участии судьи, судебное примирение.

N. Kireeva, Candidate of Law Science, Docent,

E. Priyak, magistrate

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PROBLEM ASPECTS OF DISCUSSION BY THE PARTICIPATION OF THE JUDGE IN THE CIVIL PROCESS OF UKRAINE

The article is dedicated to the investigation of problematic aspects of the implementation of the dispute settlement procedure with the participation of a judge in the civil process in Ukraine. The main advantages and disadvantages of this procedure have been analyzed, and amendment to the current civil procedural legislation of Ukraine has been proposed.

Key words: judicial participation in settlement of disputes, judicial reconciliation.

УДК 347.91/.95(477)

О. Старченко, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА МЕЖІ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Досліджується правова природа спеціальних знань у цивільному процесі України. Автор акцентує увагу на комплексному характері спеціальних знань та зазначає, що спеціальні знання мають виключне процесуальне значення та використовуються в рамках здійснення правосуддя з метою сприяння процесу доказування.

Ключові слова: спеціальні знання, правосуддя, доказування.

Питання використання спеціальних знань у цивільному процесі України в умовах технічного розвитку суспільства набуває все більшої актуальності та значення для здійснення правосуддя. Так, нині в цивільному процесі існує ряд категорій справ, які не можуть бути вирішені по суті без застосування спеціальних знань та залучення у процес спеціальних суб'єктів, які відповідно до закону, використовують спеціальні знання. Саме тому проблематика використання спеціальних знань, а також особливості процесуального статусу учасників судового процесу, які безпосередньо використовують спеціальні знання в ході реалізації своєї процесуальної функції, потребують ґрунтовного науково-практичного дослідження. Сьогодні зазначимо про відсутність єдиного комплексного наукового дослідження щодо використання спеціальних знань у цивільному процесі, що призводить до труднощів у ході залучення суб'єктів ви-

користання спеціальних знань та кваліфікації результатів їх процесуальної діяльності.

У результаті реформування цивільного процесуального законодавства та прийняття нового Цивільного процесуального кодексу, залишилася невирішеною велика кількість принципів питань, пов'язаних з інститутом використання спеціальних знань у цивільному процесі України. Більше того, законодавець не надав особливої уваги трансформації та реформуванню цього інституту, що призводить до необхідності подальшого вдосконалення правової регламентації використання спеціальних знань у цивільному процесі України. Так, у Цивільному процесуальному кодексі України відсутнє законодавче визначення спеціальних знань, у зв'язку із чим виникають різні підходи до тлумачення поняття "спеціальні знання" в цивільному процесі України та визначення їх правової природи.

Стан дослідження проблематики. Проблеми правової природи спеціальних знань у цивільному процесі та безпосередньо правових статусів суб'єктів їх використання були предметом дослідження таких вітчизняних вчених-процесуалістів: С.С. Бичкова, Ж.В. Васильєва-Шаламова, Д.Г. Глушкова, В.Г. Гончаренко, К.В. Гусаров, Н.О. Кіреєва, М.Й. Штефан. Також ці проблеми досліджували й зарубіжні вчені-процесуалісти: О.Т. Боннер, А.Г. Давтян, О.О. Ейсман, Ю.М. Жуков, Т.А. Лілуашвілі, Ю.К. Орлов, І.Л. Петрухін, Л.Н. Ракітіна, І.В. Решетнікова, Т.В. Сахнова, М.К. Треушніков, М.С. Шакарян, А.Р. Шляхов.

У першу чергу зазначимо, що "спеціальні знання" – це правова категорія, яка визначає специфічне коло знань, які застосовуються уповноваженими суб'єктами з метою сприяння правосуддю в цілому. Тому, на нашу думку, відповідну категорію слід розглядати виключно в рамках здійснення правосуддя, оскільки поза судочинством ця правова категорія втрачає своє значення. Із цього приводу слушною є позиція О.А. Мохова, який зазначає, що гносеологія не виділяє особливої категорії "спеціальні знання". Факт уживання законодавцем терміна "спеціальні" обумовлений, на наш погляд, власне правовим, прикладним, процедурним аспектом існування і використання накопиченого людством знання для цілей правосуддя [1, с. 47]. У зв'язку із зазначеним вище можна зробити висновок про те, що термін "спеціальні знання" є визначальним для дослідження правової природи форм процесуальної діяльності окремих учасників справи в цивільному процесі, які безпосередньо використовують спеціальні знання при реалізації своєї процесуальної функції. Ці суб'єкти належать до інших учасників судового процесу, а їх основним завданням у процесі є сприяння здійсненню правосуддя шляхом використання спеціальних знань, які безпосередньо обумовлюють їх діяльність.

Важливо підкреслити, що використання спеціальних знань у цивільному процесі тісно пов'язане із процесом доказування. У зв'язку із цим, варто акцентувати увагу на тому, що основною метою використання спеціальних знань у цивільному процесі України є сприяння процесу доказування, на що й направлена процесуальна діяльність суб'єктів використання спеціальних знань.

Досліджуючи правову природу спеціальних знань, варто в першу чергу проаналізувати види знань, що використовуються в суспільстві та місце спеціальних знань у системі знань людства в цілому.

Погоджуємося з позицією О.А. Мохова, який виділяє три рівні знання в соціумі: повсякденні знання; практичні (професійні) знання; наукові (теоретичні) знання [1, с. 48]. Звернемо увагу на той факт, що у цій системі не випадково відсутні спеціальні знання, як окремих видів знань, які функціонують у соціумі, у зв'язку з тим, що спеціальні знання формуються на основі практичних та наукових знань і по своїй природі є комплексним явищем.

Із цього приводу слушною є позиція Ж.В. Васильєвої-Шаламової, яка зазначає, що практичні й наукові знання взаємозалежні та взаємозумовлені. З одного боку, практичні знання складають емпіричну базу для застосування наукових знань, з іншого – деякі практичні знання у результаті наукових досліджень одержують наукове обґрунтування і включаються в наукові знання, причому деякі спеціальні знання можуть бути отримані не в ході наукової діяльності, а як результат акумулювання багатоговікового досвіду практичної діяльності (наприклад, особливості технологічних процесів, окремих видів робіт або знання у галузі образотворчого мистецтва, нетрадиційної медицини тощо).

Більше того, суд у своїй діяльності, застосовує спеціальні знання експерта, спеціаліста не заради наукового інтересу, а для суто практичних цілей і завдань будь-якого виду судочинства [2, с. 73–74].

Аналізуючи вказану позицію вченої можна зробити висновок про те, що спеціальні знання містять у собі ознаки як практичних, так і наукових знань, що свідчить про їх комплексний характер, який пов'язаний із особливою метою використання спеціальних знань у цивільному процесі України, а саме сприяння здійсненню процесу доказування під час розгляду справи по суті. Однак, у контексті дослідження правової природи спеціальних знань виникають труднощі у процесі розмежування різних видів знань, що використовуються в суспільстві, та спеціальних знань, визначення їх взаємозв'язків.

На нашу думку, до спеціальних знань не можуть включатися повсякденні знання, оскільки в такому випадку буде відсутня необхідність у залученні спеціальних суб'єктів, які володіють спеціальними знаннями, оскільки таку процесуальну функцію зможе реалізувати будь-яка особа. Особливість спеціальних знань полягає саме в їх належності обмеженому колу осіб, які в силу свого професійного досвіду, навичок та відповідності вимогам цивільного процесуального законодавства можуть використовувати спеціальні знання у процесі розгляду справи по суті з метою сприяння здійсненню процесу доказування.

Як зазначає О.А. Мохов, спеціальні знання є одним із різновидів професійних знань, причому, як правило, в їх основі – методи, прийоми наукового пізнання світу. При "нескладних" справах буває достатньо фахових знань, які не виходять за рамки повсякденної практичної діяльності, в інших випадках – можуть знадобитися глибокі наукові знання (що є для окремих осіб професійними знаннями). Наука все більше проникає в повсякденну діяльність (включаючи відправлення правосуддя), а повсякденне життя (практика) ставить питання, які потребують наукового осмислення з метою подальшого вирішення [1, с. 82].

Однак, на нашу думку, недоцільно відносити спеціальні знання виключно до сфери професійних знань. Так, судова експертиза проводиться на основі наукових методик, що свідчить також і про науковий характер спеціальних знань. У цьому випадку головним є факт, що особливість спеціальних знань полягає у тому, що їх використання повинно відбуватися у чіткій процесуальній формі та відповідно до цивільного процесуального законодавства. Більше того, спеціальні знання можуть використовуватися тільки обмеженим колом суб'єктів, що свідчить про їх виключний процесуальний характер. Враховуючи зазначене вище, можна зробити висновок про те, що спеціальні знання є комплексним процесуальним явищем, що включає у себе професійні та наукові знання, які використовуються виключно для цілей правосуддя.

На думку В.Г. Гончаренка, слід чітко відмежовувати у функціональному сенсі спеціальні знання як результат професійної підготовки і певну спеціалізовану освіченість окремих людей від передбачених процесуальними законами спеціальних знань, які, маючи за своїм змістом повну тотожність із першими, можуть використовуватись у точно встановлених законом формах і межах. Тобто, повністю індиферентні до становища носія цих знань і їх споживачів, вони перетворюються на процесуально-правову категорію, використання якої передбачено лише визначеними суб'єктами і у встановлених процедурах, що у кожному випадку їх застосування вимагає наявності одного з передбачених суб'єктів, засвідчення його компетентності, а також узаконе-

них шляхів одержання бажаного результату [3, с. 24]. Погоджуємося із науковою позицією автора, однак вважаємо за необхідне уточнити, що термін "спеціальні знання" має змістовне наповнення виключно в контексті здійснення правосуддя. Так, поза судочинством тотожні знання не можуть називатися спеціальними, оскільки вони не обтяжені вимогами цивільної процесуальної форми. Це є наукові або професійні знання, які можуть використовуватися як поодинокі, так і в комплексі. Вважаємо, що таке чітке відмежування спеціальних знань від інших видів знань, які використовуються в соціумі, є принциповим, оскільки в іншому випадку виникатимуть труднощі у процесі кваліфікації конкретних знань як спеціальних. Тому ми дотримуємося позиції про необхідність закріплення правової категорії спеціальних знань виключно за потребами правосуддя.

Серед вчених-процесуалістів існують різні підходи до визначення правової природи поняття "спеціальні знання".

Як зазначає І. Земцова, під терміном спеціальні знання розуміють систему теоретичних знань і практичних навичок у сфері конкретної науки або техніки, мистецтва тощо, яких набувають фахівці шляхом спеціальної підготовки або професійного досвіду і які необхідні для вирішення питань, що виникають у процесі судочинства [4, с. 33]. На нашу думку, це визначення не відображає того факту, що спеціальні знання можуть бути притаманні лише обмеженому колу осіб, у силу чого тільки деякі суб'єкти можуть залучатися у процес із метою використання спеціальних знань. Комплексна правова природа спеціальних знань не означає можливості їх застосування будь-якою особою, яка володіє відповідними професійними, практичними чи науковими знаннями, які входять до структури конкретного спеціального знання. У цьому випадку, має велике значення можливість відповідною особою використовувати спеціальні знання у відповідній процесуальній формі та в цілях судочинства.

І.І. Когутич зазначає, що спеціальні знання – це така сукупність професійних знань, навичок та вмінь, яка отримана в результаті спеціальної освіти та/або досвіду роботи, відповідає сучасному розвитку певної галузі правозастосування, науки, техніки, мистецтва або ремесла, є достатньою для проведення відповідними суб'єктами компетентного (кваліфікованого) вирішення питань, які цікавлять слідство чи суд у конкретному провадженні (справі) [5, с. 114].

Визначення спеціальних знань через призму професійних знань здійснюється також і А.А. Моховим, який зазначає, що спеціальні знання в цивільному судочинстві – це професійні знання, за винятком професійних знань суб'єктів доказування (суддя, сторони спірних правовідносин, треті особи), які використовуються в установленому законом порядку при розгляді та вирішенні цивільних справ із метою винесення законного й обґрунтованого акта судової влади [1, с. 90].

Ми дотримуємося позиції, що спеціальні знання є комплексним процесуальним явищем, до складу якого входять не тільки професійні знання. Тому визначення спеціальних знань шляхом їх ототожнення із професійними призводить до обмеженого характеру відображення їх правової природи.

М.К. Треушников вважає, що під спеціальними знаннями в цивільному процесі розуміють знання, які перебувають за межами правових знань, загальновідомих узагальнень, що витікають із досвіду людей. Спеціальні знання не належать до числа загальновідомих, загальнодоступних, тих, що мають масове розповсюдження, тобто це такі знання, якими професійно володіє лише вузьке коло спеціалістів [6, с. 197]. Не можна не погодитися із позицією М.К. Треушнікова з

приводу того, що спеціальні знання належать певному колу осіб. Ця ознака безпосередньо розкриває їх природу та обмежений доступ до цих знань. Тобто, не кожна особа володіє спеціальними знаннями, а виключно фахівець у певній галузі. Більше того, законодавець установлює вимоги до деяких суб'єктів використання спеціальних знань. Наприклад, експерт повинен бути внесеним до Державного реєстру атестованих експертів.

Так, О.О. Ейсман зазначає, що спеціальні пізнання – це знання, які не відносяться до загальновідомих, а є ті, якими володіє обмежене коло спеціалістів, але якими не володіє адресат доказування [7, с. 89–91]. Важливим аспектом цього визначення є відсутність спеціальних знань у адресата доказування. Тобто, підкреслюється той факт, що спеціальні знання належать виключно обмеженому колу осіб. Так, форми застосування спеціальних знань у цивільному процесі використовують у випадку, коли певні обставини не можуть бути вирішені без залучення експерта або спеціаліста у процес як носіїв спеціальних знань.

Враховуючи зазначене вище, вважаємо за необхідне запропонувати авторське визначення спеціальних знань. Так, під спеціальними знаннями слід розуміти комплексне процесуальне явище, до складу якого входять професійні та наукові знання, які не є загальновідомими, належать обмеженому колу осіб та застосовуються суб'єктами використання спеціальних знань, які визначені законом, у чіткій процесуальній формі з метою сприяння процесу доказування.

З указаного визначення можна сформулювати таку систему ознак спеціальних знань: складаються із професійних та наукових знань, є комплексним явищем, використовуються виключно в межах здійснення правосуддя, метою використання спеціальних знань є сприяння процесу доказування, характеризуються чіткою процесуальною формою, використовуються обмеженим колом суб'єктів.

Сьогодні все актуальнішим стає питання щодо меж спеціальних знань у цілому, а особливо віднесення правових знань до сфери спеціальних знань. Особливо гостро це питання постало перед ученими у зв'язку з появою такого учасника судового процесу як експерт із питань права, який відповідно до ст. 65 Цивільного процесуального кодексу віднесений до інших учасників судового процесу. Однак, у даному контексті, варто дослідити, чи дійсно законодавець відносить експерта з питань права до суб'єктів використання спеціальних знань, що безпосередньо впливає і на визначення меж спеціальних знань. Так, відповідно до ч. 1 ст. 73 Цивільного процесуального кодексу, як експерт із питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права [8].

На відміну від таких суб'єктів використання спеціальних знань, як експерт та спеціаліст, законодавець не надає чіткої вказівки на використання експертом із питань права спеціальних знань. Однак, на нашу думку, у цьому випадку варто враховувати мету використання знань експерта з питань права, яка полягає у сприянні здійсненню правосуддя, а саме сприяння здійсненню процесу доказування. Тобто, експерт із питань права в ході реалізації своєї процесуальної функції використовує професійні та наукові знання. Однак, оскільки метою діяльності експерта з питань права є сприяння процесу доказування, дані знання слід визнати спеціальними. Крім того, знання, які застосовує експерт із питань права, відповідають ознакам спеціальних знань: цей учасник судового процесу застосовує як професійні, так і наукові знання, процесуальна діяльність та результати даної діяльності використовуються виключно в межах здійснення правосуддя, метою використання

знань експерта з питань права є сприяння процесу доказування, знання експерта з питань права характеризуються чіткою процесуальною формою і застосовуються виключно обмеженим колом суб'єктів, а саме, особами, які мають науковий ступінь та є визнаними фахівцями в галузі права.

Враховуючи зазначене, можна зробити висновок про те, що з розвитком сучасної науки та реформуванням цивільного процесуального законодавства, межі спеціальних знань не можуть залишатися незмінними. Сфера спеціальних знань постійно розвивається, у зв'язку із розвитком суспільних відносин. Саме тому варто констатувати факт про те, що правові знання входять до сфери спеціальних знань, однак в обмеженому вигляді. Незважаючи на появу нового суб'єкта, легалізація правового статусу якого безпосередньо призвела до необхідності розширення меж спеціальних знань, використання правових спеціальних знань із метою забезпечення правосуддя повинно будуватися на конкретних правилах.

Так, загальноприйнятою є позиція, що суддя є фахівцем у галузі права, а тому використання правових знань як спеціальних призводить до зміщення повноважень судді на учасника, який безпосередньо застосовує ці правові знання. У даному контексті І.І. Когутич слушно зазначає таке: традиційний підхід до оцінки сутності поняття спеціальних знань як будь-яких, окрім знань у сфері права, був певною мірою обґрунтований, і передусім тим, що будь-яка професійна діяльність для суб'єктів, що її здійснюють, "спеціальною" бути не може, оскільки не виходить за межі їхньої професії. Для професіонала його власна сфера діяльності не є "спеціальною", "специфічною". Такою може визнаватися лише та сфера практичної діяльності або та галузь теоретичних знань, які вимагають професійної підготовки в інших галузях знання або інших сферах практичного застосування цих знань [5, с. 117–118]. Однак, сьогодні не можна однозначно погодитися із цією науковою позицією. Так, наприклад, глибокі професійні знання норм міжнародного права не входять до сфери професійних знань судді, оскільки він є фахівцем у сфері вітчизняного права, однак належать до сфери правових знань. На нашу думку, такі знання слід визначати як спеціальні, оскільки у випадку участі іноземного елемента в розгляді справи по суті помилкове тлумачення норм іноземного права може вплинути на законність, обґрунтованість та справедливість рішення суду.

Цікавою є позиція К.В. Легких, який зазначає, що поняття "спеціальні знання" варто застосовувати лише в галузі судочинства, а тому визначати всі правові знання в юридичній сфері як спеціальні було б не логічним. З іншого боку, професійні правові знання суддів, прокурорів, слідчих треба розглядати як поняття широке й водночас таке, що може перетинатися з іншими правовими знаннями. Знання, що виходять за межі професійних знань процесуальних осіб, але потрібні їм для виконання процесуальних функцій, слід вважати спеціальними. Такими спеціальними відносно професійної компетенції судді, прокурора чи слідчого можуть бути і знання в певній галузі права [9, с. 57].

Дотримуємося такої позиції: у силу того, що сам суддя є фахівцем у галузі права, весь обсяг правових знань не може входити до сфери спеціальних знань, а лише обмежене коло вузькоспеціалізованих правових знань, до яких входять також і знання законодавства іноземних держав.

Однак, категорично не погоджуємося з можливістю проведення експертизи з питань права. Більше того, незважаючи на закріплення у ст. 73 Цивільного проце-

суального кодексу України експерта з питань права, експертиза з питань права не набула легального відображення в цивільному процесуальному законодавстві. Так, експерт із питань права не проводить експертизи у розумінні спеціального дослідження. Характер діяльності експерта з питань права носить довідково-консультативний характер. Процесуальна функція цього учасника полягає в наданні вмотивованого висновку щодо конкретного правового питання, яке цікавить суд, на основі свого наукового досвіду та глибоких знань у вузькій сфері права. Важливо підкреслити, що відповідно до ч. 1 ст. 73 Цивільного кодексу України, рішення про допуск до участі у справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом. Таким чином, висновок експерта з питань права носить рекомендаційний характер. У такому випадку, застосування спеціальних правових знань не суперечить природі правосуддя та не призводить до зміщення функції суду на учасника, який використовує спеціальні правові знання. Так, експерт із питань права надає виключно певні роз'яснення та консультації, що стосуються спірних правових питань. Що ж до висновку експерта, то відповідно до ч. 2 ст. 76 Цивільного процесуального кодексу, він є засобом доказування, що включає можливість здійснювати експертизу з питань права. У цьому контексті надзвичайно слушною є наукова позиція Т.В. Сахнової, яка зазначає, що на вирішення експерту не можна ставити питання про вину чи винуватість особи, про його недієздатність, здатність нести відповідальність. Такий критерій витікає із самої сутності процесу і розподілу процесуальних функцій між різними суб'єктами. Експерт, як відомо, належить до числа таких суб'єктів, які сприяють здійсненню правосуддя. Головне завдання експерта – установити факт-доказ, але не юридичний факт – факт предмета доказування. Установлення юридичних фактів – справа суду [10, с. 52]. Погоджуємося із цією позицією та вважаємо, що експерт не може надавати висновок із питань права, оскільки в такому разі нівелюватиметься роль суду як незалежного органу, завданням якого є вирішення справи по суті та здійснення правосуддя. Не може позиція експерта, яка оснований на наукових методиках та відображена у висновку експерта, бути засобом доказування, якщо предметом такої експертизи є правове питання, оскільки кваліфікація спірних правовідносин є виключною прерогативою суду і не може передаватися іншому суб'єкту.

Враховуючи зазначене вище, можна зробити висновок про те, що використання правових знань як спеціальних має свої чіткі межі. Так, спеціальні правові знання можуть застосовуватися виключно експертом із питань права, відобразитися у його висновку та носити довідково-консультативний характер; до сфери спеціальних знань входять правові знання з вузькоспеціальних галузей, що потребують додаткового вивчення та дослідження і не входять до професійних знань судді; до сфери спеціальних знань входять знання норм іноземного права, якщо суддя не є фахівцем законодавства конкретної країни.

Отже, дослідження правової категорії спеціальних знань є надзвичайно важливим у контексті вдосконалення правового регулювання форм використання спеціальних знань та правового статусу суб'єктів використання спеціальних знань. Спеціальні знання є комплексним правовим явищем, яке покликане сприяти процесу доказування. Таким чином, вважаємо, що такий вид знань має використовуватися виключно в рамках правосуддя та в чіткій процесуальній формі. До складу спеціальних знань входять професійні та наукові знан-

ня з різних галузей знань, у тому числі і правові, однак із певними обмеженнями застосування.

Список використаних джерел:

1. Мохов А.А.. Институт сведений лиц в гражданском процессе России : автореферат дис. ... доктора юридических наук : 12.00.15 / Мохов Александр Анатольевич. – СПб., 2004. – 380 с.
2. Васильева-Шаламова Ж.В. Застосування спеціальних знань в цивільному процесі / Ж. В. Васильева-Шаламова // Актуальні питання державотворення в Україні : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 24–25 квіт. 2008 р.) / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2008. – С. 73–74.
3. Гончаренко В.Г. Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні / В.Г. Гончаренко, В.В. Курдюков, К.В. Легких // Вісник Академії адвокатури України. – № 2 (9). – 2007. – С. 22–34.
4. Земцова І. Спеціальні знання та внутрішнє переконання експерта при проведенні судової експертизи / І. Земцова // Теорія і практика інтелектуальної власності. – № 3. – 2007. – С. 31–37.

5. Когутич І.І. Окремі питання сутності та форм використання спеціальних знань у кримінальному провадженні / І.І. Когутич // Вісник Академії адвокатури України. – Т. 12. – № 2(33). – 2015. – С. 112–123.

6. Гражданский процесс : учебник для вузов / под ред. М.К. Треушников. – 2-е изд. испр. и доп. – М. : Спарк, Юрид. бюро "Городец", 1998. – 544 с.

7. Эйсман А.А. Заключение эксперта (Структура и научное обоснование) / А.А. Эйсман. – М. : Юрид. л-ра, 1967. – 152 с.

8. Цивільний процесуальний кодекс / Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492 (Редакція від 24.02.2018). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

9. Легких К.В. Поняття "спеціальні юридичні знання" та форми їх використання у кримінальному процесі / К.В. Легких // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – № 3. – С. 54–60.

10. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза / Т.В. Сахнова. – М., 1999.

Надійшла до редколегії 20.02.18

Е. Старченко, асп.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ГРАНИЦЫ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ

Исследуется правовая природа специальных знаний в гражданском процессе Украины. Автор акцентирует внимание на комплексном характере специальных знаний и отмечает, что специальные знания имеют исключительное процессуальное значение и используются в рамках осуществления правосудия.

Ключевые слова: специальные знания, правосудие, доказывание.

O. Starchenko, Postgraduate

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL NATURE AND BANDS OF SPECIAL KNOWLEDGE IN THE CIVIL PROCESS OF UKRAINE

The article investigates special knowledge in the civil process of Ukraine. The author focuses on the complex nature of special knowledge and notes that special knowledge is used in order to prove.

Key words: special knowledge, justice, proof.

Наукове видання



ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 1 (106)

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.
Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали.



Формат 60x84^{1/8}. Ум. друк. арк. 10,5. Наклад 300. Зам. № 218-8760.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю1.
Підписано до друку 13.08.18

Видавець і виготовлювач
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; тел./факс (38044) 239 3128
e-mail: vpc_div.chief@univ.net.ua; redaktor@univ.net.ua
http: vpc.univ.kiev.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02