

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
ДНІПРОВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ІМЕНІ ОЛЕСЯ ГОНЧАРА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

**Науковий збірник**

Випуск 6

Том 1

2017

## **РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:**

### **Головний редактор:**

*Соколенко Ольга Леонідівна – доктор юридичних наук, професор*

### **Заступник головного редактора:**

*Корнякова Тетяна Всеволодівна – доктор юридичних наук, доцент*

### **Відповідальний секретар:**

*Сачко Олександр Васильович – кандидат юридичних наук*

### **Члени редакційної колегії:**

*Алексєєнко Ігор Григорович – доктор політичних наук, кандидат юридичних наук, доцент*

*Биргеу Михайло Михайлович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова)*

*Богатирьов Іван Григорович – доктор юридичних наук, професор*

*Богатирьова Ольга Іванівна – доктор юридичних наук, професор*

*Бондаренко Наталія Леонідівна – доктор юридичних наук, професор (Республіка Білорусь)*

*Вишня Володимир Борисович – доктор технічних наук, професор*

*Гошовський Володимир Сергійович – доктор юридичних наук*

*Грабильніков Анатолій Васильович – кандидат юридичних наук, доцент*

*Ємельянов Володимир Павлович – доктор юридичних наук, професор*

*Калашников Віктор Михайлович – доктор історичних наук, кандидат юридичних наук, професор*

*Кулієв Ібрагим Орудж огли – доктор юридичних наук, професор (Азербайджанська Республіка)*

*Марков Карло Анатолійович – доктор історичних наук, професор*

*Мінченко Сергій Іванович – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник*

*Мудриєвська Людмила Михайлівна – кандидат юридичних наук,*

*кандидат філософських наук, доцент*

*Негодченко Олександр Володимирович – доктор юридичних наук, професор*

*Патерило Ірина Володимирівна – доктор юридичних наук, доцент*

*Приймаченко Дмитро Володимирович – доктор юридичних наук, професор*

*Пушкіна Олена Вікторівна – доктор юридичних наук, професор*

*Тертишник Володимир Митрофанович – доктор юридичних наук, професор*

*Уваров Володимир Генадійович – доктор юридичних наук, доцент*

*Халімон Сергій Іванович – доктор юридичних наук, професор*

*Чабаненко Микола Миколайович – доктор юридичних наук, доцент*

*Чукаєва Вероніка Олександрівна – кандидат історичних наук, доцент*

*Шуба Борис Володимирович – доктор юридичних наук*

*Юзікова Наталія Семенівна – доктор юридичних наук, доцент*

Науковий збірник містить статті, що висвітлюють питання з різних галузей права.  
Видання розраховане на викладачів юридичних факультетів вищих навчальних закладів,  
а також осіб, які цікавляться питаннями розвитку юридичної науки в Україні.

*Зміст наукових праць не завжди збігається  
з точкою зору редакційної колегії.*

**Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet рішенням вченої ради  
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара  
(Протокол № 14 від 08.06.2017 р.)**

Офіційний сайт: [apnl.dnu.in.ua](http://apnl.dnu.in.ua)

Засновник: Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара

Науковий збірник «Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції» є фаховим виданням на підставі  
Наказу МОН України від 21 грудня 2015 року № 1328 (додаток № 8)

*Журнал включено до міжнародної наукометричної бази  
Index Copernicus International (Республіка Польща)*

Свідоцтво про державну реєстрацію  
друкованого засобу масової інформації – серія КВ № 21220-11020Р  
від 23.01.2015 р. видане Державною реєстраційною службою України

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.13

**Бойчук А. Ю.,**  
кандидат юридичних наук, суддя  
Приморського районного суду м. Одеси

### ПОНЯТТЯ, ПРИЧИНИ І ОЗНАКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ: ДО ОНТОЛОГІЇ РОЗУМІННЯ

#### CONCEPT, CAUSES AND SIGNS OF OFFENSE: TO INTELLIGENCE ANTOLOGY

У статті розглядаються найбільш суперечливі аспекти вчення про правопорушення, проаналізовані ознаки дії та бездіяльності, зазначаються їх загальні та відмітні риси, розглянуті поняття та сутність правопорядку, його окремі види, характеризується структура правопорушень, дана характеристика конкретних дій, що підпадають під дане визначення правопорушень.

**Ключові слова:** правопорушення, злочин, проступок, дія, бездіяльність, вина, деліктоздатність, суспільна небезпека, суспільна шкода, юридична конфліктологія.

В статье исследованы наиболее спорные аспекты учения о правонарушении, проанализированы признаки действия и бездействия, отмечены их общие и отличительные черты, рассмотрены понятие и сущность правонарушения, его отдельные виды, охарактеризована структура правонарушений, дана характеристика специфики деяний, подпадающих под данное определение правонарушений.

**Ключевые слова:** правонарушение, преступление, проступок, действие, бездействие, вина, деликтоспособность, общественная опасность, общественный вред, юридическая конфликтология.

The article deals with the most controversial aspects of the doctrine of the offense, analyzes the signs of action and inaction, identifies their common and distinctive features, considers the concept and essence of the offense, its separate types, characterizes the structure of offenses, describes the specifics of the acts that fall under the definition of offense.

**Key words:** offense, crime, misdemeanor, action, inaction, fault, delictuality, public danger, public harm, legal conflictology.

До недавнього часу дослідженню проблеми правопорушення в загальній теорії держави і права великої уваги не приділялося. Завдяки безпідставному акцентуванню лише на наслідках правопорушення в юридичній доктрині була фактично втрачена важлива деталь розгляду всього механізму юридичної відповідальності, а саме початок порушення права, який тягне за собою наслідки у вигляді застосування покарання. Незважаючи на актуальність і важливість проблеми, в низці підручників і навчальних посібників тема правопорушення взагалі не розглядається, або розглядається дуже стисло і схематично. Хоча феноменологія правопорушення виступає не тільки як центральна в теорії права, а й як опорна в розумінні діяльності права, ефективності його впливу, результативності правових норм, що його складають – а звідсиля, й як гуманістична феноменологія, бо визначення правопорушення, встановлення за його скоєння відповідальності, її застосування, включаючи відновлення первісного стану суспільних відносин, що існував до виникнення правопорушення, – є основоположними в теорії прав людини і громадянина, особливо з позицій реалізації найважливіших конституційних принципів законності, рівності та справедливості.

Враховуючи могутні процеси демократизації суспільного і державного життя, поступово все більше вчених в своїх працях акцентують увагу на проблематиці правопорушення. Так, А.Б. Венгеров вважав, що правопорушення має глобальний інтерес для

теорії держави і права, винятковий інтерес для теоретичного і практичного правового знання [1, с. 564]. Бо, дійсно, глибокий системний аналіз проблеми правопорушення дозволяє законодавцю вчасно реагувати на реалії теперішнього часу, вносити зміни до переліку правопорушень, проводити їх криміналізацію і декриміналізацію, з огляду на ступінь суспільної небезпеки змінювати види і розмір покарання, що застосовується до правопорушника, – в підсумку, враховувати всі складові частини, необхідні для досягнення результативності під час залучення до юридичної відповідальності.

Актуалізація й об'єктивізація проблематики, присвяченої правопорушенню, посилюється ще й тим, що в сучасних умовах стають все більш рухливими кордони, що розділяють правову поведінку на правомірну і неправомірну. Однак правове регулювання правової поведінки, не дивлячись на зміни, нерідко залишається формально застарілим, істотно відстаючи від життя.

Сучасний стан дослідження проблеми. Правопорушення – це феномен, який протягом багатьох років викликав пильну увагу представників теоретичного спрямування всіх суспільних наук, бо це питання вивчалось філософією, соціологією, психологією, а також спеціальними юридичними науками. Теоретичну базу дослідження становлять роботи теоретиків права і представників галузевих наук: Д.М. Бахраха, С.М. Братуся, А.Б. Венгерова, Б.О. Зайчука, О.В. Зайчука, В.М. Кудрявцева,

В.В. Лазарева, О.Е. Лейста, О.В. Малька, Н.С. Кузнецової, М.І. Матузова, С.А. Комарова, Н.М. Оніщенко, І.С. Самошенка, М.Х. Трайніна, Р.Л. Фарукшина, А.Г. Хачатурова, А.С. Шабурова та ін.

Але слід зазначити, що сучасні методологічні проблеми, що виникають у правовому житті держави і суспільства і безпосередньо торкаються правопорушень, у більшості своїй залишаються без наукового супроводження та забезпечення, що, з одного боку, є свідченням мінливих трансформацій у політичній, економічній, культурній сферах життя, а з іншого – пасивністю у сфері доктринального забезпечення наведених процесів. Тому об'єктувалась і назріла потреба в новому підході до розуміння феноменології правопорушення – проступків і злочинів, правових проблем, їх сутності, причин, умов їх здійснення, наслідків, форм і засобів боротьби з ними.

Мета дослідження полягає в тому, щоб на підставі доктринальних позицій, що знайшли своє відображення в юридичній літературі, в процесі аналізу чинного законодавства і статистичних даних охарактеризувати правопорушення, як самостійну правову категорію визначити специфіку правопорушень і юридичної відповідальності, передбаченої за їх вчинення.

Серед вчених і юристів немає чіткої і єдиної думки про те, що ж являє собою правопорушення, яка їхня юридична сутність і основна причина їх здійснення. Одну з дефініцій цього соціального феномену дає А. Д. Дмитрієв: «Правопорушення – це винне, протиправне діяння, вчинене деліктоздатною особою» [2, с. 305]. Вважаємо, що в цьому визначенні відображені основні ознаки правопорушення:

1. Будь-яке правопорушення є діянням, тобто дією або бездіяльністю. Причому дія – це акт активної поведінки. Бездіяльність визнається діянням, якщо по ситуації або службовому обов'язку особа зобов'язана була вчинити будь-які дії, але не зробила цього (онтологічний критерій. – Авт.).

2. Будь-яке правопорушення є протиправним – тобто являє собою порушення заборон, ясно, чітко і недвозначно зазначених у законі, в підзаконних актах, або є невиконанням обов'язку, що впливає з нормативно-правового акту (негативно-аксіологічний критерій. – Авт.). У цивілізованому суспільстві за межами заборони немає і правопорушення, тобто діє принцип: дозволено все, що прямо не заборонено законом. Заборона (опис правопорушення) точно викладена в законі, який не може застосовуватися за аналогією або тлумачитися в широкому розумінні.

3. Правопорушення є не просто антисоціальною поведінкою, а найбільш шкідливою антигромадською поведінкою (гносеологічний критерій. – Авт.). За ступенем шкідливості розрізняють злочини і проступки. Більш детальна оцінка цих двох явищ буде дана нижче.

4. Правопорушення є винним діянням. Вина – це психічне ставлення суб'єкта права до скоєного ним протиправного діяння, шкідливого для суспільства, держави, інших осіб (психологічний критерій. – Авт.). Тобто винність діяння проявляється в

спрямованості волі суб'єкта і його психічному відношенні до скоєного. Протиправне діяння тільки тоді розглядається як правопорушення, коли в цьому діянні проявилася воля особи, яка його вчинила. Суб'єкт права проявляє індивідуальну волю шляхом вибору і здійснення того чи іншого варіанту поведінки в конкретних відносинах. Протиправне діяння, вчинене особою, яка в силу об'єктивних обставин була позбавлена вибору того чи іншого варіанту поведінки, не може бути правопорушенням. У таких випадках скоєне не залежить від волі особи. Ось чому саме по собі протиправне діяння ще не свідчить про негативне ставлення особи до охоронюваних законом відносин, громадських інтересів. Для правильної юридичної оцінки протиправного діяння як правопорушення необхідно визначити стан і спрямованість волі правопорушника, тобто його провини. Звідсіля вина є одним із найважливіших юридичних понять. Розрізняють дві форми вини: умисел і необережність.

5. Нарешті, правопорушенням визнається діяння, що скоєне деліктоздатною особою (суб'єктно-якісний критерій. – Авт.). Правопорушення характеризується проявом волі особи, здатної усвідомлювати свої вчинки, діяти розумно. Тому суб'єктами правопорушення не можуть бути малолітні, душевнохворі.

Деліктоздатністю називається визнана законом здатність особи усвідомлювати значення своїх протиправних діянь і нести за них юридичну відповідальність. Деліктоздатністю володіють не тільки фізичні, але і юридичні особи, і держава в особі її органів.

6. Також загальною ознакою правопорушення є його властивість породжувати юридичну відповідальність, тобто різні встановлені законом несприятливі (негативні) наслідки для правопорушника (негативно-праксеологічний критерій. – Авт.). Важливу роль у розумінні правопорушення грають такі категорії, як суспільна небезпека і суспільна шкода. Даному питанню необхідно приділити особливу увагу, оскільки безпосередньо і саме з ним є пов'язаним питання криміналізації та декриміналізації протиправних діянь. У радянській юридичній науці одним із перших звернув увагу на категорію «суспільна небезпека» М.Д. Шаргородський, який розумів під нею конкретні дії, вчинені в конкретних умовах, і небезпеку осіб які їх вчинили [3, с. 245].

Більшість вчених справедливо ділять правопорушення за таким критерієм, як ступінь суспільної небезпеки, або характером і ступенем соціальної шкідливості, а також у залежності від санкцій за їх вчинення – на проступки і злочини. Одні фахівці вважають, що суспільна небезпека властива тільки злочинам, оскільки проступки не загрожують суспільству, державі, не зазіхають на суспільний і державний лад. Суспільна небезпека – якісна характеристика суспільної шкідливості. «Усі правопорушення є суспільно небезпечними, але тільки частина з них є суспільно шкідливими», – вважають М.І. Абдуллаєв і С.А. Комаров [4, с. 452]. Аналогічну



позицію займають Є.В. Кузнецов і В.П. Сальников. Вони вважають, що «правопорушення – це проти-правне, вольове, винне діяння осудної (деліктоздатної) і дієздатної особи, що завдає шкоди державі, соціуму або індивіду, тобто діяння шкідливе, але не суспільно небезпечне», а злочин – «суспільно небезпечне, закріплене кримінальним законом, таке, що морально засуджується, винне, каране діяння, що посягає на цінності, які визнаються в суспільстві і державі, а проступки – такий вид правопорушень, що посягають на управлінські, трудові, майнові та інші відносини і не досягають ступеня суспільної небезпеки злочину» [5, с. 148].

Разом із тим слід наголосити на тому, що автор дотримується іншої позиції, що базується на твердженні, відповідно до якого суспільна небезпека властива всім правопорушенням, якщо під нею розуміти шкоду. Заподіяння шкоди має два аспекти – юридичний та фактичний, як і підстави юридичної відповідальності. Наслідком апологетики даного підходу є поділ усіх правопорушень за таким критерієм, як ступінь суспільної небезпеки. Так, Г.В. Назаренко стверджує, що суспільна небезпека має два показники: її характер (якісна ознака) та її ступінь (кількісна ознака). Причому характер суспільної небезпеки залежить в першу чергу від цінності об'єкта посягання, а ступінь суспільної небезпеки визначається розміром заподіяної шкоди [6, с. 102].

Дослідник В.І. Гойман, у свою чергу, розуміє поняття «суспільна небезпека» і «громадська шкідливість» як синоніми. «Громадська шкідливість, небезпека – основна об'єктивна ознака, визначальна риса правопорушення і його основоположна об'єктивна підстава, що обмежує правомірне від неправомірного». Цей вчений вважає, що громадська шкідливість проявляється в тому, що правопорушення завжди є пов'язаним із посяганням на пріоритети і цінності людського суспільства. Вони дезорганізують нормальний ритм життєдіяльності суспільства, вносять у нього елементи напруженості і конфліктності» [7, с. 197]. Шкода, що наноситься правопорушником, може бути матеріальною, моральною, вимірюваною і незмірною, фізичною і духовною, значною і незначною, відновлюваною та невідновлюваною.

Важливе наукове і практичне значення має розробка критеріїв визначення ступеня суспільної небезпеки. Так, В.К. Бабаєв, В.М. Баранов, В.А. Толстик перераховують такі критерії визначення ступеня суспільної небезпеки:

1) значимість регульованих правом суспільних відносин, що є об'єктом протиправного посягання (соціальний критерій. – Авт.);

2) розмір заподіяної шкоди – якщо він значний, то діяння за законодавством визнається, як правило, злочином, якщо ні – проступком (матеріальний критерій. – Авт.);

3) спосіб, час і місце вчинення протиправного діяння (діяльнісно-хронотопусний критерій. – Авт.);

4) особистість правопорушника – проступки, на відміну від злочинів, не виражають суспільної

небезпеки самої особистості [8, с. 176] (суб'єктний критерій. – Авт).

Слід також зазначити, що в діяльнісному аспекті правопорушення – це, перш за все, поведінка. Мабуть, із тих самих далеких часів, коли зародилося право і з'явився його нерозлучний супутник і антагоніст – правопорушення, теоретико-правова думка шукає відповідь на питання – які причини і форми правопорушення. Чому виникає поведінка (дії або бездіяльність), що порушує правові принципи, правила, приписи ?

Тому є об'єктивним та обґрунтованим, що теоретики розглядають співвідношення між законодавством і відхиленнями від нього, вивчають і дають загальну оцінку заходам запобігання правопорушення.

Необхідно відмітити, що у вітчизняній теорії права в 30-50-ті роки ХХ ст. була сформульована оригінальна концепція причин злочинів, що мала суттєву ідеологічну основу. Так, вважалося, що соціалізм, як антипод капіталізму, замінюючи приватну власність, ліквідує соціальні корені злочину і не повинен мати злочинність. Але час минав, і на подив будівельників соціалізму, саме в соціалістичному суспільстві збереглися злодії і бандити. Щоб дати оцінку ситуації, що склалася, в наукових роботах з'явилася «свідома» концепція причин злочину. Пояснення було зведено до особистості злочинця, в якого зберігаються «пережитки капіталізму у свідомості». Однак у 60-і роки ця концепція стала піддаватися критиці за те, що не могла і не змогла пояснити наявність «пережитків капіталізму» у свідомості нового покоління людей, що не знали звичаїв «капіталізму». На зміну цій ідеалістичній концепції деякі вчені (послідовники італійського криміналіста Ч. Ламброзо) висунули біологічну концепцію, в якій стверджувалося, що існує генетична схильність до злочинної діяльності, до патологічних змін у психіці, які врешті-решт сформують із людини злочинця. Наприкінці 70-х років у вітчизняній теорії права стався перелом. Соціологічні дослідження підтвердили, що живильне середовище для багатьох правопорушень створюють психологічні уявлення про те, що соціалістична власність – це «нічия» власність, що «все навколо мое». У той же час з'ясовується, що причиною багатьох правопорушень є невідповідність конкретних законів тенденціям суспільного розвитку, історично сформованим пластам духовного життя, стереотипам поведінки [1, с. 565].

Філософський же підхід виходить з уявлень про свободу волі, можливості вести себе у відповідності зі своїми бажаннями, без зовнішнього примусу. Серед палітри рівності особливе місце займає «виборна» концепція причин правопорушення. Зрозуміло, що матеріалістична концепція природи правопорушень не протистоїть «виборній». Але «виборна» концепція залишає останнє слово за людиною, за її свідомістю і волею.

Одна з теорій, що найбільш вдало, на думку автора, розкриває сутність правопорушень, – це теорія конфліктів. Останнім часом у науковій літературі

все більше дослідників присвячують свої праці конфліктологічним проблемам або враховують важливість прогнозування та вирішення конфліктів у сфері фінансових правовідносин [9, с. 68–76]. Вивченням причин, форм і динаміки конфліктів, шляхів їх попередження та вирішення за допомогою правових методів займається юридична конфліктологія. Вивчення і використання основ конфліктології сприяє оцінці суб'єктів правовідносин від негативних наслідків своєї поведінки. Предметом юридичної конфліктології є не тільки юридичний конфлікт у вузькому сенсі слова, а й можливі механізми впливу права на інші види конфліктів із метою профілактики правопорушень; виходячи з практики нормотворення і пов'язаної з нею правозастосовною діяльністю, профілактика правопорушень здійснюється непрямым шляхом через вдосконалення нормативно-правової бази правовідносин.

Енциклопедичний словник дає нам таке загальне визначення конфлікту: «Конфлікт – зіткнення інтересів, позицій, яке супроводжується конфронтацією, суперництвом, конкуренцією або протиставленням його учасників» [10, с. 335]. У нашому випадку це юридичний конфлікт. Він визначається як такий конфлікт, який важко долається, викликаний несумісністю поглядів, інтересів, цілей та потреб суб'єктів та учасників юридичної діяльності, в якому спір так чи інакше пов'язаний із правовими відносинами сторін, де суб'єкти, мотивація їхньої поведінки, об'єкт конфлікту мають правові ознаки, а сам конфлікт має правові наслідки [11, с. 336]. Тобто у функціональному аспекті юридичний конфлікт – це протиставлення двох або кількох суб'єктів, обумовлене протиставленням або несумісністю їхніх інтересів, потреб, цінностей. Його особливостями є такі:

- 1) зв'язаність конфлікту правовими відносинами, наявність правових ознак суб'єктів чи об'єкта конфлікту;
- 2) можливість вирішення правовими засобами;
- 3) галузева визначеність конфлікту;
- 4) наявність юридичних наслідків;
- 5) можливість застосування примусових засобів у процесі вирішення конфлікту;
- 6) вирішення конфлікту в межах спеціальної юридичної процедури.

Необхідно також відзначити, що в західноєвропейській соціології склалися два підходи до конфлікту. Перший підхід базується на точці зору структурного функціоналізму і теорії «людських відносин». Відповідно до цього підходу конфлікти в суспільній системі зустрічаються, але вони носять тимчасовий характер і скоріше не вписуються у функцію системи, а являють собою відхилення від норми суспільної поведінки. Звідси, природа їх не об'єктивна, а носить суб'єктивний характер. При іншому підході, прихильником якого є автор даної статті, конфлікт

розглядається як явище природне, закономірне для суспільства. Тут, вважаємо, слід погодитись із доктринальною позицією, що нормальний стан суспільства – це конфлікт; природа конфлікту при цьому пояснюється соціально-психологічними факторами або ж особливостями соціальної структури. Причому, на слуху думку А.К. Саркісова, прихильники першого напряму зосереджуються на розробці концепції індивідуалізації конфлікту. Прихильники другого напряму розглядають конфлікт у плані конфронтації соціальних груп [12, с. 9].

Автор статті погоджується з представниками доктрини, які відзначають два види правових засобів, які можливо використовувати в механізмі регулювання юридичних конфліктів:

1) відносно їх позитивного регулювання – вони спрямовані на створення і підтримку за допомогою правових норм оптимального поєднання, гармонізації суперечливих сторін конфлікту;

2) таких, що спрямовані на поступове подолання відмінностей між сторонами конфліктів (шляхом встановлення заохочувальних норм).

Резюмуючи викладене вище, можна констатувати:

1) попри велику кількість наукової літератури з проблем правопорушень, кількість самостійних розробок у цій області є вкрай недостатньою. Теоретичні дослідження базуються на розробках галузевих наук, при цьому висновки науки кримінального права про поняття, ознаки та склад злочину лежать в основі загальнотеоретичного поняття правопорушення, і це автоматично поширюється на правопорушення, що виникають в інших галузях права, вже априорі їх криміналізуючи і негативно впливаючи на становлення об'єктивно обумовленої, адекватної та зваженої теорії про правопорушення;

2) вважаємо, що тільки за умови творчого синтезу основних ознак всіх видів правопорушень, шляхом їх попереднього виявлення відповідно до положень, встановлених загальнотеоретичними категорійними установками, можливе створення спільного поняття правопорушення;

3) у даний час процес попередження правопорушень все ще не має загальної правової бази. Відповідні профільні правові норми розкидані по різних галузях законодавства, часто носять фрагментарний, не узгоджений між собою характер, і тому не сприяють консолідації профілактичної діяльності різних її суб'єктів. Звідси об'єктивувалась і назріла необхідність у кодифікації законодавства про профілактику правопорушень та про формування на цій основі нової комплексної галузі законодавства;

4) для вивчення питань профілактики правопорушень конче потрібним є використання теоретичних наробок і практичних можливостей юридичної конфліктології, виходячи з її актуалізації як нового, перспективного напряму юридичних досліджень.

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. М., 1998. 636 с.
2. Общая теория права: Учебник для юридических ВУЗов / Под общ. ред. А.С. Пиголкина. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1998. 384 с.
3. Поцелуев Е.Л. Виды правонарушений в современной учебной литературе по теории права: критический анализ. Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2004. № 5. С. 244–257.
4. Абдуллаев М.И. Проблемы теории государства и права. СПб.: Питер, 2003. 576 с.
5. Кузнецов Э.В. Наука о праве и государстве. М.: Из-во «Герда», 1999. 410 с.
6. Назаренко Г.В. Общая теория права и государства: Учебный курс для вузов. М.: Ось-89, 2003. 176 с.
7. Общая теория государства и права: Учебник / под ред. В.В. Лазарева. М.: Юрист, 1994. 470 с.
8. Бабаев В.К. Теория права и государства в схемах и определениях: Учебное пособие. М.: Юрист, 1998. 256 с.
9. Крохина Ю.А. Юридический конфликт в финансовой сфере: причины, сущность и процедуры преодоления. Журнал российского права. 2003. № 9. С. 68–76.
10. Конфлікт // Юридична енциклопедія в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. К.: Укр. Енциклопедія, 2001. Т. 3. С. 335.
11. Юридичний конфлікт // Юридична енциклопедія в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. К.: Укр. Енциклопедія, 2001. Т. 3. С. 336.
13. Саркисов А.К. Юридическая конфликтология в сфере налоговых отношений: особенности становления. Финансовое право. 2005. № 10. С. 8.

**Ваганова І. М.,**  
кандидат юридичних наук,  
викладач кафедри правового регулювання економіки  
Харківського національного економічного університету  
імені Семена Кузнеця

## ПРАВОВІДНОШЕННЯ ТА ПРАВОВИЙ ЗВ'ЯЗОК У ПРАВІ

### RELATIONSHIP AND LEGAL CONNECTION IN LAW

У статті зроблена спроба аналізу розбіжностей серед вчених у використанні термінів «правовідношення» та «правового зв'язку». Досліджено обґрунтовані позиції вчених-правовиків щодо співвідношення даних категорій у праві. Акцентована увага на співвідношенні загальних та конкретних правовідносин, суб'єктивних прав та правового статусу різних суб'єктів. Розглянуто етапи здійснення права. Визначено передумови виникнення правових зв'язків.

**Ключові слова:** правовідношення, правовий зв'язок, загальні правовідносини, конкретні правовідносини, правовий статус суб'єктів, здійснення права.

В статті предпринята попытка анализа расхождений среди ученых в использовании терминов «правоотношение» и «правовая связь». Исследованы обоснованные позиции ученых-правовиков о соотношении данных категорий в праве. Акцентируется внимание на соотношении общих и конкретных правоотношений, субъективных прав и правового статуса различных субъектов. Рассмотрены этапы осуществления права. Определены предпосылки возникновения правовых связей.

**Ключевые слова:** правоотношения, правовая связь, общие правоотношения, конкретные правоотношения, правовой статус субъектов, осуществление права.

The article attempts to analyze the discrepancies among scientists in the use of terms «legal relationship» and «legal connection». The substantiated positions of legal scientists on the correlation of these categories in law are investigated. Attention is focused on the relationship between general and specific legal relations, subjective rights and the legal status of various actors. The stages of the implementation of the law are considered. The prerequisites for the emergence of legal relations are determined.

**Key words:** legal relationship, legal connection, general legal relations, concrete legal relations, legal status of subjects, implementation of law.

Теорія правових відносин розвивається досить тривалий період часу. Починаючи з 40-х років ХХ ст. вона все більше привертає увагу вчених-правовиків. Як відомо, ряд питань, що стосуються поняття «правовідносини», продовжують залишатися дискусійними [1, с. 662], починаючи з питань про поняття правовідносин та закінчуючи про їх об'єкт, зміст, а також про поняття права та інше. Таке положення вивчення даного питання пояснюється стрімким розвитком суспільного життя, а також у значному ступені багатоаспектністю та складністю даного питання. У теорії права проблемним залишається питання про співвідношення понять «правовідношення» та «правового зв'язку». Саме воно й буде досліджуватися в даній статті.

З огляду на мету даної статті в першу чергу варто вказати на розбіжності серед вчених у використанні термінів «правовідношення» та «правовий зв'язок». Справа в тому, що багато вчених в юридичній науці вважають, що поряд із правовідносинами необхідно відрізнити також і правові зв'язки як особливу приналежність, атрибут правової системи. Із цього приводу Л.С. Явич вказує: «У правовій сфері діяльності людей ми зіштовхнулися з відомою відмінністю між суспільним зв'язком та суспільним відношенням, але це питання потребує ще додаткових досліджень... С.С. Алексєєв писав, що відносини і є зв'язок. Це неточно. Правові відносини відрізняються від правових зв'язків як ступенем конкретизації суб'єктів та їх прав (обов'язків), так і характером залежності

суб'єктів права. ... в правовідношенні, на відміну від юридичного зв'язку, має місце поведінка взаємодіючих осіб, взаємообумовлена діяльність. Тут суб'єкти та їх вчинки знаходяться у прямому загальнозначимому стабільному соціально-юридичному контакті. При формальному підході розмежування між правовідносинами та правовими зв'язками не суттєві, зводяться до конкретизації суб'єктного складу, прав та обов'язків» [2, с. 210].

Разом із Л.С. Явичем в юридичній літературі прихильниками відмінності поняття правових зв'язків та поняття правовідносин являються такі вчені, як Г.В. Мальцев, В.Д. Сорокін, Ю.І. Гревцов, Л.Б. Тиунова, В.М. Протасов та інші [3, с. 34; 4, с. 35]. Вказані вчені доходять єдиного висновку щодо питання про необхідність розмежування правовідносин та правових зв'язків у правовій системі, при цьому розходяться між собою в трактовці питання про співвідношення правового зв'язку та правовідношення. Наприклад, В.М. Протасов притримується такої точки зору: «У дослідженні структури правовідносин не можна, мабуть, ототожнювати поняття відносин та зв'язку. Останній є різновидом відносин, іншими різновидами якого можна вважати залежність та розмежування. Усе знаходиться у відносинах, але не все знаходиться у зв'язку. У сфері суспільних відносин ознакою існування зв'язку між суб'єктами... є взаємодія між ними. Звідси правильно вважати, що, наприклад, суб'єкт права власності знаходиться з іншими суб'єктами не у зв'язку, а в іншому виді



правовідносин – регулюючим правом залежності від їх діяльності» [5, с. 60].

Протилежним порівняно з В.М. Протасовим є погляд на співвідношення правовідносин та правового зв'язку, якого притримується Л.Б. Тіунова. Дослідниця виходить із того, що «відносини в науці частіше за все визначаються через поняття зв'язку. ... стосовно до соціальної матерії у відповідності зі вже встановленим понятійно-термінологічним апаратом сучасної суспільної науки зв'язок слід розуміти як більш загальне, родове поняття, що лежить в основі суспільного відношення» [4, с. 36].

Таким чином, серед прихильників розмежування в правовій системі правовідносин та правових зв'язків можна констатувати два протилежних підходи про питання щодо співвідношення правовідносин та правових зв'язків. Відповідно до одного з них треба виходити з того, що поняття зв'язку більш широке порівняно з поняттям відносин, у силу чого суспільне відношення необхідно розглядати як різновид суспільних зв'язків, а правовідносини – як різновид правових зв'язків. Відповідно до другого підходу, навпаки, поняття суспільних відносин є більш широким порівняно з поняттям суспільного зв'язку та, відповідно, правовий зв'язок є різновидом правовідносин.

В юридичній літературі існує й третє точка зору про співвідношення правовідносин та правових зв'язків. Багато вчених вважають, що нема ніякої потреби у відмінностях окремо правовідносин та окремо правового зв'язку. Вони традиційно розглядають правовідносини та правовий зв'язок як одне й теж, а тому у своїх роботах використовують термін «правовідношення» (правовідносини) та «правовий зв'язок» як ідентичні та взаємозамінні.

У теорії правовідносин дискусійними є також питання про співвідношення загальних та конкретних правовідносин, суб'єктивних прав та правового статусу різних суб'єктів. Слід відмітити, що дискусії із цих та деяких інших питань теорії правовідносин беруть свій початок ще в радянський період розвитку юридичної науки, де у свій час не знайшли однозначного пояснення різних фактів володіння суб'єктивними правами та юридичними обов'язками. Ті чи інші спроби та варіанти пояснення вказаних фактів у теорії правовідносин стимулювали, зокрема, дискусії з проблеми співвідношення суб'єктивних прав із правоздатністю та правосуб'єктністю. «Пожвавлення полеміки з приводу поняття суб'єктивних прав, співвідношення правосуб'єктності, правоздатності, суб'єктивного права пов'язана з тим, що одне з найскладніших явищ, характерних для соціалістичного суспільства, – правового закріплення становища громадян у суспільстві іноді намагаються виразити в одному правовому понятті. Частіше за все для цього використовується поняття суб'єктивного права. Між тим положення громадянина в соціалістичному суспільстві має стільки аспектів та граней, що не може бути виражено тільки через поняття суб'єктивного права» [6, с. 122].

Оригінальність позиції Ю.І. Гревцова полягає в тому, що він всі спірні питання теорії правовідносин об'єднує в єдину загальну проблему, а джерело, причину цієї проблеми бачить в особливостях самого механізму правового регулювання суспільних відносин. При цьому Ю.І. Гревцов визнає вірним окремі аргументи як прибічників, так і противників відмінностей загальних правовідносин. Зокрема, виходить із того, що в правовій формі поряд із конкретним правовідношенням між визначеними суб'єктами існують також різного характеру правові зв'язки, які багатьма вченими іменуються як «загальні» правовідносини.

На думку Ю.І. Гревцова, ряд об'єктивних факторів у правовій сфері робить недохідним деякі уточнення змісту самого поняття реалізації права, що зумовлюється наступним. «У відповідності до загальноприйнятого розуміння реалізації права – це перетворення в життя вимог юридичних норм у дія суб'єктів права, що виражається у використанні, виконанні, дотриманні, а також у застосуванні юридичних прав та обов'язків, встановлених нормами об'єктивного права. Однак дуже важливий аспект при такому розумінні залишається в тіні, хоча назване вище, безумовно, складає основний зміст процесу реалізації права. Мова йде про те, що закріплення об'єктивним правом різних структур суспільних зв'язків та фіксування громадянства, правоздатності, встановлення та здійснення загальних прав та юридичних обов'язків – це також здійснення соціалістичного права, найважливіша сторона його дії, яка безпосередньо пов'язана не тільки з використанням всезагальних прав та обов'язків громадянами, посадовими особами та організаціями, але спрямована також на організацію умов та передумов для наступного здійснення визначення конкретного кола юридичних прав та обов'язків усіма суб'єктами соціалістичного права».

Процес здійснення права можна уявити в декількох площинах. Перший етап – дія права проходить процес видання різних законодавчих актів. Тут між державними органами можуть виникати правовідносини, однак не матеріального, а організаційно-процесуального характеру, в їх межах виникає здійснення процесуальних прав та обов'язків. Відмінною рисою даних правовідносин є те, що вони направлені на організацію передумов для здійснення матеріальних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків та виникнення матеріальних правовідносин. Така дія права та процесуальних правовідносин має своєю метою закріплення суспільних зв'язків та правових структур, а також встановлення процедур, порядку та умов для належного використання матеріальних прав та обов'язків. Другий етап пов'язаний, по-перше, зі здійсненням основних елементів правового статусу, закріпленого на початковому етапі правового регулювання (правоздатності, деяких конституційних прав та обов'язків, абсолютних прав та інше). По-друге, відбувається початковий рух у напрямку здійснення таких складних суб'єктивних прав, як право на працю, на освіту, медичне

обслуговування та інше. Названі випадки здійснення соціалістичного права на другому етапі охоплюються першою формою реалізації соціалістичного права поза правовідносинами. У межах попередньо організованих правових суспільних зв'язків, за допомогою дотримання та використання громадянами, посадовими особами та організаціями юридичних прав. По-третє, важливим змістом цього етапу дій соціалістичного права є здійснення права в правовідносинах за допомогою таких способів, як застосування норми права, виконання обов'язків та використання наданих прав [3, с. 56].

Слід особливо підкреслити, що сама позиція Ю.І. Гревцова передбачає чітке та недвозмістове розмежування в правовій сфері правових зв'язків та правовідношення. Далі вчений пропонує цілісну концепцію генезису спочатку виникаючих правових зв'язків правовідношення, під кутом зору якого розглядаються ті чи інші аспекти спорів про співвідношення загальних та абсолютних правовідносин із конкретними (реальними) правовідносинами.

Як вважає Ю.І. Гревцов, спочатку держава створює в правовій сфері визначені правові зв'язки між різними суб'єктами шляхом різних законів та інших нормативних актів про положення, права та обов'язки громадян, державних органів та інших структур суспільства. Даний тезис про існування різного характеру правових зв'язків у суспільстві Ю.І. Гревцов обґрунтовує та розвиває наступним чином. «Створення правових зв'язків обумовлено головним чином формуванням передумов юридичної взаємодії. Тут у першу чергу можуть бути позначені ті моменти правового регулювання, які направлені на: а) встановлення основної структури суспільства за допомогою визнання індивідів даної країни її громадянами. Визнання існуючих між індивідами зв'язків в якості правових в юридичному плані означає встановлення громадянства, правоздатності, закріплення за ними основних прав та обов'язків, що впливають прямо з Конституції; б) закріплення класової структури суспільства; в) закріплення структури держави, яка має за мету забезпечення суверенітету держави. У соціалістичній державі здійснюється і загальне закріплення економічної структури, інших загальних структур. Таки структури суспільства зазвичай фіксуються конституціями або іншими актами, що наділені вищою юридичною силою, як правило, на переломних або підсумкових етапах розвитку держави.

У процесі щоденного регулювання право закріплює різноманітні підструктури більш приватного порівняно з вищезазваними рівнями: сім'я, орган держави, підприємство, галузь народного господарства та інше. У цих випадках правове регулювання направлено на закріплення більш конкретних підструктур суспільства та їх організаційне відокремлення як у цілому, так і окремих елементів таких підструктур, у тому числі порядку розміщення, часто ієрархічного. Встановлюються також процесуальні основи функціонування системи та її елементів у правовій сфері: порядок та

умови виконання встановлених правом обов'язків, процедур використання суб'єктивних прав та здійснення компетенції. У всіх вищезазначених випадках предметом правового регулювання виступає суспільний зв'язок. На цьому етапі правового регулювання, коли формуються передумови юридичної взаємодії, правових суспільних відносин немає, але здійснюються необхідні умови для їх виникнення. Лише після попередньої регламентації суспільних зв'язків у вигляді загального закріплення соціальної структури, встановлення правоздатності, всезагальних та абсолютних прав настає регулювання суспільних відносин – виконання юридичних обов'язків та використання суб'єктивного права в конкретних правових відносинах. При цьому генезис конкретного правовідношення, його особливості обумовлюються характером попередньо закріплених або організованих правових зв'язків» [3, с. 54].

Що стосується виокремлення та відмінності абсолютних та загальних правовідносин, Ю.І. Гревцов із даного приводу міркує наступне. «Абсолютні права, як і всезагальні обов'язки, витікають безпосередньо із закону, та виявляється можливим їх рух поза та крім конкретних правових відносин. ... говорячи про специфіку реалізації права поза правовідносинами (в рамках правових зв'язків), прибічники такої позиції і не мають на увазі правовідносини».

Визнавати існування відносин, подібних до абсолютних, на наш погляд, вимушені ті автори, які відкидають можливість реалізації права поза правовідносинами, вважаючи суб'єктивне право елементом то відносних, то абсолютних правовідносин. Поза правовідносинами немає суб'єктивного права, вважають ці автори.

В останній час все ґрунтовніше стверджується погляд, відповідно до якого суб'єктивне право не може бути зведене до елементу правовідносин. Ця обставина й знаходить своє відображення в тезі, відповідно до якої норми об'єктивного права, що закріплюють визначені права та юридичні обов'язки, можуть здійснюватися й поза правовідносинами.

Д.М. Генкін та С.М. Братусь показали, що само по собі абсолютне право власності існує поза правовідношенням та не потребує в конструкції абсолютного правовідношення, реалізуючись у багатьох конкретних правовідносинах. Намагання не помічати відмінності між суспільним зв'язком та суспільним відношенням призводить до єдиного можливого в такому положенні рішення: процеси, зафіксовані досить тонко на рівні суспільних правових зв'язків, «підтягуються» та «закликаються» штучно до більш розвинутого рівня – стадії зрілого суспільного відношення. Суб'єктивне право та юридичний обов'язок необхідно завжди розглядати тільки в якості елемента правовідносин. Воно може існувати та здійснюватися поза правовідносинами, в межах правових зв'язків» [3, с. 62].

Якщо підвести деякі висновки аналізу позиції Ю.І. Гревцова та інших вчених, можна сказати наступне.

В юридичній науці, по-перше, всі вчені традиційно визнають наявність так званих конкретних або реальних правовідносин як правових зв'язків між визначеними суб'єктами правової сфери, які в силу настання визначених юридичних фактів являються власниками кореспондуючих один одному суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. По-друге, всі ці вчені визнають також наявність другого правового феномена, схожого за багатьма ознаками, властивостями, рисами з названими вище конкретними або реальними правовідносинами, але розходяться між собою в думці про назву або найменування даного правового феномену. Одна група вчених розглядає даний правовий феномен як елемент правового статусу суб'єктів, оскільки в ньому відображаються закріплені в конституціях та інших нормативних правових актах основні права та обов'язки громадян, повноваження державних органів та посадових осіб, а також інших суб'єктів правової сфери. Друга група вчених називає той же правовий феномен правоздатністю або правосуб'єктністю

фізичних та юридичних осіб, державних органів та посадових осіб. Третя група вчених вважає, що вказаний правовий феномен варто розглядати як загальні (загальнорегулятивні) та абсолютні правовідносини, як особливу різновидність правовідносин. Ще одна група вчених вважає, що даний правовий феномен, на відміну від конкретних правовідносин, варто розглядати як різного характеру правові зв'язки між суб'єктами в правовій сфері.

Таким чином, у результаті викладу змісту вказаних вище дискусійних питань можна зробити висновок про те, що вчені одностайно визнають існування сфери двох близьких правових феноменів, які схожі між собою за багатьма ознаками. За однією з них в юридичній літературі міцно закріпилась загально-визнана назва конкретних правовідносин, але другому правовому феномену вчені дають самі різні назви: «правові зв'язки», «загальні правовідносини», «елементи правового статусу», «правоздатність» та «правосуб'єктність».

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Марченко М.Н. Общая теория государства и права: академический курс в 3 т. 3-е изд., перераб. и доп. Т.2. Право. М.: Норма, 2007. 802 с.
2. Явич Л.С. Общая теория права. Л.: ЛГУ, 1976. 287 с.
3. Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. Л.: Изд. ЛГУ, 1981. 85 с.
4. Тиунова Л.Б. Системные связи правовой действительности: Методология и теория. СПб : Изд. С.-Петербургского университета, 1991. 136 с.
5. Протасов В.Н. Правоотношения как система. М.: Юрид. лит, 1991. 144 с.
6. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература, 1973. 352 с.
7. Иванов Э.И. Понятие юридической обязанности. Марийский юридический вестник. № 8. 2012. С. 108.
8. Иванов Р.И. Правоотношение как форма реализации права. Вестник Омского университета. Серия «Право». 2009. № 4(21). С. 30–41.

**Винарчик О. П.,**  
*аспірант кафедри теорії та історії держави і права,  
конституційного та міжнародного права  
Львівського державного університету внутрішніх справ,  
помічник судді  
Апеляційного суду Львівської області*

## СИСТЕМА ПОКАРАНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ ПОЛЬЩІ 1932 РОКУ

### PUNISHMENT SYSTEM FOR CRIMINAL CODE OF POLAND IN 1932 YEAR

Наукову статтю присвячено аналізу правовій категорії «покарання» за польським кримінальним кодексом 1932 р., висвітлено сутність та зміст такого. З'ясовано його положення та поділ. Проведено частковий аналіз концепцій та поглядів членів Кодифікаційної комісії стосовно необхідності тих чи інших покарань.

**Ключові слова:** кодекс, кримінальне право, основні покарання, додаткові покарання, смертна кара, позбавлення волі.

Научная статья посвящена правовой категории «наказание» по польскому уголовному кодексу 1932, освещены его сущность и содержание, положение и разделение. Проведен частичный анализ концепций и взглядов членов Кодификационной комиссии на необходимость тех или иных наказаний.

**Ключевые слова:** кодекс, уголовное право, основное наказание, дополнительные наказания, смертная казнь, лишение свободы.

The scientific article is devoted to the legal category of «punishment» according to the Polish Penal Code of 1932, the essence and content of such. Its position and division are revealed. A partial analysis of the concepts and views of the members of the Codification Commission regarding the need for certain punishments has been carried out.

**Key words:** code, criminal law, basic punishment, additional punishment, death penalty, imprisonment.

Кримінальне право Республіки Польща має багату й давню історію; вагомий внесок належить професору Львівського університету Ю. Макаревичу, який, незважаючи на постійний тиск та критику з приводу своєї наукової діяльності, був одним із тих професорів, які арештовувались, вивозились на Донбас у шахти, однак за своїми поглядами він був незламний, відмовився виїжджати зі Львова та продовжував працювати у Львівському університеті Івана Франка після війни, зробивши вагомий вклад у науку кримінального права в період окупаційних радянського та німецького режимів [1, с. 316; 2, с. 19].

Кримінальний кодекс Польщі 1932 р., співавтором якого був Ю. Макаревич, діяв у Польщі і після II Світової війни, аж до 1969 року, незважаючи на зміну пріоритетів у внутрішній та міжнародній політиці.

З погляду сьогодення для аналізу польського кримінального кодексу 1932 р. важливим є з'ясування, зокрема, правової природи і поняття покарань, їх поділ та види, як одного з елементів боротьби зі злочинністю у відродженій польській державі, а відтак і на західноукраїнських землях в її складі, яка невпинно зростала з року в рік, збільшувалася рецидивна злочинність.

Актуальність цього питання пов'язана із значущістю історико-правового досвіду для сучасного правотворення та євроінтеграційних процесів, що відбуваються в нашій державі.

В українській юридичній літературі відсутні монографічні дослідження системи покарань за кримінальним кодексом Польщі 1932 року, при цьому зазначена проблематика досліджувалась у контексті інших наукових питань державно-правового розвитку

та окремих статтях, що стосуються видів покарань та здійснення судочинства в міжвоєнній польській державі. Зокрема, вагомими в цих напрямках є дослідження В.С. Кульчицького, В.К. Грищука, О.В. Липитчук, Т.В. Пащука, К.Б. Марисюка та ін.

Інша ситуація із цього приводу склалась у Польщі, оскільки ще в 1922 році Ю. Макаревич друкує окремою книжкою свій вступний проект загальної частини кримінального кодексу як результат кодифікаційної роботи протягом 1919–1920 рр., що складається з двох частин: I-ша – проект загальної частини кримінального кодексу, II-га – міркування вчених і практичних працівників щодо тих чи інших артикулів проекту [3]. У подальшому сам лише професор Ю. Макаревич видає низку праць, присвячених кримінальному праву та покаранням, якими займається у своїй науковій діяльності.

Праці польських юристів міжвоєнного періоду мають здебільшого характер коментарів до кримінального кодексу 1932 р. та відтворюють положення кодексу, без визначення їхнього соціального змісту.

У повоєнній польській історіографії зазначена проблема висвітлювалася в колективних працях з історії держави і права Польщі, що поглибило вивчення цієї проблематики.

У сучасній Польщі написано цілий ряд праць присвячених видатному польському науковцю Ю. Макаревичу, який, попри свою наукову діяльність, був також сенатором парламенту II Речі Посполитої, як співавтору кодексу, про що свідчать напрацювання кримінальних кафедр відповідних навчальних закладів. За сприяння польського уряду відреставровано пам'ятник на могилі Ю. Макаревича на Личаківському кладовищі у Львові.



Саме тому метою статті є подальша розробка та напрацювання матеріалу, що стосується інституту покарання за Кримінальним кодексом 1932 р., оцінка польського кримінального права крізь призму поглядів та концепцій авторських ідей, реалізованих у ньому, та аналіз його положень сучасним науковим співтовариством.

На основі викладеного можна сформулювати дослідження, яке полягає в поглибленні наявних і вироблення нових історико-правових знань про види покарань та систему покарань у цілому за Кримінальним кодексом Польщі 1932 р.; провести аналіз окремих думок кодифікаційної комісії з приводу тих чи інших видів покарань.

Кримінальний кодекс Польщі 1932 року отримав високу оцінку в науковому середовищі тогочасної Європи, що свідчило про зрілість польської кримінально-правової думки та авторитет польських науковців [4, с. 194].

Наполегливо працюючи в кодифікаційній комісії з кримінального права, Ю. Макаревич виходив із нагальної необхідності боротьби зі злочинністю, яка зростала у відродженій Польщі.

Після завершення Першої світової війни практика покарання спиралась на вину та відшкодування шкоди, які були стержнем кримінального права в Європі.

Разом із цим визначення ступеню вини в конкретному випадку та відповідно до застосування меж відповідальності (відшкодування матеріальної та моральної шкоди) було дуже важкою справою. Від кримінального права очікувалось цілеспрямованої діяльності, яка мала реалізувати захист суспільства від злочинця, а тип (види) і межі такої оборони мали запропонувати досвід (кримінальна статистика), дослідження суспільного життя (злочинного середовища), особистість (психологію) злочинця як живої людини, які суд використовує, кваліфікуючи особу, як випадкового, який продовжує злочинну діяльність (рецидивіст) чи здатного до виправлення злочинця, тому тільки застосування покарання могло бути якісним у зазначеній справі, однак цього не могли досягнути кримінальні кодекси, які ґрунтувались на класичній доктрині. Цілеспрямоване покарання вимагало знання індивідуальних і соціальних аспектів життя обвинуваченої особи або профілактики вивчення його, часу становлення на шлях злочинності та боротьби з ним на стадії виконання покарання, що було настільки ж важливо, як сам судовий розгляд, під час якого неможливо точно визначити особистість (психологію) злочинця і поставити точний висновок, як і передбачити вплив на злочинця очікуваного покарання. Зазначеної мети можна було досягти тільки в процесі тривалого спостереження за засудженим під час відбування покарання. Для цього була започаткована концепція винесення невизначених вироків, приблизних, між нижньою і верхньою межею з точним визначенням покарання, яке б наступило в часі його виконання в залежності від поведінки засудженого. Така ідея

народилася в США, а також передбачена в польському проекті закону про боротьбу зі злочинністю серед неповнолітніх під час визначення виправних закладів [5, с. 435].

Необхідно відзначити, що професор Ю. Макаревич присвятив багато уваги поняттю покарання в цілому у своїй науковій діяльності, власне покарання було одним із головних предметів його наукових досліджень. Досліджуючи покарання, Ю. Макаревич вдався до багато інших загальних питань кримінального права. Вважав, що покарання є найважливішим, а часто єдиним засобом боротьби зі злочинністю [6, с. 158]. Так, на думку Ю. Макаревича, покарання було не чим іншим, як відповідальністю (відплатою) за вчинений злочин. Із плином часу та вивченням цього правового явища науковець підходив до нього більш критичніше та, зокрема, стверджував, що польський кримінальний кодекс спрямований у правильному напрямку, адже крім покарання він відсилає і до інших заходів, маючи на увазі перш за все запобіжні заходи [7, с. 84].

Безперечним науковим досягненням професора Ю. Макаревича було демонстрування того, що суттю покарання є помста громадськості, колективна помста соціальної групи, а не помста індивідуальна, приватна, і власне помста громадськості дала початок покаранню на ранніх етапах становлення та розвитку польської держави [8, с. 714].

Інший польський науковець С. Гласер припустив, що метою покарання є дотримання правового порядку, з одночасним обґрунтуванням про те, що покарання може досягти цього тільки, якщо негативні наслідки такого будуть відповідати вчиненому злочину [9, с. 47].

З приводу покарання в розумінні польського кримінального кодексу 1932 р. польський криміналіст Б. Вроблевський, який був одним із засновників соціологічного напрямку в історіографії кримінального судочинства, висловився таким чином: «Наш кодекс має раціоналізацію змішаних покарань, а саме (якщо мова йде про дорослих злочинців): метафізичне, з метою справедливої помсти, чи навмисне, у вигляді певних виправлень, обмежень, навмисно-оборонне» [10].

З наведеного бачимо, що науковцями висловлювалась думка про те, що не тільки польський кримінальний кодекс, але й багато кримінальних кодексів інших держав побудовані на тому, що покарання є основою впливу держави у вигляді справедливої відповіді на вчинений злочин, а інші запобіжні заходи застосовуються тільки додатково в певних випадках, застосовуючи покарання.

На другому Конгресі порівняльного права в Гаазі 1937 року зауважено, що покарання у вигляді позбавлення волі чи заходи забезпечення перш за все мають на меті охорону суспільства від злочинців [5, с. 436].

За змістом польського кримінального кодексу, покарання є результатом та наслідком злочинної дії, відтак вини (винної діяльності чи бездіяльності), яка поділяється на умисел та необережність.



Таким чином, наведене дозволяє дійти висновку, що під наслідком покарання розуміються певні шкідливі для прав винної особи наслідки, які остання терпить через те, що її засуджено за вчинення злочину до відбуття певного покарання.

У сучасній кримінально-правовій доктрині всі покарання за порядком призначення поділяють на основні та додаткові, за таким самим принципом кримінальні покарання поділялися за польським кримінальним кодексом 1932 року, що свідчить про прогресивність та усвідомлення кодифікаційною комісією інтересів суспільства та держави, його розвитку та врахування світової практики [11].

Так, за кримінальним кодексом Польщі 1932 р. основні покарання ("kara zasadnicze") були самостійними, а додаткові ("kara dodatkowe") – тільки як доповнення перших, у разі засудження за основним покаранням.

У свою чергу, додаткові покарання не могли існувати без основних. Враховуючи історію основних покарань, такі стосувались засудженого в частині найважливіших благ (життя, волі), додаткові покарання перш за все стосуються соціального становища і мають яскраво виражений характер забезпечення суспільства від негативного впливу. Додаткові покарання є тільки додатком і не носять самостійного характеру [12, с. 188].

До основних покарань за кримінальним кодексом Польщі 1932 року, згідно з арт. 37, входили:

- 1) смертельна кара «kara smierci»;
- 2) ув'язнення (позбавлення волі) «kara więzienia»;
- 3) арешт «kara aresztu»;
- 4) штраф (грошове покарання) «grzywna» [11].

Обвинувальний вирок суду мусив містити основне покарання та обов'язково мав застосовувати додаткове покарання.

Збереження в майбутньому кримінальному кодексі смертної кари супроводжувалось постійними дискусіями про доцільність у польському суспільстві. Потрібно звернути увагу на те, що розглядаючи проект у Сеймі, думки з приводу смертної кари були різними і лише в третьому читанні проекту Сейм більшістю голосів вніс смертну кару до переліку основних видів покарань, що стало підставою для думок авторів проекту про те, що незважаючи на погляди науковців та гострі обговорення, смертну кару відновлено в проекті завдяки збільшенню кількості депутатів, які проголосували за таке покарання [13, с. 13].

Схожою була ситуація і у визначенні мінімального строку позбавлення волі, як виду кримінального покарання. Зокрема, вступний проект передбачав, що мінімальний строк покарання у вигляді позбавлення волі не міг бути коротшим, як один рік, і більшим, як двадцять років, якщо закон не передбачав за вчинене довічне позбавлення волі.

Ю. Макаревич, покликаючись на правових експертів зі Львова, зазначав, що мінімальний строк позбавлення волі, не менший за один рік, на практиці призведе до того, що право суду до надзвичайного пом'якшення покарання лише у виняткових

випадках стане не винятком, а правилом, оскільки дуже часто буде потреба призначити покарання у вигляді позбавлення волі менше ніж на один рік.

У своїх коментарях польський криміналіст В. Маковський зазначав, що розробники кодексу цілком свідомі того, що короткотермінові строки позбавлення волі загалом неефективні, про що свідчить практика їх застосування в XIX ст. Але збільшення мінімального строку позбавлення волі до одного року поставило б за необхідність встановлення нібито перехідної форми покарання у вигляді позбавлення волі нижче одного року, виходячи із чисто пенітенціарних завдань [14, с. 55].

Покарання у вигляді позбавлення волі складалось тільки з ув'язнення та арешту, що було за досвідом Голандії та Норвегії, при цьому фактично автори проекту не вважали арешт ідентичним позбавленню волі, оскільки такий вид покарання, на їх думку, не мав виправного характеру та призначався з метою простої ізоляції особи без необхідності застосування до неї в пенітенціарних закладах цілої системи виправлення. Мінімальний термін позбавлення волі (ув'язнення) становив 6 місяців, максимальний – 15 років. Розробники польського Кримінального кодексу стали із самого початку на позицію раціональної пенітенціарної системи та індивідуалізації не лише призначення, а й відбуття покарання. Покарання у вигляді позбавлення волі мало на меті обмеження прав і свобод людини.

Покарання у вигляді штрафу вимірювалось у межах від 5 до 200 тис. злотих [13, с. 40]. Таке покарання застосовувалось самостійно та додатково із покаранням у вигляді позбавлення волі [3, с. 442].

Багато поглядів стосувались залишення покарання у вигляді штрафу, оскільки таке не було покаранням, пов'язаним із позбавленням волі, однак не застосовувалось до тяжких злочинів [14, с. 168].

Закріплюючи положення, пов'язані зі штрафами, на думку Ю. Макаревича, кодекс мав враховувати два моменти: перший, згідно з яким потрібно було уникати покарання, пов'язаного з позбавленням волі, в максимально широкому колі випадків вчинення злочинів невеликої тяжкості; другий, що забезпечені люди могли не відчувати негативного матеріального впливу в разі призначення штрафу в невеликому розмірі. Так, наприклад, штраф у розмірі кількох сотень злотих жодним чином не вплинув би на матеріальне становище особи, яка витрачає 50 000 злотих на рік на утримання оранжереї екзотичних рослин [15, с. 133].

Відповідно до арт. 43 у разі неможливості сплатити штраф або у випадку, якщо його сплата могла призвести до тяжкого матеріального становища засудженого, суд мав замінити штраф роботою, обираючи на власний розсуд працю на волі або ж працю в будинках примусової праці. Штраф міг бути також замінений арештом [11].

Додаткові покарання були відомі з інших кодексів, але польський кодекс 1932 р. обмежив такі до таких, перелік яких в арт. 44 був вичерпний:

- 1) втрата громадянських прав «utrata praw publicznych»;

2) втрата прав почесного громадянства «*utrata obywatelskich praw honorowych*»;

3) втрата права професійної діяльності «*utrata prawa wykonywania zawodu*»;

4) позбавлення батьківських прав чи опікунських «*utrata rodzicielskich lub opiekunczych*»;

5) конфіскація майна та активів «*przepadek przedmiotów majątkowych i narzędzi*»;

6) оголошення вироку в пресі «*ogłoszenie wyroku w pismach*» [11].

Головною метою додаткових покарань була охорона суспільства від злочинця, а не завдання йому обтяжень за скоєний злочин, оскільки в такому разі такі наближались до запобіжних заходів. Додакове покарання несло всі наслідки засудження, які включав у себе вирок суду в кримінальній справі [16, с. 269].

Додакове покарання у вигляді втрати прав громадянських було найважливішим та ієрархічно найвищим, тобто найсерйознішим. Це покарання розуміло під собою втрату активного та пасивного права вибору до законодавчого органу влади, органів місцевого самоврядування та інші установи публічного права, втрати статусу державного службовця та посад, а також можливість їх отримати [5, с. 443].

Втрата почесних прав включає в себе втрату почесних звань і нагород, а також можливість отримати їх. Як правило, ця втрата поєднана з попередньою, оскільки обидві виключали засудженого із суспільного життя, забирали титули, посади та нагороди, які вимагають суспільної довіри. Обидві втрати були надані в якості факультативної чи обов'язкової. В обов'язковому порядку ці покарання використовувались у разі засудження за смертну кару або довічне позбавлення волі за злочини державної зради та вчинені з метою отримання прибутку. Факультативно суд міг застосувати це покарання в разі засудження до тюремного ув'язнення за будь-який інший злочин, вчинений із метою отримання прибутку або інших корисливих та низьких спонукань.

Зазначене покарання суд застосовує в разі засудження до смертельної кари чи довічного ув'язнення, позбавлення волі за злочини проти зовнішніх інтересів держави чи міжнародних відносин, позбавлення волі за інші злочини, пов'язані з власною вигодою (корисливі) [12, с. 193].

Втрата прав наступала з набрання вироком законної сили.

Суд міг оголосити вирок у пресі, що є додатковим, факультативним покаранням, за кошт засудженого, якщо злочин був вчинений шляхом видання книжок, статей чи іншої друкованої продукції [12, с. 200].

Справжнім досягненнями в кримінально правовій літературі того часу можна назвати не тільки працю Ю. Макаревича «*Einführung in die philosophie des Strafrechts*» («Введення в філософію кримінального права»), але і багато інших виданих польською мовою, при цьому частина з них є перекладом та коментарем його праць із німецької мови [17, с. 256].

Таким чином, система покарань – вичерпний, загальнообов'язковий перелік визначених за змістом видів покарань, що характеризуються внутрішньою єдністю та узгодженістю. Система конкретно визначених за змістом покарань давала суду можливість під час застосування покарання здійснити його індивідуалізацію, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та інші обставини, які впливають на кваліфікацію вчиненого.

Одним із авторів польського кримінального кодексу 1932 р., а відповідно, критиком чи прихильником тих чи інших покарань став професор Львівського університету імені Яна Казимира (тепер Львівський національний університет ім. І. Франка) Юліуш Макаревич, праця якого була вагомим внеском як у доробок польських правників із кодифікації кримінального законодавства в міжвоєнний період, так і в скарбницю світового досвіду кодифікації кримінального законодавства на наукових (доктринальних) засадах.

Розвиток інституту покарання в галузі кримінального права в Польщі відбувався з урахуванням нових соціально-економічних і політичних відносин та правової ситуації, що мала місце в цій сфері.

Як зазначав Ю. Макаревич, кримінальний кодекс 1932 р. чітко закріплював тенденцію до ухилення від застосування покарання у вигляді позбавлення волі. У випадку альтернативи «арешт чи штраф» перевага надавалась штрафові, при цьому формувалася принцип «не можеш сплатити штраф – відпрацюй його».

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Redzik A. Wydział Prawa Uniwersytetu Lwowskiego w latach 1939–1946. Lublin, 2006. 409 s.
2. Gansiniec R. Notatki Lwowskie (1944–1946). Wrocław, 1995. S. 20–23.
3. Makarewicz, J. Ustawa karna. (Część ogólna). Projekt wstępny [Tekst]. Lwow, 1922. z. 4-6, (odrębna odbitka: Lwow 1922, Nakładem Komisji Kodyfikacyjnej R.P. ss. 51.
4. Сенько М.М. Розвиток сучасної науки кримінального права в республіці Польща. Часопис Київського університету права: Український науково-теоретичний часопис. Київ: Київський університет права. № 1. 2008. – С. 194.
5. Plaza S. Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Cz. 3. Okres międzywojenny. Kraków: Księgarnia akademicka, 2001. 762 s.
6. Problem kary na tle poglądów J. Makarewicza jest przedmiotem interesujących rozważań w pracy M. Wąsowicza Nurt socjologiczny w polskiej myśli prawnokarnej (Warszawa 1989, zwłaszcza s. 158).
7. J. Makarewicz Klasycyzm i pozytywizm w nauce prawa karnego “Przegląd Prawa i Administracji” 1896, s 698-727, 847-870.
8. J. Makarewicz Prawo karne w Katowicach “Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, nr 6, s. 84.
9. S. Glaser, Kara odwetowa a kara celowa (Zalety i braki teorii pragmatyczne), Lublin 1924, s. 47 n, tense, Prawo karne, Warszawa 1933, s. 20 n.
10. Wroblewski B. Sądziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej Ankieta. Wilno : Wydano z zasilku Ministerstwa Wyznan Religijnych i Oświecenia Publicznego oraz Rektoratu U.S.B., 1939. 484 s.

11. Kodeks Makarawicza URL: [http://pl.wikipedia.org/wiki/Kodeks\\_Makarawicza](http://pl.wikipedia.org/wiki/Kodeks_Makarawicza).
12. J. Makarewicz Kodeks karny z komentarzem, Lwow 1938, s. 662.
13. Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego [Tekst]. T. V. Z. 6. Uzupełnienie uzasadnienia projektu kodeksu karnego. Warszawa, 1931 [Zrodio Elektroniczne] Biblioteka Cyfrowa Uniwersytetu Wrociawskiego. URL: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=40621&from=publication>.
14. Kodeks Karny i Prawo o wykroczeniach z komentarzem i orzecnictwem Sądu Najwyższego do dnia 1 stycznia 1939 roku / Opracowali Jerzy Nisenson i Mieczysław Siewierski, Prokuratorzy Sądu Najwyższego. Warszawa: Nakładem Gazety Administracji i Policji Państwowej. 1939. 365 s.
15. Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego [Tekst]. T. V. Z. 3. Projekt Kodeksu Karnego, w redakcji przyjętej w drugim czytaniu przez sekcję prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej. Uzasadnienie części ogólnej. Warszawa, 1930 [Zrodio Elektroniczne] Biblioteka Cyfrowa Uniwersytetu Wrociawskiego. URL: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=40618&from=publication>.
16. Makarewicz J. Kodeks Karny z komentarzem. Czwarte wydanie / J. Makarewicz. Lwow: Wydawnictwo Zakładu Narodowego Imienia Ossolinskich, 1935. 528 s.
17. A. Grześkowiak Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza / Alscja Grześkowiak. Katolicki uniwersytet Lubelski. Lublin: Wydawnictwo Kul, 2005. 366 s.

**Калашников В. М.,**  
професор кафедри теорії держави і права,  
конституційного права і державного управління  
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

## ПРАВОВИЙ СТАТУС «ІНДІАНСЬКОЇ ЗЕМЛІ» У СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ: ДО 130-РІЧЧЯ АКТУ ДАУЕСА (1887)

### LEGAL STATUS OF THE INDIAN LAND IN THE UNITED STATES: TO THE 130 ANNIVERSARY ACTUAL DAYS (1887)

Стаття присвячена аналізу особливостей правового статусу земель індіанців Сполучених Штатів, квінтесенцією якого є Акт Дауеса, прийнятий в 1887 році.

**Ключові слова:** корінні жителі США, індіанські резервації, земельна власність, Акт Дауеса.

Статья посвящена анализу особенностей правового статуса земель индейцев Соединенных Штатов, квинтэссенцией которого является Акт Дауэса, принятый в 1887 году.

**Ключевые слова:** коренные жители США, индейские резервации, земельная собственность, Акт Дауэса.

The article is devoted to the analysis of peculiarities of the law status of indian lands of the United States, the quintessence of which is the Dawes Act, adopted in 1887.

**Key words:** indigenous people of the USA, Indian reservations, land ownership, Act of Dawes.

**Актуальність дослідження.** Будівництво демократичної і правової української держави все ще перебуває у стані становлення, і тому не вирішені належним чином майже всі основні проблеми, реалізація яких є «пропуском» до світової спільноти цивілізованих держав. Серед них на увагу заслуговують такі проблеми, як конституційне закріплення юридичного статусу національних меншин, що вважаються корінними народами, і належних таким спільнотам супутних прав, визнаних світовим співтовариством.

Корінні народи – це народи, які проживають у багатонаціональних суспільствах незалежних країн. Вони є нащадками тих, хто споконвіку населяв країну або географічну область, частиною якої є дана країна, в період її завоювання або колонізації або в період встановлення наявних державних кордонів. В Україні корінними народами є українці, кримські татари, караїми та кримчаки, котрі походять з території Криму, а також греки Приазов'я. Решта національних меншин України є діаспорою народів, котрі мають свої етнічні батьківщини чи національні утворення за межами України.

Правовий статус національних меншин в Україні регулюється Конституцією України від 28 червня 1996 р., Декларацією прав національностей України та законом «Про національні меншини в Україні» від 25 червня 1992 року. Держава гарантує їм певні політичні, економічні, соціальні, мовні, культурні та інші права, що притаманні всім іншим народам нашої країни. Проте автохтонні меншини потребують особливих заходів щодо захисту з боку держави їхнього права на володіння, користування і розпорядження основним багатством людей, землею, на який багато століть жили їхні пращури.

Земля, безсумнівно, є основним засобом виробництва в сільському господарстві, завдяки якому забезпечуються основні потреби автохтонного населення

України, переважно зайнятого саме в цьому секторі української економіки. На жаль, значна частина корінного населення нашої держави після вимушеного переселення з окупованого російським військом Криму до Херсонської, Ніколаївської та Запорізької областей України зазнають великих труднощів з облаштуванням на цих територіях внаслідок відсутності особливого режиму землекористування, який є в цивілізованих країнах світу для задоволення потреб автохтонних народів. Саме такий режим притаманний Сполученим Штатам, де в даний час проживають близько п'яти мільйонів індіанців, що становить приблизно 1,6% населення країни.

За визначенням Міністерства внутрішніх справ США, до американських індіанців зазвичай належить людина, в якій є хоча б частка індіанської крові, та яка визнається індіанцем одним з племен. Захист та послуги, що надаються урядом США для членів племен, обумовлені не статусом людини як американського індіанця в етнологічному сенсі, а тим правовим смислом, що вкладає в нього держава: ця людина, в першу чергу, є членом племені, яке визнано США, та з яким Америка підтримує особливі довірчі стосунки.

Нині у США налічуються 565 індіанських племен, офіційно визнаних федеральною владою. Для їхнього позначення в офіційному листуванні використовується термін «суверенний народ такого-то племені» (sovereign nation). Вони мають право на формування свого уряду, на прийняття законів (закони штатів у них не діють), на встановлення податків, на присвоєння статусу одноплемінника, на ліцензування та регулювання практично всіх видів діяльності на своїй території, загальна площа якої становить 2% території США [1]. Проте існує найбільш важлива проблема правового регулювання соціальних відносин в індіанському середовищі. Нею є питання про правовий



статус так званої «індіанської землі», аналіз якого є основною метою даної статті.

**Стан наукового осягнення проблеми.** Слід вказати, що наслідки «індіанської земельної політики США», квінтесенцією якої є Акт Дауеса, для індіанців були приголомшливі, адже замість «конвергенції» вони опинилися у становищі чужинців на власній землі. Тому власне «білі» американські вчені, до числа яких корінні жителі США себе не відносять, намагаються уникнути аналізу цього акту. В той же час індіанські фахівці з проблеми, яких у США мало, адже юридична освіта для жителів резервацій є незбагненою мрією, надають наслідкам цього акту негативну оцінку. Зміст їх поглядів на дану проблему можна, скажімо, ілюструвати назвою дослідження юриста-індіанця С. Півара «Акт Дауеса: як Конгрес США намагався знищити життя в індіанських резерваціях» [2]. У той же час в Україні є прихильник індіанської політики США, представник кримськотатарського народу Рустем Мамут оглу Аблятиф, голова правління кримськотатарської організації «Інститут громадянського суспільства». Цей юрист перебував на науковому стажуванні у США і за його результатами оприлюднив схвальну для уряду Америки працю «Досвід державної політики США щодо племен американських індіанців та корінних жителів Аляски. Висновки для України» [3]. Істина ж лежить десь посередині, й вона ще вимагає свого неупередженого вивчення, спроба якого подана в даній праці.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до права США визнається, що до числа корінних народів цієї країни належать різні племена індіанців, які проживають на території США, включаючи Гаваї та Аляску, а також ескімоси й алеути. При цьому слід звернути увагу на те, що в США індіанців прийнято називати корінними американцями, так як англомовне «Indians» має подвійне значення – індіанці та індійці. Термін «корінні американці» підкреслює самотність індіанців, тому він видається більш політично коректним.

Відомо, що Конгрес США 2 червня 1924 року оголосив, що аборигени, які народилися в територіальних межах США, визнані американськими громадянами. За даними перепису 2010 року в США проживає п'ять мільйонів індіанців та їх нащадків (близько 1,6% населення країни) [4]. Правовий статус індіанців цікавий тим, що юридично все вони є громадянами США, одночасно залишаючись під опікою уряду, який поклав виконання цього завдання на Міністерство внутрішніх справ, що має зовсім інші функції, ніж МВС України. Це міністерство опікується лісопарковим господарством, геологічною службою, регулюванням видобутку корисних копалин і управлінням рибних та земельних ресурсів тощо. Власне індіанськими справами, передусім – управлінням землями аборигенів, займається Бюро у справах індіанців, створене при МВС США 11 березня 1824 року. Саме БДІ майже два століття втілює в життя індіанську політику уряду США.

«Індіанське питання» завжди було питанням аграрним і тому закономірно, що всі «індіанські»

закони диктувалися, насамперед, прагненням відібрати в індіанців землю. Всього американський уряд привласнив 80 млн. акрів землі (32 млн. га), за що індіанці мали отримувати ренту, яка начебто відшкодує їхні втрати. Але уряд купував землю в індіанців за безцінь, щоб потім продавати її переселенцям, залізничним компаніям і спекулянтам, отримуючи величезні прибутки. Така індіанська політика є нерозчленованою єдністю з моменту утворення першого американського штату Вірджинія (1607) до нашого часу. При тому основною віхою у вирішенні проблем індіанського землекористування є акт, який в побуті відомий як Акт Дауеса (1887), названий так на честь його творця, сенатора Генрі Лоуренса Дауеса з штату Массачусетс. Офіційна ж назва закону: «Акт, який передбачає виділення кількох тисяч земельних ділянок, призначених на потреби корінних американців і для поширення на індіанців законів Сполучених Штатів і федеральних територій, а також для досягнення інших цілей». Він набув юридичної сили 8 лютого 1887 року [5].

В даний час більшість індіанців мешкають у межах федеральних резервацій, тобто територій, залишених за індіанцями за договорами із Сполученими Штатами, виконавчими розпорядженнями президента США та адміністративними актами окремих штатів Америки. Внаслідок багатоміжних перетворень права власності, що стосується земель індіанців, нині за аборигенами залишилося тільки 56,2 млн. акрів землі (2% загальної площі американської держави). Окрім земель резервацій в аборигенів є й інші види «індіанських земель», а саме: виділені землі, землі з обмеженим правовим статусом та індіанські заповідні землі в окремих штатах. Ці землі в основному знаходяться на режимі довірчого управління з боку уряду Америки.

Виділені землі, які є залишками зарезервованих за індіанцями територій, що були передані племенам під час утворення резервацій, з кінця дев'ятнадцятого та початку двадцятого століть перебувають у довірчому управлінні. Цей режим землекористування на практиці здійснюють посадовці міністерства внутрішніх справ США. Сьогодні загальна площа земель такого статусу становить 10 059 290,74 млн акрів.

Наступним видом індіанського землекористування є землі, закріплені за індивідуальною особою на праві обмеженого статусу. Це означає, що така земля може бути відчуженою або обтяженою власником за згодою міністра внутрішніх справ відповідно до федерального закону. Є також індіанські заповідні землі штатів, що перебувають у довірчому управлінні з боку органів влади штатів. Вони підпадають під дію законів окремих штатів на підставі угод, які свого часу племена аборигенів підписували з урядами окремих штатів або навіть з органами влади того часу, коли рання Америка перебувала під юрисдикцією уряду Британської імперії [Див.: 6].

Слід вказати, що перераховані види індіанських земель не підлягають оподаткуванню, тоді як окремі племена та окремі особи можуть володіти землею на



праві приватної власності, внаслідок чого їхня власність підпадає під дію законів окремих штатів про місцеве оподаткування.

Правовий статус індіанських земель склався протягом століть. У ньому відображені засадничі положення Британської імперської конституції, яка розглядалася як сукупність основних прав і свобод підданих Корони Англії, правових звичаїв та усталеної юридичної практики, в тому числі, – щодо розв'язання суперечок стосовно того, хто, на якому праві та на якій території володіє, користується і розпоряджається земельними ресурсами [7, с. 63–66]. Під час війни за незалежність США представницький орган повсталих колоній, Констинентальний конгрес, у 1777 році виробив першу конституцію США, Статті конфедерації, затвержені в 1781 році. У цьому акті були зафіксовані права штатів на переважне ведення справ з аборигенами, особливо щодо укладення земельних угод. Потім Континентальний конгрес неодноразово виносив рішення про те, що в майбутньому кордон США повинен був відсуватися все далі на захід в міру виникнення нових штатів.

Згідно зі Статтями конфедерації окремі штати мали право оголошувати війну, а це автоматично давало їм можливість захоплювати індіанські землі [8, с. 2]. Закінчення воїни за незалежність і визнання Англією суверенітету США висунуло складні проблеми у відносинах нової держави з корінним населенням. Після проголошення незалежності американський Конгрес первісно визнав індіанські племена «повноправними націями», які мають право підписувати договори з Америкою. Всі угоди, що стосувалися «поступок» індіанської землі Сполученим Штатам, повинні були оформлятися вождями племен і представниками Континентального конгреса, а згодом – уповноваженими президента і уряду країни. На практиці ж це правило завжди порушувалося американським урядом, і тому протягом цілого століття на теренах США відбувалися перманентні «індіанські війни», під час яких аборигени поступово позбавлялися землі й відтеснялися у пустельні райони Америки, непридатні для ведення традиційного господарства індіанців [Див.: 9].

Уряд США не чекав на те, щоб аборигени поступово пристосовувалися до «цивілізованого буття». Навіть так звані «П'ять цивілізованих націй», індіанці мускогомовних племен криків, чироків, чоктавів і чикасавів, зробили певні кроки до утворення на своїх землях фермерського господарства капіталістичного типу, мали підкоритися примусовому переселенню зі штатів Джорджія і Флорида до резервацій в Оклахомі. Це змусило вождів чироків 1831 року звернутися з позовом до федерального уряду про неприпустимість примусового переселення із земель пращурів. Їхню справу вирішував Верховний суд США на чолі з відомим федеральним суддею Дж. Маршаллом [10].

У рішенні Верховного суду, оголошеному Маршаллом, було вказано, що третя стаття Конституції США, яка вказує межі судової влади, має бути покладена в основу розглядання справи аборигенів.

Другий розділ цієї статті містить вичерпний перелік випадків, на які може бути поширена судова влада. Серед цих випадків позначені суперечки між урядом США, урядами окремих штатів американської федерації та громадянами Америки з одного боку і громадянами чи підданими іноземних держав – з іншого. Що ж стосується «націй» чироків, то вона не може бути визнана ані іноземною державою, ані союзником Америки. Проте індивідуально кожен «тубілець» з конфедерації племен чироків є іноземцем, оскільки він ніколи не виявляв бажання бути відданим Сполученим Штатам. Отже, американці та чироки не пов'язані взаємною відданістю, чужі один одному, і до аборигенів можна застосувати термін «іноземна нація». Що ж стосується земель чироків, то «Індіанська територія» на карті США, в історичних трактатах і законах вже з часів проголошення незалежності Америки вважається територією, що є частиною державної території американського народу. І це означає, що спілкування між американськими громадянами та індіанцями набуває статусу «ведення іноземних справ». Тим не менше, всі без винятку індіанські племена в численних угодах з урядом США завжди визнавали, що знаходяться під захистом Сполучених Штатів, завдяки чому американська держава має єдине і виняткове право управління всіма справами аборигенів. Тому індіанські племена, які постійно перебувають у межах визнаних кордонів Сполучених Штатів, не можуть називатися іноземними націями. Їхній правовий статус нагадує статус підлеглого, який завжди має виконувати волю опікуна – президента США [11].

Слід вказати, що казуїстичне рішення Верховного суду США щодо земельного позову чероків стало підставою для масового переселення багатьох інших індіанських племен із земель пращурів до пустельних, не засвоєних раніше аборигенами територій, які в ту пору не представляли ще «комерційний інтерес» для великих американських фінансистів та промисловців. Під час переміщення аборигенів так званим «шляхом слез» їх піддавали грабункам, насильствам і вбивствам білі «фронтирсмени», яких оспівують і нині голівудські кінострічки. Згодом, у 1871 році, коли більшість аборигенів були загнані до резервацій, Конгрес формалізував відносини з індіанськими племенами та общинами. На переконання конгресменів, уряд отримав право не застосовувати інститут договору для врегулювання відносин з індіанськими племенами. Для вирішення індіанських справ, передусім земельних, слід було застосовувати виконавчі накази президентів США. Що стосується урядів окремих штатів, то їхні виконавчі накази щодо індіанських земель набували юридичної сили лише в разі схвалення з боку Конгресу США. Проте завершення промислового перевороту в Америці, перехід цієї держави від мануфактурного капіталізму до промислового стимулювали підвищений інтерес великих корпорацій до резервацій, в яких аборигени «мали під своїми ногами» великі природні ресурси. Саме тоді й з'явився проект освоєння цих земель, запропонований сенатором Дауесом [12].

В Акті Дауса вказувалося, що його мета полягає в тому, щоб позбавити корінних американців від бідності, стимулювати їхню інкорпорацію до американського суспільства. Тому індіанці мали перейти від общинного землекористування до індивідуального володіння землею та від натурального господарства – до комерційного. Закон передбачав, що уряд буде дбати про те, щоб землі резервацій, які не засвоювалися аборигенами на суто капіталістичних засадах, продавалися на відкритому ринку, а гроші, які урядові агенти отримували б від учасників земельних торгів у резерваціях, слід було передавати до «бюджету» відповідних індіанських племен.

Однак під час голосування за проект Акту Дауса в нижній палаті американського Конгресу пролунав голос меншини, яка наполягала на наступному: «Вигода для індіанців, про яку пророкує цей акт, всього лише привід для захоплення резерваційних земель і подальшого їх використання. Зрештою, це призведе до повного зникнення індіанців, так як все буде зроблено під фальшивим гаслом «гуманізму» заради задоволення корисливих апетитів нашої нації. Згідно із цим законом, який отримав благословення глави Департаменту внутрішніх справ, спроба перетворити індіанця на білу людину є найзухвалішою, найбільш сміливою і невинуватою з усіх зроблених коли-небудь зазіхань на його права. Неважливо, якого рівня цивілізованості досягли б індіанські племена, якби зберегли родовий лад, але в рамках цієї системи, насадженої нами, вони поступово вироблять імунітет до цивілізації і свою думку щодо корисності того, що пропонує їм цей акт. Для індіанців було б набагато корисніше, якби ми виконали хоча б малу частину тих договорів, які уклали з ними. Ось цього якраз-то ми ніколи і не робили, і здається, що завдяки цьому законопроект ми це ніколи і не зробимо. Ми бажаємо тільки одного – забрати їхню землю, і зобов'язані це зробити. Решта нас не хвилює» [13]. Однак більшість конгресменів не звернули на це заперечення жодної уваги.

Спочатку Акт Дауса не застосовувався на території штатів Індіана, Оклахома і Нью-Йорк, де мешкали мускогомівні племена чироків, криків, чоктавів, чикасавів і семинолів, алгонкиномівні племена майямі, пеорія, оседж, каскаскія, піанкошоу, сак і фокс та ірокезьке племя сенека. Проте згодом і ці племена відчули важкі наслідки закону про скасування общинного землекористування.

Отже, закон Дауса був спрямований на руйнування общинної земельної власності індіанців. Він означав неминуче знищення всієї племінної організації корінних жителів Північної Америки, адже саме це краще за все сприяло бажанню залізничних і земельних корпорацій пожитися за рахунок експропрійованих урядом індіанських територій. Згідно з цим законом під час розділу земельної власності племені голові кожної сім'ї відрізався наділ в 160 акрів. Інші ж дорослі члени родин аборигенів мали отримати наділи площею в 80 акрів. За таких норм тільки менша частина земель племені переходила у приватну власність, інша ж велика частина території будь-якої індіанської резервації ставала

надбанням федерального уряду, який отримав право на розпродаж відтятої від аборигенів землі на відкритому земельному ринку [14, с. 88]. До того ж посадовці Бюро у справах індіанських племен оголошували у кожній резервації, що індіанські родини отримали право використовувати цю землю протягом лише 25-ти років, після чого слід було отримувати новий дозвіл на користування землею від федеральної влади. З цього випливалло, що по закінченні 25-річного терміну індіанець більш не залишався членом племені, адже він ставав жителем штату, на території якого знаходилася резервація. Для «цивілізованого» таким чином аборигена наставали важкі часи, адже він не міг більше користуватися хоча б примарним захистом одноплемінників.

За півстоліття після прийняття Конгресом Акту Дауса територія резервацій скоротилася втричі. В результаті індіанці втратили 86 млн. акрів землі, що належала їм до прийняття закону. Що ж стосується «покращення життя аборигенів», то за законом суми, які надійшли від продажу «надлишків» племінних земель, повинні були витратитися на культурне і економічне обслуговування індіанців: на будівництво та утримання шкіль, охорону здоров'я, будівництво зручних осель, придбання одягу тощо. Однак гроші за «поступки» індіанської землі не видавалися аборигенам безпосередньо. Індіанці отримували належне у вигляді щорічної ренти продуктами, насінням та ін., і на цьому наживалися постачальники, які уклали контракти з Бюро у справах індіанців. При цьому слід вказати на те, що Конгрес США і понині продовжує гальмувати виплату своїх боргів індіанцям. Існування «індіанської земельної ренти» ставить корінних американців у двозначне становище жебраків, а не рантьє буржуазного типу. Нарешті, найбільш жахливий прояв індіанської політики США полягав у тому, що землі резервацій і приватні ділянки аборигенів у будь-який момент могли бути відчужені для будь-яких суспільних цілей відповідно до законодавства штату або території, де вони розташовані.

Під час світової економічної кризи, яка розпочалася 1929 року саме в Америці, індіанські резервації прийшли до повного занепаду. Тому Конгрес США мав прийняти Закон про реорганізацію індіанців від 18 червня 1934 року (також відомий як Закон Уілера-Говарда). За цим актом передбачалися гарантії індіанцям певних прав. Зокрема, було скасовано приватизацію загальних землеволодінь індіанців і оголошено про повернення до місцевого самоврядування на племінній основі. До того ж автори цього акту оголосили про створення здорової економічної основи для існування індіанських резервацій, однак ці гарантії так і не були реалізовані.

У 1954 році Міністерство внутрішніх справ США почало здійснювати політику «термінації» (припинення відносин опікуна і підопічного між федеральним урядом і племенами). Одним із результатів стало скасування 109-ти індіанських груп, які займали 5527,4 кв. км. земель. Така індіанська політика була спрямована на полегшення доступу корпорацій до ресурсів, які перебували в надрах резервацій. Це природно, адже більш ніж половина з розвіданих на

сьогодні в США запасів урану знаходиться в межах сучасних індіанських резервацій. На індіанській території перебувають також чверть всіх запасів високоякісного вугілля з низьким вмістом сірки, п'ята частина нафтових запасів і природного газу країни, а також основні запаси міді та деяких інших металів.

Очевидно, що здійснене за Актом Дауеса перетворення всього життя і побуту індіанців на буржуазних засадах мало негативні наслідки. Тому віковий досвід втілення цього акту довів, що загальне володіння землею і племінний уклад життя утворювали для індіанців єдину можливість самозбереження, порятунку своєї етнічної спільності і культури. У результаті сучасні форми угод про врегулювання земельних відносин в США за участю індіанців не мають правового статусу «договору», але ті договори, що були укладені до 1871 року, залишаються частиною чинного американського права [15, с. 364–365].

**Висновки.** Федеральна влада США ставилася до індіанців Північної Америки як до незалежних націй лише в добу формування незалежної американської держави. Тоді за інерцією, яка «підживлювалася» досвідом вирішення «індіанської земельної проблеми» органами влади ще Британської Америки, Вашингтоном було укладено десятки земельних угод з різними племенами. Перехід США до промислової стадії розвитку капіталізму призвів до скасування договірної основи відносин між урядом США та індіанцями, що мало своїм наслідком захоплення земель

племен великими американськими землевласниками та заборонення аборигенів до резервацій. Це викликало спроби американських урядовців перетворити колективну земельну власність племен аборигенів на приватну, подібну до фермерської власності, і цей курс індіанської політики Сполучених Штатів обумовив появу акту Дауеса. Він піддав руйнуванню весь уклад індіанців, його соціально-економічні та етнічні основи. Тому не дивно, що віковий досвід втілення Акту Дауеса довів, що загальне володіння землею і племінний уклад життя утворювали для індіанців єдину можливість самозбереження, порятунку своєї етнічної спільності та культури.

Останнім часом Конгрес США уникає вирішення будь-яких земельних питань у стосунках з корінними народами без попередніх переговорів або компенсацій. Так, у 1971 р. Конгресом США був прийнятий Закон про врегулювання прав на землі корінних жителів Аляски. Цей закон передбачав виділення 40 млн. акрів земель, а також грошову компенсацію дванадцяти новоствореним регіональним корпораціям корінних жителів Аляски – індіанців, ескімосів та алеутів. Водночас корінні жителі Аляски остаточно відмовлялись від претензій та позовів до федерального уряду та уряду штату. Саме такий курс індіанської земельної політики Конгрес США збирається проводити серед інших племен аборигенів. Цей курс, зрозуміло, вкликає багато питань, однак його результати можна буде оцінити в майбутньому.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. American Indian People and Tribes URL: [https://www.mnsure.org/assets/ATF-AI-Definitions-2012-09-27\\_tcm34-185317.pdf](https://www.mnsure.org/assets/ATF-AI-Definitions-2012-09-27_tcm34-185317.pdf)
2. Pevar S. The Dawes Act: How Congress tried to destroy Indian reservations. February 8th, 2012. URL: <https://blog.oup.com/2012/02/dawes-act-congress-indian-reservations/>
3. Аблягітов Р. Досвід державної політики США щодо племен американських індіанців та корінних жителів Аляски. Висновки для України. URL: [http://cidct.info/uk/stud\\_ii/5-6%2805%29/8.html](http://cidct.info/uk/stud_ii/5-6%2805%29/8.html)
4. The Legal Status of Indian Suffrage in the United States. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3847&context=californialawreview>
5. An Act to provide for the Allotment of Lands in Severalty to Native Americans on the Various reservations, and to extend the protection of the laws of the United States and the Territories over the Indians, and for Other Purposes. Forty-ninth Congress. Sess. II. Chs. 105, 119, 1887. p. 388-391. URL: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/49th-congress/session-c49s2ch119.pdf>
6. Калашников В.М. Антиколоніальна боротьба індіанців Северної Америки в XVII-XVIII веках. Днепропетровск: ДГУ, 1992. 175 с.
7. Калашников В.М., В.М. Малишко. Формування інститутів держави і права в США ранньої доби (1607-1775 роки) : монографія. Рекомендовано до друку Вченою радою Інституту держави і права НАН України ім. В.М. Корецького. Київ: Логос, 2015. 485 с.
8. Harmon J. D. Sixty years of Indian Affairs: Political, Economic, Diplomatic, 1789-1850. – Chapel Hill: University of Illinois Press, 1941. XX. 560 p.
9. Калашников В.М. Борьба индейских племен Северной Америки против американских колонизаторов (1776-1814 гг.): автореф. дисс. ... на соиск. учен. степ. канд. историч. наук: 07.00.03 «Всеобщая история». Москва: МГУ, 1977. 22 с.
10. Титов В.Д. Вклад Джона Маршалла в юриспруденцію США. 22.04.2010 р. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. URL: <http://www.stattionline.org.ua/pravo/100/17027-vklad-dzhona-marshalla-v-yurisprudenciyu-ssha.html>
11. Cherokee Nation v. State of Georgia, 1831. URL: <http://www.cherokee.org/About-The-Nation/History/Trail-of-Tears/Cherokee-Nation-v-State-of-Georgia>
12. An Act to Provide for the Allotment of Lands in Severalty to Native Americans on the Various Reservations, and to Extend the Protection of the Laws of the United States and the Territories over the Indians, and for Other Purposes. Forty-ninth Congress. Session II, 1887. p. 388–391. URL: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/49th-congress/session-c49s2ch119.pdf>
13. Костян И. Апачи. По законам белого человека. URL: <https://www.proza.ru/2014/09/15/1243>
14. Churchill W. Kill the Indian and Save the Man: the Genocidal Impact of American Indian Residential Schools. San Francisco: City Lights Press, 2004. 128 p.
15. Wilkins D.E. American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice. Austin: University of Texas Press, 1997. 421 p.



Мішегліна В. М.,  
аспірант кафедри загальнотеоретичної юриспруденції  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ДОСЛІДЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ СИМВОЛІКИ: СЕМІОТИЧНИЙ ПІДХІД

### THE RESEARCH OF JURIDICAL SYMBOLISM: SEMIOTIC APPROACH

Стаття присвячена проблемі юридичної символіки, а саме – дослідженню цієї категорії з позиції семіотичного підходу. Визначені поняття та ознаки юридичної символіки, розмежовуються категорії «юридичного» та «правового» символів у загальнотеоретичній юриспруденції.

**Ключові слова:** юридична символіка, правовий символ, юридичний символ, семіотика, семіотична підсистема.

Статья посвящена проблеме юридической символики, а именно – исследованию семиотических особенностей этой категории. Определены понятие и признаки юридической символики, разграничиваются категории «юридического» и «правового» символов в общетеоретической юриспруденции.

**Ключевые слова:** юридическая символика, правовой символ, юридический символ, семиотика, семиотическая подсистема.

Based on the analyses of research in the sphere semiotics, the author presents in article the juridical symbolism. Concept and signs of juridical symbolism are defined in the article, and also the categories of "juridical" and "legal" symbols are delimited in general theoretical jurisprudence.

**Key words:** juridical symbolism, legal symbol, juridical symbol, semiotics, semeiotic subsystem.

**Постановка проблеми.** На сьогодні перед науковцями у сфері загальнотеоретичної юриспруденції та філософії права постала проблема осмислення та аналізу права як системи знакових конструкцій в інформаційному знаковому просторі, що відтворюють правові явища у правосвідомості та впливають на правову культуру соціальних суб'єктів і правопорядок у суспільстві, оскільки правосвідомість відображає об'єктивну правову дійсність. У цьому контексті особливу увагу привертає дослідження юридичної символіки з позиції семіотичного підходу.

Вперше семіотичний підхід як такий був згаданий у дослідженнях українців наприкінці 70-х років і до того ж у контексті юриспруденції (зокрема, у працях науковця П.М. Рабіновича [8], а потім – на зламі 80-90-х років ХХ ст., але на цей раз виключно у філологічному контексті.

З нашої точки зору вбачається важливим і актуальним дослідження юридичної символіки з позиції семіотичного підходу, оскільки основною функцією юридичної символіки є забезпечення комунікації у процесі розподілу прав та обов'язків у суспільстві. Таким чином, право можна розглядати з двох основних точок зору: психологічної (або внутрішньої), якою займається юридична психологія, та символічної (або зовнішньої), що є предметом вивчення юридичної семіотики.

**Аналіз основних досліджень і публікацій.** Наукова проблематика, спрямована на вивчення юридичної символіки, правових символів та символізму у праві, є актуальною для сфери інтересів передусім історії, також соціології, психології, а останнім часом – і юридичних наук. Наукова проблематика, спрямована на вивчення поняття та класифікації правових символів зосереджена в роботах В.М. Баранова, Н.Н. Вопленко, А.Ю. Глушкова, О.В. Нікігіна, О.Е. Спіридонової, П.Д. Шалагінова. На питаннях, які висвітлюють різні сторони вітчизняних державних символів, акцентувалася увага наступних сучасних авторів: В.М. Балязіна, В.Г. Буркова, А.Л. Васи-

льєва, В.В. Васькіна, Г.В. Вілінбахова, М.П. Голованової, М.В. Гречана, А.Я. Дегтярьова, Л.Б. Єскіної, А.Н. Казакевича, Е.Н. Козіної, А.А. Кузнецова, Ю.К. Миколаєва, Є.В. Сазоннікової, Є.В. Сердобінцевої, Л.Є. Шепелева. Семіотичні підходи до вивчення проблеми юридичної символіки зосереджуються в роботах Ю. Лотмана та Г. Щедровицького; Ю. Степанова – щодо трансформацій предмету семіотики в умовах модернізації інформаційних систем; О. Сімович – щодо семантичної структури вербальних символів; Л. Богатої – щодо використання символу під час формування управлінських впливів на соціальну систему.

Метою статті є дослідження юридичної символіки та її семіотичних ознак, розрізнення правових символів та юридичних символів; визначення понять юридичних символів та юридичної символіки.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Питання дослідження юридичної символіки та її семіотичних аспектів є нині актуальним та потребує подальшої комплексної розробки як один із напрямів досліджень у загальнотеоретичній юриспруденції. Досліджуючи з позицій системного підходу юридичну символіку, важливо зосереджувати увагу не на окремих семіотичних формах або функціях правових символів. На наш погляд, знаки, правові символи, складні семіотичні форми у праві слід розглядати як специфічні семіотичні елементи системи права в контексті функціонування цілісної семіотичної підсистеми сучасного права.

Багатьма вченими право розглядається як форма суспільної свідомості. У процесі правового регулювання через свідомість і волю суб'єктів відбувається створення ідеальних образів (об'єктів). Являючи собою їх сукупність, права реальність (свідомість, відносини та ін.) проявляє себе значно багатшою і різноманітнішою і не зводиться тільки до системи знакових форм (мовних, текстових). Їх можуть замінювати та доповнювати немовні правові регулятори.

Ф. Лассаль стверджує, що право може здійснюватися як за допомогою слів, так і дій. Крім того, воно може бути виражено і представлено за допомогою особливих знаків, символів (дорожніх знаків, стрілок-показчиків і т.д.) [16, с. 123].

Правові норми можуть бути намальовані, виліплені у вигляді скульптури й навіть виражені засобами музики (державний гімн). У цих випадках слід говорити про немовну (невербальну) форму вираження права.

Право являє собою не що інше, як певну систему інформації, під час створення, збереження і передачі якої відбувається правове регулювання. Її генераторами виступають правотворчі органи, правозастосовуючі суб'єкти, а рецепторами – адресати інформації.

Основною формою передачі (носієм) правової інформації є мова. Вона не тільки робить ідеальні об'єкти тими, що сприймаються, а й надає їм об'єктивність та незалежність від його учасників [14, с. 5].

Для права мова виступає першоелементом, з якого створюються та оформляються всі правові категорії: і сама правова норма як єдність державної волі з особливою логічною структурою, і засоби вираження правової норми зовні (тема, ідея, проблема, композиція законодавчого добутку).

На думку О.О. Ушакова, інші немовні форми права є похідними від мови, і їм обов'язково повинні передувати правові норми, виражені у словесній формі, незалежно від того, вимовлені ці слова вголос або вони залишилися в свідомості творця [12, с. 78]. В основі так званої знакової символічної системи лежить звичайна, природна мова. Залізні ґрати стануть символом тюремного ув'язнення лише в тому випадку, якщо люди заздалегідь усвідомили це явище за допомогою категорій мови, якщо йдеться про це, тобто спочатку вдаються до природної невербальної мови, а вже тільки потім – до знаків й інших засобів зображення права. Таким чином, словесна мова тісно пов'язана з правовим змістом, оскільки є засобом її зовнішнього і внутрішнього вираження.

Основним інформаційним засобом юридичної взаємодії виступають *правові тексти*, що ґрунтуються на логічних, граматичних, лексичних засадах і є певним чином структурованими. Інформація фіксується в тексті правових актів за допомогою прийомів, правил і засобів юридичної техніки. Вона має високий ступінь формалізації, передається з використанням відповідних понять, категорій, формулювань, що розробляються на загальнотеоретичному і галузевому рівнях, визначених науковою спільнотою.

*Юридичний текст* являє собою певну систему, що складається з різних елементів. Її лексичну основу складають, перш за все, слова, що володіють унікальними текстоутворюючими властивостями (полісемічністю, синонімічністю і т.п.) Наступний рівень – це словотворення (фразеологізми та інші стійкі утворення). Більш високий рівень – граматичні речення, організовані відповідно до законів і категорій логіки та граматики. Тексти також оформляються у відповідності з графічними стандартами,

які надають йому локальність викладу, чіткість і структурованість [16, с. 125].

Внаслідок такого багаторівневого взаємозв'язку елементів тексту відбувається подвійне або потрійне кодування інформації таким чином, що закладений сенс розкривається поетапно, оскільки зв'язок з описуваним об'єктом (десигнатом) не може бути встановлений безпосередньо. На відміну від тексту прямий зв'язок з десигнатом встановлюється за допомогою зображення.

Право можна вважати специфічною знаковою системою з вербальних і невербальних правових знаків, юридичних та правових символів, що функціонують у певному соціокультурному просторі, а тому демонструють чітку соціально-ціннісну детермінованість цієї системи [3, с. 39–40].

*Мовні правові знаки* є проявом ціннісно-навантаженої лексики, що відтворює найбільш значущі пріоритети правової спільноти, представляє волю суспільства, формує відповідні соціальні цінності у його членів, а отже, й орієнтири правової політики держави. *Немовні правові знаки*, також маючи ціннісне навантаження, формують у суспільстві загальноприйняті знакові образи людини через її професійну зайнятість, стиль життя, манеру поведінки тощо, моделюють стереотипи бажаної, дозволеної та забороненої поведінки, створюють правову символіку, що має всі шанси перерости в символічні артефакти й національні архетипи, за якими розпізнаватимуть державу. Основним джерелом надходження і формування таких правових знаків є соціум, тому є всі підстави вважати, що право має соціально-ціннісну зумовленість (соціологічне праворозуміння). Причому ця соціально-ціннісна сутність права розкривається через його власну цінність (як необхідний продукт людської діяльності), особистісну цінність для людини (як критерій і градаційну шкалу моделей правової поведінки) та інструментальну цінність для суспільства (як фіксатор і регулятор суспільно значущих міжсуб'єктних відносин) [3, с. 40].

Узагальнюючи вищевикладене, на наш погляд, можна зробити висновок, що проблема мовних, текстових та зображувальних способів вираження права тісно переплітається з питанням юридичної символіки, досліджуваної в науці загальнотеоретичної юриспруденції.

*Символ* являє собою предмет або дію, що служить умовним знаком будь-якого поняття. Він виступає як знак, що несе в собі предметний образ і умовно фіксований сенс. Предметний образ символу проявляється в його наочності, а сенс розкривається через подання або згадку про ефект дії. Символізація є виразом узагальненого сенсу, абстрактного змісту через наочну модель, чуттєвий образ.

Символи, що пов'язані своїм існуванням та дією з правом, водночас є неоднорідними. Серед них можна виділити щонайменше три групи:

- 1) символи, які закріплені в офіційних джерелах права та охоронювані державою. Саме цю групу традиційно розглядають як «правові (юридичні) символи»;
- 2) символи, які використовуються в праві.



Йдеться про ті умовні образи, які не отримали юридичного закріплення, але їх зміст безпосередньо стосується права (наприклад, зображення Феміди як символ правосуддя). З погляду позитивістського праворозуміння, юридичного значення такі явища не мають, але, символізуючи ті чи інші правові цінності, вони, безумовно, виступають складовим елементом правової системи суспільства;

3) символи, які згадуються в законодавстві, не набуваючи при цьому правового характеру. Такими, зокрема, є символи, які заборонено використовувати чинним законодавством. На відміну від попередньої, ця група витісняється правовою системою у зв'язку з тим, що виражає негативні, чужі їй явища і цінності. З іншого боку, саме існування таких символів не тільки визнається правом, а й набуває юридичного значення.

Отже, крім власне юридичних символів, які закріплені правом і мають певне юридичне значення, існують, з одного боку, символи, що не визнані офіційно, але які представляють правову цінність. З іншого боку, це символи, які не ігноруються позитивним правом, однак не є правовими. Зазначимо, що чітка межа між цими групами проводиться в літературі не завжди.

Так, О. Нікітін, даючи суто позитивістське визначення юридичних символів, водночас говорить про такі їх приклади, як зображення тюремних ґрат або з'єднаних шлюбних кілець. Подібні символи не характеризуються ні юридичним закріпленням, ні, тим паче, правовою охороною або процесуальним порядком застосування, тому й авторським визначенням не відповідають [9, с. 34].

З метою уникнення штучного обмежування кола досліджуваних проблем, доцільно вживати поняття «юридичний символ» в кількох значеннях. У *вузькому розумінні* під ним варто розуміти символ, встановлений або санкціонований чинним законодавством. Такі юридичні символи можуть також мати назву нормативних або законодавчих символів. Поняття «юридичний символ» у *широкому сенсі* охоплює всі символи, що є частиною правової культури конкретного суспільства, інтегровані в його правову систему. До них відносяться і символи, закріплені законодавчо, і ті, які так не закріплені, але їх люди сприймають як правові, вони символізують у суспільній правосвідомості певні правові цінності. Крім цього, можна, ймовірно, виділити й категорію юридично значущих символів, що охоплює символи, так чи інакше опосередковані позитивним правом: і охоронювані ним, і заборонені.

Розглядаючи категорію юридичних символів у широкому розумінні, слід звернути увагу на категорію «*правових символів*», яка є родовим поняттям категорії юридичних символів. Правові символи є специфічною формою вираження правових велінь, які виступають ефективним засобом комунікації – процесу передачі правової інформації від правотворчого органу через правозастосовувача до конкретного індивіда. Правові символи як наочні засоби економії правового впливу сприяють зняттю інформаційного перевантаження [5, с. 42].

Як елементи соціокультурного середовища правові символи, що були прийняті протягом попередніх етапів державного буття народу, виконують одну з головних функцій культури – зберігати надбання попередніх поколінь. Ю. Лотман відзначав, що будучи важливим механізмом пам'яті культури, символи переносять тексти, сюжетні схеми та інші семіотичні утворення з одного її пласта до іншого. Константні набори символів, що пронизують діахронію культури, значною мірою беруть на себе функцію механізмів єдності: здійснюючи пам'ять культури про себе, вони не дають їй розпастися на ізольовані хронологічні пласти. Єдність основного набору символів, що домінують, і тривалість їх культурного життя значною мірою визначають національні й ареальні межі культур [8, с. 241].

Крім того, слід звернути увагу на розмежування наступних двох категорій – «*юридичні символи*» та «*юридична символіка*». Юридичні символи, з нашої точки зору, – це закріплені законодавством держави умовні образи, відмітні знаки, які є ціннісно-культурними утвореннями, головним призначенням яких є формування образу права та держави як на національному, так і на міжнародному рівні.

Під символікою розуміють сукупність того, що передається жестами або символами, за допомогою яких зображаються події, явища, поняття, ідеї тощо. Розрізняють символіку національну і державну, яка нерідко слугує основою державних символів [4, с. 1054; 13, с. 10], затверджених конституцією чи спеціальним законом, які зображають державність і статус їх власника в різних формах виявлення.

**Юридична символіка**, в нашому розумінні, – це цілісна сукупність усіх символів (юридичних, правових та державних), які, в свою чергу, є знаковими кодифікованими регуляторами відносин конкретного суспільства, інтегровані в його правову систему.

Під час здійснення дослідження семіотичних аспектів юридичної символіки можна виокремити наступні її *ознаки*:

1) ціннісна ознака – юридична символіка поєднує в собі щось усталене, загальноприйняте, унормоване на культурному і суспільному рівнях, до ціннісного зараховують історичний аспект, який розкриває правове явище як історичну цінність використання в праві. Наприклад, церемонія складання присяги – це знакова подія в житті кожного, хто вступає на державну службу, службу в органи внутрішніх справ або збройних сил. Це дійство, яке допускає «новобранців» до чогось особливого, до чого не допускають інших, не посвячених.

2) інформаційність – символи, як правило, слугують засобом передачі інформації: і на внутрішньодержавному, і на міжнародному рівні. Зрозумілість та загальновідомість символів дозволяють використовувати їх як надзвичайно зручне джерело інформації, розраховане на широке коло суб'єктів, розділених мовними й територіальними кордонами. При цьому завдяки юридичній символіці ця інформація не тільки ефективно акумулюється і транслюється, а й набуває офіційного характеру.

Найбільш наочним прикладом є знаки, що регулюють дорожній рух. У ситуації, коли необхідно швидко прийняти рішення, але немає можливості безпосередньо звернутися до правового порядку, правовий символ стає незамінним. Тут надмірність інформації буде позначатися і на її доступності. Якщо гіпотетично уявити собі, що текст розпорядження буде продубльований на дорожньому знаку, то можна уявити, до якого хаосу на дорозі це призведе. У таких і аналогічних ситуаціях правовий символ уможливує представити інформацію, укладену в нормативних приписах, у вигляді цілісного образу, а не по частинах. При цьому абстрактний припис за допомогою правового символу прив'язується до конкретної ситуації його реалізації.

3) інструментальність – символи дають змогу побудувати ієрархію або відрізнити прості обставини, події, факти від символів, які означають цілу систему. Наприклад, реалізація такого державного символу, як державний прапор України відбувається шляхом здійснення запропонованих юридичним документом процедур підняття державного прапора в дні урочистих подій, його приспускання в день жалоби, розміщення його на строго певних будівлях, документах, автомобілях вищих посадових осіб держави, і що регламентують поведінку людей щодо цих дій і предметів.

Таким чином, наведена система ознак за визначеними аспектами дозволяє виконувати суто прикладні завдання: здійснювати інвентаризацію чинних законодавчих норм, які можна класифікувати як правові символи, та визначати прогалини в регулюванні тієї чи іншої діяльності.

Юридична символіка (за допомогою юридичних та правових символів) здійснює тлумачення, маркування, класифікацію, структурування, стратифікацію, ієрархізацію, організацію та впорядкування правових відносин. Крім того, за допомогою семіотичних особливостей юридична символіка пропонує механізм виявлення символу як медіатора (посередника) поняття та об'єкта відтворення, абсолютного значення і конкретного змісту. У цьому контексті юридична символіка відіграє комунікативну та текстологічну функцію сучасного права.

**Висновки.** Проведене дослідження юридичної символіки з позиції семіотичного підходу, дозволяє виокремити такі ознаки юридичної символіки, як: ціннісна ознака, інформаційність та інструментальність. На наш погляд, юридична символіка – це цілісна сукупність усіх символів (юридичних, правових та державних), які, в свою чергу, є знаковими кодифікованими регуляторами відносин конкретного суспільства, інтегровані в його правову систему. Таким чином, у нашому розумінні юридичні символи – це закріплені законодавством держави умовні образи, відмітні знаки, які є ціннісно-культурними утвореннями, головним призначенням яких є формування образу права та держави як на національному, так і на міжнародному рівні. Правові символи слід відрізнити від юридичних символів, оскільки, правові символи є специфічною формою вираження правових велінь, які виступають ефективним засобом комунікації – процесу передачі правової інформації від правотворчого органу через правозастосовувача до конкретного індивіда.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Балинська О.М. Семіологічне дослідження права: до постановки питання. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2009. № 1. С. 3–8.
2. Балинська О.М. Семіотика права: монографія. Львів: ЛьвДУВС. 2013. 416 с.
3. Балинська О. М. Семіотичні характеристики невербальних правових знаків. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2014. Вип. 2. С. 37–43.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / кер. вид. проекту П.М. Мовчан, В.В. Німчук, В.Й. Клічак. Київ: Дніпро, 2009. 1332 с.
5. Давыдова М.Л. Символы в праве и правовые символы: понятие и значение. Ведомости высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 3. С. 42–46.
6. Дрешпак В.М. Семіотика державного управління: контури проблемного поля. Публічне адміністрування: теорія та практика: ел. наук. фахове видання. 2010. Вип. 2 (2). URL: [http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Patp/2010\\_2/10\\_dvmkpp.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Patp/2010_2/10_dvmkpp.pdf). (назва з екрану).
7. Крейдлин Г.Е., Кронгауз М.А. Семіотика, или Азбука общения: учеб. Пособие. Москва: Флинта: Наука, 2009. 5-е изд. 240 с.
8. Лотман Ю.М. Семіосфера: Культура и взрыв. Внутри мыслящих миров. Статьи. Исследования. Заметки. СПб.: Искусство СПб, 2004. 704 с.
9. Никитин А.В. Правовые символы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 1999. 36 с.
10. Рабинович П.М. Проблемы теории законности развитого социализма. Львов: Вища шк., 1979. 204 с.
11. Ульяновська О.В. Фікції та символи як засоби юридичної техніки. Актуальні проблеми держави і права. 2007. Вип. 34. С. 376–380.
12. Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Ч. 1. Содержание и формы в праве и проблемы законодательной статистики: учебное пособие. Пермь, 1967. 206 с.
13. Федоров В. Символ: образ і знак: Symbologium. Тернопіль: підручники і посібники, 2009. 256 с.
14. Чантурия А.В. Семіотичні аспекти дослідження соціальної реальності: дис. ... канд. філос. наук: 09.00.03. Луганський національний педагогічний ун-т ім. Тараса Шевченка. Луганськ, 2006. 174 с.
15. Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: монография. М.: Норма: НИЦ Инфра-М, 2012. 320 с.
16. Чуйко Н.А. Виуализация права. Журнал российского права. М.: Юридическое издательство «Норма», 2013. №5. С. 121–131.
17. Щедровицкий Г.П. О методе семиотического исследования знаковых систем: Семіотика и восточные языки: сб. ст. Акад. наук СССР. Ин-т народов Азии; отв. Ред. Ю.В. Рождественский. Москва: Наука, 1967. С. 19–47.

**Савченко К. Ю.,**  
*аспірант кафедри теорії та історії держави і права  
та адміністративного права  
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

## **ПОТОЧНА СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ПЕРВИННА ФОРМА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА**

### **CURRENT JUDICIARY PRACTICE AS THE PRIMARY FORM OF APPLICATION OF LEGISLATION**

У статті проведено дослідження форми вираження такого правового явища, як судова практика. Здійснено аналіз наукової юридичної літератури та судової практики з метою визначення характерних рис поточної форми судової практики. Сформульовано сутність поточної форми судової практики.

**Ключові слова:** *судова практика, джерело права, судочинство, судові рішення.*

В статье исследовано формы выражения такого правового явления, как судебная практика. Осуществлен анализ научной юридической литературы и судебной практики с целью определения характерных черт текущей формы судебной практики. Сформулировано сущность текущей формы судебной практики.

**Ключевые слова:** *судебная практика, источник права, судопроизводство, судебное решение.*

In the article the study expressions such things as legal jurisprudence. The analysis of scientific literature and legal jurisprudence to determine the characteristics of the current forms of litigation. Formulated the essence of the current forms of litigation.

**Key words:** *jurisprudence, source of law, justice, judgment.*

**Постановка проблеми.** У наш час в Україні відбуваються соціально-політичні зміни фундаментального характеру. Із проведенням судово-правової реформи систематизацію судової практики за формами її вираження необхідно розуміти як процес зібрання різнобічних знань про явища об'єктивної дійсності в єдину систему на основі принципу науковості.

Грунтовне дослідження проблематики судової практики, що є дієвим елементом правової системи, є неможливим без вивчення та аналізу її форм. Сама ж судова практика, як зазначає О.М. Дроздов, є правовим явищем, що «охоплює акумульований досвід як судової діяльності всіх судів судової системи, так і постановлені у процесі цієї діяльності всі без винятку рішення» [1, с. 185]. Із цим твердженням варто погодитися, однак поняття «судова практика» потребує певного уточнення. Оскільки судова практика є правовим явищем, вона повинна мати чіткі форми вираження. Форма судової практики є своєрідним способом існування змісту і має місце у документах судових органів влади [2, с. 151]. Означене дасть підстави для здійснення її систематизації.

**Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій.** У контексті поділу судової практики на певні форми у працях науковців неможливо виокремити єдиний підхід до цієї проблематики. Так, ще С.С. Алексєєв здійснив розподіл судової практики на три види: поточну, прецедентну та керуючу [3, с. 256]. Основу цієї класифікації судової практики становили саме форми її вираження, тобто форми, в яких існує судова практика. М.М. Придворова поділяє судову практику на практику Верховного Суду, обласних, місцевих і районних судів, а за підвідомчістю справ тим чи іншим судам виокремлює конституційну, загальну і спеціалізовану судову практику; взявши за

критерій класифікації судової практики саме категорії справ, виділяє кримінальну, цивільну, адміністративну та інші [4, с. 31]. Не з усіма пропонуваними класифікаціями судової практики можна погодитися, оскільки, залежно від судово-правових реформ, що здійснюються у сфері судочинства, видозмінюється і судова система, види судів тощо.

Більшість українських науковців, таких як Н.В. Нор, О.І. Стрельцова, притримуються запропонованого С.С. Лебедевим поділу судової практики на поточну, прецедентну і керівну. Проте, такий поділ вони підтримують лише у загально-соціальному аспекті, розглядаючи судову практику в її широкому розумінні. У вузькому розумінні судова практика і є тими судовими рішеннями, що містять у собі правові положення. У теорії права науковцями було розроблено позицію про те, що судова практика формується з правових положень. Д.А. Фурсов правоположення розглядає як наявність у судовому рішенні нового способу правового регулювання суспільних відносин [5, с. 28]. Більш обґрунтованою слід вважати позицією В.В. Лазарева щодо розуміння сутності правоположення як судового припису про застосування норми права під час врегулювання конкретних суспільних правовідносин [6, с. 17]. Наведене дає підстави для формування позиції, що правоположення у поточній формі судової практики є об'єктивною реальністю і можуть міститися у рішеннях судів із конкретних справ, в оглядах судової практики, а також застосовуватися з метою конкретизації законодавчих актів.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Поточна судова практика у широкому розумінні є первинною формою застосування законодавства, оскільки саме у процесі розгляду конкретних



судових справ виробляються певні правові положення, що набувають загальноновизнаного та загальнообов'язкового характеру у формі судових рішень. Поточна судова практика, як наголошує Н.В. Нор, є досвідом застосування чинного законодавства всіма судами, тобто судами всіх ланок судової системи, що виражений у їхніх рішеннях щодо конкретних справ [7, с. 260]. Тож поточна форма судової практики полягає у повному, всебічному і об'єктивному дослідженні фактичних обставин справи із застосуванням професійної правосвідомості суддів. Саме у змісті судового рішення, що виноситься після розгляду конкретної судової справи, і міститься правоположення з питань застосування тих чи інших правових норм до фактичних обставин тієї події, що відбулася. Означене є дієвим прикладом синергії теорії та практики у процесі розвитку суспільних відносин.

Наведе дає підстави стверджувати, що, хоч інші суди не можуть у своїх рішеннях опиратися на рішення суду першої інстанції у вирішенні типових справ, оскільки цей вид судової практики не є джерелом права, за аналогією можуть застосовуватися відповідні обґрунтування, що призведе до вироблення ustalenoї судової практики під час врегулювання цього виду суспільних правовідносин. Судова практика належного рівня є одним із основних критеріїв оцінки рівня дієвості судової влади в Україні.

Правові положення є змістом судової практики. Поточна (проста) форма судової практики може містити правоположення у судових рішеннях, проте не у всіх. Означене зумовлене тим, що окремі види судових рішень, зокрема ухвали, судові накази, спрямовані на вирішення саме процесуальних питань, а не на врегулювання спірних правовідносин у конкретному випадку.

Під поточною формою судової практики слід розуміти не лише судові рішення як результат судової діяльності, а й сам процес оцінки закону чи інших нормативно-правових актів, відповідність їх Конституції України та міжнародним договорам під час розгляду конкретних справ судами загальної юрисдикції. На підтвердження висловленого, застосовуючи системний підхід, слід навести позицію авторів Юридичної енциклопедії про те, що «судові рішення, постановлені судами загальної юрисдикції у конкретних справах на основі безпосереднього застосування Конституції України, у правовій доктрині оцінюють як джерело права, оскільки вони встановлюють нове, порівняно з раніше чинними актами, регулювання суспільних відносин» [8, с. 468].

Аналіз матеріалів судової практики дає підстави констатувати, що судові рішення мають і внутрішню сторону. Хоча вони і приймаються іменем України, однак їх вмотивованість, об'єктивність та справедливність залежить від низки факторів, а саме: внутрішнього переконання судді під час розгляду справ та прийняття судових рішень; сприйняття правових норм та їх застосування; вплив на суддю під час розгляду ним справ та винесенні рішення. Як доречно зауважила Д.Ю. Хорошковська, «суддівський розсуд є незмінним

атрибутом судової практики, й остання поза суддівським розсудом існувати не може. Специфічні результати судової практики – правоположення – є обов'язковим наслідком прояву суддівського розсуду. Різним формам прояву суддівського розсуду відповідають певні види правоположень» [9, с. 79]. Із цієї позицією слід погодитися, адже результатом судової практики і є правоположення, що формуються на вищезгаданих чинниках (факторах).

Внутрішнє переконання судді під час розгляду справ та прийняття судових рішень має комплексний характер. Ю.М. Грошевий основою внутрішнього переконання судді вбачає його професійну правосвідомість, що є суб'єктивним сприйняттям особою необхідності державно-владного регулювання найважливіших для соціуму відносин із врахуванням розуміння соціально-економічних закономірностей розвитку суспільства [10, с. 36]. Означене тлумачення сутності внутрішнього переконання судді є дещо однобічним із огляду на етико-моральний аспект, і тому варто відзначити, що суддя, приймаючи рішення відповідно до свого переконання, керується не лише етичними, а й іншими чинниками.

Слід констатувати той факт, що одним із вирішальних чинників прийняття судового рішення є внутрішнє переконання судді, під яким слід розуміти своєрідний стан сформованого професійного знання у свідомості судді, коли під час розгляду справи суддя усі зібрані у справі докази вважає достатніми і на основі них готовий прийняти рішення. Суддя повинен бути впевненим у достовірності свого висновку і правильності прийняття судового рішення відповідно до отриманих знань, життєвого та практичного досвіду.

Зміст судового рішення, його законність та обґрунтованість безпосередньо залежить і від сприйняття суддею правових норм та їх застосування, що є суб'єктивним фактором внутрішньої сторони судової практики. Цей чинник стає зрозумілим зі змісту процесуальних нормативно-правових актів, що визначають уявні межі сприйняття правових норм і їх практичного застосування. Слід виокремити можливість застосування суддею під час судового розгляду та прийняття судового рішення аналогії права й аналогії закону.

Наступною формою сприйняття правових норм і їх застосування варто вважати тлумачення неоднозначних і абстрактних понять. Адже без судового тлумачення фактично є неможливим застосування правових норм. Це зумовлене тим, що загальні положення права можуть бути нечіткими, тобто абстрактного характеру і неоднозначними для їх єдиного розуміння. Тому суд зобов'язаний здійснювати роз'яснення шляхом тлумачення цих правових норм із метою їх правильного застосування у нових справах. Однак не всі суди наділені офіційно функцією роз'яснення правових норм, хоча ми дотримуємося позиції, що судові тлумачення є обов'язковим елементом у діяльності суддів усіх судових інстанцій.

У цьому контексті доцільно навести позицію М.І. Сірого, що місцеві суди вирішують питання



як факту, так і права, а суди вищих рівнів, у т. ч. і касаційні, вирішують питання правильності розуміння та застосування правових приписів [11, с. 8]. С.В. Шевчук відзначає, що тлумачення касаційної інстанції, що здійснюється в порядку касаційного перегляду судових рішень, передбачає завжди дві мети, по-перше, визначення правової основи для вирішення конкретної справи і, по-друге, визначення шляху для судової практики у широкому, необмеженому колі подібних правових питань [12, с. 109]. Кожна з наведених позицій має вагомий підстави для існування. Однак у межах розгляду форм судової практики через призму сприйняття правових норм і їх застосування тлумачення норм права необхідно поділити на три види: поточну (просту), прецедентну (правові позиції), керуючу (узагальнення судової практики у вигляді офіційних роз'яснень судів вищих інстанцій), залежно від того, результатом діяльності суду якого рівня є судова практика.

Аналіз матеріалів судової практики свідчить про те, що у діяльності судів різних інстанцій має місце неоднакове застосування норм права. Причиною цього є недосконалість чинного законодавства і варіативність тлумачення правових норм, внаслідок чого серед усього базису поточної форми судової практики виникає конкуренція судових рішень, що є антиподом засади правової визначеності. Оскільки на сприйняття суддею правової норми і її застосування під час судового розгляду справи та винесення рішення безпосередньо впливає внутрішнє переконання судді й інші суб'єктивні чинники, законодавець передбачив у чинному законодавстві можливість оскарження судового рішення з підстави неоднакового застосування закону судами. У процесі формування судової практики та її аналізу й узагальнення необхідно звертати увагу на такі правила. По-перше, у однотипних спорах предметом застосування повинні бути лише одні і ті ж норми матеріального права та кримінального закону. По-друге, під застосуванням однієї і тієї ж норми права варто розуміти застосування відповідного підпункту, пункту, частини, статті у діючій редакції. По-третє, коли в судовому рішенні немає посилання на певну норму права, хоча фактично на підставі цієї норми ухвалено відповідне судове рішення, таку правову норму потрібно вважати застосованою [13].

У межах сприйняття правових норм і їх застосування простежується чіткий взаємозв'язок між правовою нормою і судовим рішенням. Судове рішення є правозастосувальним судовим актом, у якому фіксується правова оцінка конкретних правовідносин. Всебічна аналітична оцінка змісту судових рішень із аналізом специфіки конкретних справ є підставою для формування правових висновків, рекомендацій та узагальнення судової практики. Тобто, поточна форма судової практики становить основу формування прецедентної та керуючої форм судової практики.

Ще одним елементом внутрішньої сторони судової практики є незалежний, безсторонній, тобто об'єктивний публічний розгляд справи професійним

суддею (компетентним судом). Означений критерій формування судової практики гарантується і охороняється як міжнародними, так і національними правовими нормами. Зокрема, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод гарантовано право кожного на справедливий суд [14]. Одним із елементів цього права є право на незалежний, безсторонній і неупереджений розгляд справи суддею. Під час судового розгляду і прийняття рішення забороняється будь-яке втручання у діяльність суддів. Наслідком порушення цієї норми може бути притягнення до юридичної відповідальності. У судовій практиці означені положення теж знайшли відображення у формі «зворотніх гарантій»: Постановою Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8 «Про незалежність судової влади» визначено, що незалежність суддів під час судового розгляду і прийняття рішень повинна забезпечуватися і в самому суді. Із цих причин неприпустимими є: непроцесуальний вплив на суддю з боку інших суддів, у т. ч. тих, які обіймають адміністративні посади в судах; встановлення контролю за здійсненням судочинства суддею, виклик його до вищих судів та вимагання звітів чи пояснень про розгляд конкретних справ; витребування від судді будь-якої інформації чи довідок про хід та перспективи розгляду справи, іншої інформації, яка може надаватися лише сторонам у справі та іншим особам, визначеним процесуальним законодавством, а також відомостей, які становлять таємницю нарадчої кімнати; прийняття суддею від будь-яких осіб та розгляд ним заяв, скарг, інших документів поза встановленим законом процесуальним порядком [15].

О.Б. Прокопенко пропонує для забезпечення дотримання принципу безсторонності суддів запровадити такі заходи: впровадження ефективного порядку добору суддів, що унеможливував би будь-яку форму дискримінації, і призначення суддів, стосовно яких не виникало б сумнівів у їх служінні виключно правосуддю; процедура зупинення і припинення повноважень суддів, яка забезпечувала б їхню незалежність і надавала б можливість звільнення суддів із посад лише через їхню неспроможність виконувати свої обов'язки або неналежну поведінку; створення умов для здійснення діяльності суддів, які виключали б можливість тиску на них у питаннях переміщення по службі; визнання і виконання державою принципу недоторканності та безпеки суддів (суддівський імунітет); виділення необхідного фінансування для забезпечення діяльності судової системи [16, с. 14]. Водночас, сьогодні інтенсивно здійснюється реалізація судової реформи щодо забезпечення незалежності, безсторонності та професіоналізму суддів, що є вагомим чинником для формування судової практики на засадах її юридичної визначеності, однаковості і відкритості. Однак, незважаючи на належне правове регулювання питання недоторканності суддів, реалізація цих правових гарантій на практиці має низку недоліків. Зокрема, є випадки розповсюдження у засобах масової інформації недостовірної, нічим

не підтвердженої, перекрученої інформації щодо суддів. Означене вводить в оману громадян щодо ухвалення справедливих і законних рішень та підтримує авторитет судової практики у суспільстві, впливаючи на правосвідомість громадян.

На забезпечення формування судової практики високого рівня спрямоване і чинне законодавство, зокрема Закон України «Про судоустрій і статус суддів», аналіз положень якого дає підстави стверджувати, що в основу формування і розвитку судової практики закладено неупередженість та висококваліфікованість суддів. Принцип спеціалізації судів гарантує якісний і професійний розгляд судових справ, і, відповідно, ухвалення судових рішень. Чинним законодавством до судових рішень викладено вимоги, згідно з якими судові рішення повинні відповідати критеріям юридичної визначеності та однаковості практики їх застосування. Цього критерію якості судової практики необхідно досягати незалежно від досконалості чинного законодавства. Прозорість і відкритість судової практики забезпечується гласністю судочинства і відкритим доступом до судових рішень через систему Єдиного державного реєстру судових рішень.

**Висновки.** Правові положення за своєю сутністю є змістом судової практики. Поточна (проста) форма судової практики може містити правоположення у

судових рішеннях, проте не у всіх. Це зумовлене тим, що окремі види судових рішень, зокрема ухвали, судові накази, спрямовані на вирішення саме процесуальних питань, а не на врегулювання спірних правовідносин у конкретному випадку.

Поточну форму судової практики становлять не лише судові рішення як результат судової діяльності, а й сам процес оцінки закону чи інших нормативно-правових актів, відповідність їх Конституції України та міжнародним договорам під час розгляду конкретних справ судами загальної юрисдикції.

Юридична визначеність, вмотивованість, об'єктивність та справедливість судових рішень залежить від низки факторів: внутрішнього переконання судді під час розгляду справ та прийняття судових рішень; сприйняття правових норм та їх застосування; вплив на суддю під час розгляду ним справ та ухваленні судового рішення.

Судове рішення є правозастосувальним судовим актом, в якому фіксується правова оцінка конкретних правовідносин. Всебічна аналітична оцінка змісту судових рішень із аналізом специфіки конкретних справ є підставою для формування правових висновків, рекомендацій та узагальнення судової практики. Тобто, поточна форма судової практики становить основу формування прецедентної та керуючої форм судової практики.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Дроздов О.М. Джерела кримінального-процесуального права України: монографія. Харків: В-во ФОП Вапнярчук Н.М., 2008. 208 с.
2. Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2 т. М.: Юстицинформ, 2001. Т. 1. 528 с.
3. Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2-х томах. М.: Юрид. лит., 1981. Т. 1. 360 с.
4. Придворова М.Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов: ТГУ им. Г.Р.Державина, 2006. 201 с.
5. Фурсов Д.А., Харламова И.В. Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. 2000. № 1. С. 25–34.
6. Лазарев В.В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия. Правоведение. 1976. № 6. С. 8–17.
7. Нор Н. Судова практика в механізмі кримінально-процесуального регулювання та форми її вираження. Вісник Львів. Ун-ту. Серія «Юридична», 2008. Вип. 47. С. 257–264.
8. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол. Ю.С. Шемчушенко та ін. К.: «Укр. енцикл.», 2004. Т. 5. 768 с.
9. Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук. К.: НАНУ ім.-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2006. 194 с.
10. Грошевий Ю.М., Фомін С.Б. Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність: навч. посібник. Харків: Право, 2010. 112 с.
11. Сірий М.І. Забезпечення єдності судової практики - важливий напрямок розвитку правової системи України. Вісник Центру суддівських студій. 2006. № 6. С. 6–9
12. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: монографія. К.: Реферат, 2007. 640 с.
13. Бичкова С.С. Правовий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України С.С. Бичкової щодо застосування п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України (вх. № 295/0/56-12 від 05 жовтня 2012 р.). Поточний архів Верховного Суду України.
14. Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини: Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04 листопада 1950 р. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
15. Про незалежність судової влади: Верховний Суд; Постанова від 13 червня 2007 р. № 8. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07>.
16. Прокопенко О.Б. Проблеми становлення справедливої судової влади. Вісник Верховного Суду України. 2008. № 4. С. 12–15.

УДК 347.965(477.87)(091:094.7)''1919/1939''

**Фельцан І. Ю.,**  
здобувач кафедри теорії та історії держави і права  
юридичного факультету  
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

## СТАНОВЛЕННЯ АДВОКАТУРИ НА ЗАКАРПАТТІ У СКЛАДІ ЧЕХОСЛОВАЦЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ (1919–1939 РР.)

### THE ADVOKACY DEVELOPMENT IN ZAKARPATTYA AS A PART OF THE CZECHOSLOVAK REPUBLIC (1919–1939)

У статті досліджується організаційно-правовий розвиток адвокатури на Закарпатті у складі Чехословацької Республіки. З'ясовано роль адвокатів у цих процесах. Наведено раніше невідомі історико-правові науці архівні документи. Здійснено аналіз правових норм щодо організації адвокатури.

**Ключові слова:** *Закарпаття, адвокатура Чехословацької Республіки, адвокатура Підкарпатської Русі.*

В статье исследуется организационно-правовое развитие адвокатуры на Закарпатье в составе Чехословацкой Республики. Выяснена роль адвокатов в этих процессах. Приведены ранее неизвестные историко-правовой науке архивные документы. Осуществлен анализ правовых норм об организации адвокатуры.

**Ключевые слова:** *Закарпатье, адвокатура Чехословацкой Республики, адвокатура Подкарпатской Руси.*

The organizational and legal development of the advocacy in Zakarpattya as a part of Czechoslovak Republic has been examined in the article. The role of the advocates in these processes has been discovered. The archive documents never-before-seen in the historical legal science have been provided. The analysis of the legal provisions of the advocacy organization has been made.

**Key words:** *Zakarpattya, advocacy of Czechoslovak Republic, advocacy of Pidkarpatska Rus.*

**Постановка проблеми.** Для належного функціонування інституту адвокатури необхідними є відповідні правові умови, які асоціюються з демократичним правовим режимом та пов'язаними з ним гарантіями для реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина. Однак загальна тривалість історичних періодів, в які адвокатура на територіях сучасної України діяла у таких умовах, є зовсім незначною сточовно всієї історії даного правового інституту, що підтверджує особливу важливість кожного з таких періодів.

Наприклад, якщо вести мову про українське Закарпаття, що у силу історичних обставин тривалий час розвивалося в складі ряду іноземних країн, то особливе місце в його історії займає час перебування в складі Чехословацької Республіки (1919–1939 рр.). Вказане обумовлено тим, що державний режим даної країни характеризувався у свій час як один з найбільш демократичних у міжвоєнний час у країнах Центрально-Східної Європи. Однак при всьому цьому процес становлення адвокатури на Закарпатті у складі Чехословацької Республіки залишається маловивченим.

**Аналіз досліджень.** Вказане обумовило наше звернення до робіт мемуарного характеру, а також тих, які присвячені правовому розвитку Закарпаття та Чехословацької Республіки (далі – ЧСР). До їх списку слід віднести роботи Ю. Брашайка, В. Лемака, І. Переша [1-3] та інші. Однак на особливу увагу заслуговують роботи таких закордонних науковців, як М. Гайдошова, П. Керецман [4] та інші, які присвячені питанням історії розвитку адвокатури Словаччини, яка тоді розвивалась в одних і тих самих правових умовах з адвокатурою Закарпаття.

З урахуванням вказаного, метою роботи є аналіз процесів становлення на Закарпатті адвокатури у чехословацький період його історії (1919–1939 рр.). Для досягнення вказаної мети буде розглянуто нормативно-правову основу діяльності закарпатської адвокатури; проаналізовано її організаційно-правовий розвиток, з'ясовано роль закарпатських адвокатів у даних процесах, а також виокремлено особливості формування адвокатури на Закарпатті.

**Виклад основного матеріалу.** Зміни, які відбулися в Європі протягом 1917–1919 рр., суттєво вплинули на ситуацію у різних частинах континенту. Так, у країнах Центральної Європи виникли нові незалежні країни, серед яких була і Чехословаччина, утворена 28.10.1918 р. [3, с. 47]. До складу якої у 1919–1939 рр. входило Закарпаття (тоді – Підкарпатська Русь), що було визначено рішенням Паризької мирної конференції, яка діяла у рамках підведення підсумків Першої світової війни. Законом від 28.10.1918 р. №11 «Про утворення самостійної Чехословацької держави» було проголошено її незалежність, а також залишення тимчасово чинними всіх чинних до цього часу на її території законів та розпоряджень [5]. На практиці це означало те, що фактично окремі правові системи, що діяли на відповідних землях Австрії та Угорщини, як складових частин Австро-Угорщини, що тепер увійшли до складу ЧСР, були об'єднані у рамках однієї держави (ЧСР). Це звичайно стало джерелом правового дуалізму у більшості сфер правового регулювання, що стосувалось і адвокатури. Так, австрійські норми про діяльність адвокатури продовжували застосовуватись у чеських землях ЧСР, а угорські норми залишилися чинними на території колишніх угорських



земель Австро-Угорщини – Підкарпатської Русі та Словаччини, про які і йтиметься далі.

Отож, з вказаного видно, що рецепція ЧСР правового порядку Австро-Угорщини означала ні що інше, як формування адвокатури у ЧСР на основі реорганізації та уніфікації діючих систем даного правового інституту у відповідних чеських та угорських землях колишньої Австро-Угорщини, які стали частиною ЧСР. Для Підкарпатської Русі це означало те, що продовжував діяти угорський закон про адвокатуру від 04.12.1874 р. №34 з його відповідними змінами (далі – Закон №34), а нові адміністративні кордони краю призвели до того, що м. Мараморш-Сігет, де знаходилась діюча до цього часу палата адвокатів на Закарпатті, стало частиною Румунії. Отож, одним з невідкладних питань в адвокатурі Підкарпатської Русі була організація відповідно до нових територіальних кордонів тамтешньої адвокатської спільноти, яка у 1920 р. для захисту своїх інтересів створила професійну організацію «Союз адвокатів Підкарпатської Русі», яку до 1927 р. очолював Адольф Сентдердїй, а з 1928 р. по листопад 1938 р. – Юлій Брашайко [1, с. 32, 33]. Аналогічна ситуація виникла з екзаменаційними комісіями, що приймали адвокатські іспити у майбутніх адвокатів Словаччини та Підкарпатської Русі, та до цього часу знаходились у містах Будапешт та Марошварьгел. Тому урядовим розпорядженням від 04.01.1919 р. №5 для складення суддівського та адвокатського іспитів створювалась екзаменаційна комісія в Банській Бистриці [6]. А згідно з законом від 16.04.1919 р. №216, яким створювався у м. Брно Найвищий Суд, його дисциплінарному сенату делегувався розгляд в останній інстанції справ про дисциплінарні проступки адвокатів (§5) [7]. Надалі, згідно з законом від 02.12.1919 р. №13, присягу адвокати вже складали Чехословацькій державі [8]. Норми ж закону від 03.02.1920 р. №83 вирішили практичну проблему щодо чинності на всій території ЧСР результатів адвокатського іспиту, складеного у будь-якій з двох частин ЧСР. Кандидати в адвокати та адвокати отримали таким чином можливість здійснювати адвокатську діяльність на території всієї країни (ЧСР) [9]. Законом від 16.03.1920 р. №167 адвокатські контори на території Словаччини у Братиславі, Банській Бистриці, Прешові, Кошицях, були об'єднані в одну адвокатську контору. Членами адміністративного комітету якої могли бути тільки її члени (§2) [10]. Місцем її розташування став Турчанський-Святий-Мартин. Тут також розміщувалась екзаменаційна комісія з прийняття адвокатського та суддівського єдиного іспиту [11]. Всі адвокати, які були записані до адвокатських контор у: Рабе, Мішкольці, Балажських Дармотах, Мараморш-Сігеті та до цього часу не вступили до жодної з контор, які діяли до заснування об'єднаної адвокатської контори у Турчанському-Святому-Мартині, мали протягом 15 днів від 12.03.1921 р. подати прохання про запис до об'єднаної адвокатської контори. За невиконання цієї вимоги на адвокатів накладався штраф у розмірі 500 корун, а судам дозволялось не допускати їх до участі у судових засіданнях [12].

Таким чином, у вказаних актах мова йшла найперше про об'єднання правових умов діяльності адвокатів на території ЧСР.

Про організаційну форму діяльності адвокатів Підкарпатської Русі йшлося у §8 закону від 31.01.1922р. №40, який також уточнив підстави набуття та припинення статусу адвоката у ЧСР (§1 та §3); передбачив вперше допуск до професії адвоката жінок (§3) тощо.

Зокрема, згідно §8 згаданого вище закону, дисциплінарну владу над адвокатами з території Підкарпатської Русі мав здійснювати дисциплінарний сенат адвокатської контори у Турчанському-Святому-Мартині до того часу, поки не буде створена окрема адвокатська контора для Підкарпатської Русі. Вести ж тимчасово список адвокатів та кандидатів в адвокати, приймати присяги в адвокатів мав голова того суду, який мав бути додатково визначений міністром справедливості [13], що і було зроблено ним 22.02.1922 р., коли ці повноваження надавались голові крайового суду в Ужгороді. Надалі постановою міністерства справедливості від 28.12.1923 р. №55.282/23 було передбачено створення при голові крайового суду в Ужгороді дорадчого комітету, а також визначено його компетенцію щодо фінансових та правових питань діяльності адвокатів з території Підкарпатської Русі. Після чого голова крайового суду в Ужгороді 03.02.1924р. затвердив статут новоствореного органу, згідно §3 якого комітет включав чотирьох адвокатів, а до його повноважень §4 відносив питання про надання пропозицій голові суду з питань визначених у пунктах 3, 4, 5, 7 §21 Закону №34 (фінансові питання про діяльність корпорації адвокатів, розгляд державних, та підготовка власних проектів щодо реформування адвокатури), прийняття яких до уваги головою крайового суду в Ужгороді було обов'язковим. Згідно §6 мовою роботи комітету була державна мова, хоч могла використовуватись і місцева. Засідання комітету мали проводитись не рідше одного разу на місяць, а відповідні протоколи передавались до міністерства справедливості (§8) [14, арк. 16, 18].

Отож, зі змісту вказаних вище норм можна зробити висновок, що в адвокатурі ЧСР запроваджувався тимчасовий правовий порядок, який докорінно не вирішував питання правового дуалізму. Що ж до закарпатських адвокатів, то вони були у досить невігідному становищі, адже власної адвокатської контори не мали, і водночас повноправно не відносились до новоствореної об'єднаної контори у Турчанському-Святому-Мартині, дисциплінарний сенат якої тільки здійснював дисциплінарні повноваження щодо них, а їх організаційно-правові питання вирішував голова крайового суду в Ужгороді разом з діючим при ньому дорадчим комітетом. Отож, поширення на закарпатських адвокатів влади дисциплінарного сенату об'єднаної контори у Турчанському-Святому-Мартині призвело до того, що вказана контора розглядала дисциплінарні справи адвокатів, які не були її членами, і навіть не могли бути представлені у складі її адміністративного комітету, адже до нього могли входити тільки члени контори.



Звичайно, що такий порядок був неприйнятним для адвокатів Підкарпатської Русі, і відповідно їх діяльність спрямовувалась на вирішення вказаної проблеми. Зокрема, як відомо, у ЧСР у цей час тривала робота з підготовки реформи в адвокатурі, в якій активну участь прийняли закарпатські адвокати через «Союз адвокатів Підкарпатської Русі» під керівництвом Ю. Брашайка.

Так, серед іншого, на засіданні постійної делегації адвокатів ЧСР 12.10.1932 р. у присутності тодішнього міністра справедливості Альфреда Мейсснера закарпатські адвокати у черговий раз доповідали про свої проблеми, у відповідь на що їх запевнили у тому, що у відповідному проекті закону буде передбачено створення для Підкарпатської Русі окремої адвокатської контори [15, арк. 10].

Однак прийнятий 26.05.1936 р. закон №144 вказаних положень не містив, а передбачив створення на території Словаччини адвокатських контор у Братиславі та Кошицях (остання з яких мала включати і територію Підкарпатської Русі), а час початку їх роботи мав бути визначений у відповідному урядовому розпорядженні (стаття 5) [16].

«Союз адвокатів Підкарпатської Русі» 11.06.1936 р. відреагував на такі законодавчі зміни меморандумом до президента ЧСР Едварда Бенеша, положення якого 13.06.1936 р. були підтримані і тодішнім губернатором Підкарпатської Русі Костянтином Грабаром, та зводились до необхідності внесення змін до закону від 26.05.1936р. №144, згідно яких на території Словаччини, окрім контор у Братиславі та Кошицях, мала бути створена в Ужгороді окрема адвокатська контора для Підкарпатської Русі, яка мала діяти на території підсудності крайових судів в Ужгороді, Берегові та Хусті [15, арк. 10-12]. Однак вказані пропозиції не були внесені до закону від 26.05.1936р. №144, на виконання норм якого у липні 1936р. було видано урядове розпорядження щодо часу початку діяльності адвокатських контор у Братиславі та Кошицях, але у силу політичних причин адвокатська контора у Кошицях так і не розпочала свою діяльність [4, с. 220, 221].

Що ж до Підкарпатської Русі, то вона у 1938 р. у складі ЧСР отримала автономний статус, а з 30.12.1938 р. щодо цієї території почала вживатись назва «Карпатська Україна». Засоби ж і методи управління автономного уряду у листопаді 1938 – березні 1939 рр., становище опозиції і порушення прав людини охарактеризовані В. Лемаком як авторитарний політичний режим [2, с. 12]. Фактично, з урахуванням наступних подій, розпочинається процес припинення існування ЧСР, що обумовило у березні 1939 р. проголошення Карпатською Україною своєї незалежності, територія якої вже за кілька днів була окупована Угорщиною.

Однак у ході всього вказаного вище потрібно згадати і про організаційний розвиток закарпатської адвокатури, яка продовжувала відстоювати свої права на окрему адвокатську контору. Зокрема, як відомо, у листопаді 1938 р. у результаті Віденського арбітражу частина території тодішньої

Підкарпатської Русі з містами Ужгород та Мукачево відійшла до юрисдикції Угорщини.

Таким чином, за розпорядженням міністерства судівництва у Хусті від 06.12.1938 р. №185-38 «Про тимчасове управління агенди досі незорганізованої адвокатської палати для Підкарпатської Русі», голові крайового суду у Великому Березному доручалось ведення справ адвокатів Підкарпатської Русі, за виключенням питань про їх дисциплінарну відповідальність, що і надалі належало до компетенції дисциплінарного сенату адвокатської контори у Турчанському-Святому-Мартині [17]. Надалі 17.12.1938 р. головою крайового суду у Великому Березному було видано новий статут для дорадчого комітету, офіційною мовою якого відтепер стала українська (§6). Формувався він міністерством судівництва Карпатської України (§3); засідати мав не рідше одного разу на три місяці, а відповідні протоколи передавались до міністерства судівництва Карпатської України. До складу комітету ввійшли адвокати д-р Роман Стахура, д-р Василь Тюк, д-р Отокар Бенда та д-р Яків Майор [14, арк. 16, 17].

Надалі «Союз адвокатів Карпатської України» надіслав на адресу міністерства судівництва Карпатської України прохання щодо прийняття закону про створення окремої адвокатської палати для Карпатської України у Хусті. У зв'язку з цим планувалось скликати загальні збори адвокатів, де мали бути сформовані виборні органи палати. Здійснення організаційних заходів з підготовки зборів доручалось адвокатам д-р Юлію Брашайку, д-р Андрію Рудому та д-р Теодоту Галіпу [18, арк. 1]. Однак подальша окупація території Карпатської України Угорщиною не дозволила реалізації всіх вказаних вище планів.

Загалом чехословацький період для адвокатури Закарпаття став ще і часом швидкого збільшення кількості адвокатів. За цим показником тодішня Підкарпатська Русь займала лідируючі позиції у всій ЧСР. Так, 31.12.1926 р. у Підкарпатській Русі діяло 140 адвокатів [19, с. 29-20]. Станом на 31.12.1933 р. нараховувалось 172 адвокати [20, с. 5], а станом на 31.12.1937 р. діяло 193 адвокати [21, с. 21-25].

**Висновки.** Отже, загальною особливістю розвитку адвокатури у ЧСР стало те, що вона протягом всього часу свого існування перебувала у стані реорганізації. Зокрема, правовий дуалізм в адвокатурі так і не був законодавчо усунутий. Вважаємо, що це питання знаходилося у площині відсутності політичної волі законодавця.

Що ж до тодішнього Закарпаття у складі ЧСР, то цей період став чи не першим часом, коли закарпатська адвокатура отримала досвід розвитку в умовах демократичного правового режиму, які загалом сприяли її становленню та кількісному росту.

Особливістю організаційно-правового розвитку адвокатури Підкарпатської Русі було те, що адвокати краю, які не мали власної адвокатської контори, повноправно не відносились і до об'єднаної контори на території Словаччини у Турчанському-Святому-Мартині, дисциплінарний сенат якої, однак,

розглядав справи про їх дисциплінарні порушення. Питання ж організаційної діяльності адвокатів краю вирішував голова відповідного крайового суду на території Підкарпатської Русі з урахуванням рекомендацій діючого при ньому дорадчого комітету, до складу якого входили адвокати.

Попри це, адвокати протягом всього часу існування ЧСР вживали всі можливі заходи для зако-

нодавчого вирішення питання про створення на території тодішнього Закарпаття окремої адвокатської контори, у чому полягає їх роль та заслуга у процесах організаційно-правового розвитку адвокатури на Закарпатті. Однак політична ситуація у краї та окупація його території Угорщиною, не дозволили їм у кінцевому результаті реалізувати право на об'єднання у рамках окремої адвокатської контори.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Брацайко Ю. М. «Що видів я на Закарпаттю...»: [спогади] / упоряд. Ліхтей І., Сідей Ю. Ужгород: Ліра, 2009. 64 с.
2. Лемак В. В. Закарпаття у державно-правовій системі Чехословацької Республіки (1919–1939 рр.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 1996. 25 с.
3. Переш І. Є. Інститут конституційного контролю в Чехословаччині, Чехії і Словаччині: історико-правове дослідження (1918–2000 рр.): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Львівський нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2004. 203с.
4. Gajdošová M., Kerecman P. Prvé ženy v slovenskej advokácii. Bratislava: Veda, 2015. 320 s.
5. Zákon Čis. 11 ze dne 29 února 1920 kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1920. Částka II. S.9.
6. Záturecký A. Nariadenie ministerstva-plnomocníka vlády Československé republiky pre správu Slovenska zo 4. Januára 1919. Čis. 5, o jednotnej zkuške sudcovskej a advokátskej // A. Záturecký, A. Chytil Zákony a nariadenia o advokátoch platné v republike československej s prehľadom judikatury Najvyššieho súdu Československého. Brno: Nakladatelství Barvič a Novotný. 1922. 244 str. S. 229-230.
7. Zákon Čis.216 ze dne 16. dubna 1919 o nejvyšším soudě // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1919. Částka XLIII. S. 291-292.
8. Zákon Čis.13 ze dne 02. prosince 1919 kterým se mění ustanovení o služební přísaze právních praktikantův, auskultantů, soudních notářů a advokátů // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1920. Částka II. S. 14.
9. Zákon Čis.83 ze dne 3. února. 1920 o prozatímní úpravě advokacie // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1920. Částka XVI. S. 148.
10. Zákon Čis.167 ze dne 16. března 1920 o prozatímní úpravě činnosti advokátních a notářských komor na Slovensku //Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1920. Částka XXXVI. S.376.
11. Záturecký A. Nariadenie ministerstva-plnomocníka vlády Československé republiky pre správu Slovenska zo 7.marca 1921. Čis.9, o preložení sídla komisie pre jednotnu žkušku sudcovsku a advokátsku // A. Záturecký, A. Chytil Zákony a nariadenia o advokátoch platné v republike československej s prehľadom judikatury Najvyššieho súdu Československého. Brno: Nakladatelství Barvič a Novotný. 1922. 244 str. S.232.
12. Záturecký A. Vyzvanie z 12 marca 1921 slučenej advokátskej komory v Turčianskom Sv. Martine // A. Záturecký, A. Chytil Zákony a nariadenia o advokátoch platné v republike československej s prehľadom judikatury Najvyššieho súdu Československého. Brno: Nakladatelství Barvič a Novotný, 1922. 244 str. S.233.
13. Zákon Čis.40 ze dne 31. ledna 1922, kterým se mění a doplňují některá ustanovení o advokátech // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. 1922. Částka 13. S.112-114.
14. ДАЗО (Держ. архів Закарпатської області). Ф. 577. Оп. 1. Спр. 6. 50 арк.
15. АКРР (Архив Кanceláře prezidenta republiky v Prahe). Fond КРР. protokol L, inv. č. 1309. L 983/36. L. 1-14.
16. Zákon Čis.144 ze dne 26. května 1936, kterým se mění a doplňují některá ustanovení o advokátech // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. – 1936. Částka 40. S. 559-560.
17. Про тимчасове управління агенди досі незорганізованої адвокатської палати для Підкарпатської Русі: розпорядження міністерства судівництва в Хусті №185-38 від 06.12.1938 р. // Урядовий Вістник Правительства Підкарпатської Русі. 1938. №4. С. 29-30.
18. ДАЗО. Ф. 577. Оп. 1. Спр. 20. 21 арк.
19. Soznam advokátov na Podkarpatskei Rusi (dna 31.12.1926p.) // Seznam členov advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv.Martine. Turčiansky Sv.Martin.: Tlačou kníhtlačiarkeho Uč. Spolku v Turčianskom Sv.Martine. 1927. 30s. S. 29-30.
20. Адвокатура на Закарпатті // Діло. 1934. №121. С. 5.
21. Soznam advokátov na Podkarpatskei Rusi (dna 31.12.1937p.) // Soznam členov advokátskej komory v Turčianskom Sv.Martine. Turčiansky Sv.Martin: Tlačou kníhtlačiarkeho Uč. Spolku v Turčianskom Sv.Martine. 1938. 25s. S. 21-25.

**Цимбалюк В. І.,**  
кандидат юридичних наук, професор,  
професор кафедри спеціальних юридичних дисциплін,  
директор Навчально-наукового інституту права  
Національного університету водного господарства  
та природокористування

**Сахнюк В. В.,**  
асистент кафедри спеціальних юридичних дисциплін  
Національного університету водного господарства  
та природокористування

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

### FEATURES OF THE APPLICATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN UKRAINE

У науковій статті досліджується питання рішень Європейського суду з прав людини як джерела національного законодавства. Проаналізовано особливості застосування практики Європейського суду з прав людини в Україні.

**Ключові слова:** рішення Європейського суду з прав людини, практика Європейського суду з прав людини, джерела права.

В научной статье исследуется вопрос решений Европейского суда по правам человека как источника национального законодательства. Проанализированы особенности применения практики Европейского суда по правам человека в Украине.

**Ключевые слова:** решение Европейского суда по правам человека, практика Европейского суда по правам человека, источники права.

The article deals with the issue of decisions of the European Court of Human Rights as sources of national legislation. The peculiarities of the practice of the European Court of Human Rights in Ukraine are analyzed.

**Key words:** decision of the European Court of Human Rights, practice of the European Court of Human Rights, sources of law.

Постановка проблеми. Оскільки в Україні існує проблема належного забезпечення прав і свобод, громадяни нашої держави дедалі активніше звертаються до Європейського суду з прав людини за захистом своїх прав, передбачених Європейською конвенцією з прав людини та Конституцією України. Постійно перебуваючи серед лідерів держав, громадяни яких найчастіше подають заяви до Суду, Україна повинна забезпечити врахування національними судами практики Європейського суду з прав людини задля зміцнення фундаментальних засад захисту прав громадян у нашій державі.

Метою статті є дослідження особливостей застосування практики Європейського суду з прав людини в Україні.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** До вивчення проблеми застосування практики Європейського суду з прав людини зверталось чимало науковців. Серед них ми можемо виділити праці Є.І.Бондаренко, Р.Давида, Р.Кросса, Л.А.Луця, Б.В.Малишева, М. Н. Марченка, А. А. Пархети, Т. О. Подковенко, Ю. Ю. Попова, П. Сандевуара, Г. О. Христової, А. В. Ціхоцького, С. В. Черняка, С. В. Шевчука та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Застосування практики Європейського суду з прав людини в Україні ґрунтується на таких законодавчих актах:

1. Європейська конвенція з прав людини та Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист

прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7, 11 та 14 до Конвенції» [4].

2. Конституція України [5] та Закон України «Про міжнародні договори» від 29.06.2004 № 1906-IV [9]. Так, відповідно до положень ч. 1 ст. 9 Конституції України та ч. 1 ст. 3, ст. 12, 19 Закону України «Про міжнародні договори» чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України у формі ратифікації, та договори, які не потребують ратифікації й затверджені у формі указу Президента України або постанови Кабінету Міністрів України, є частиною національного законодавства України. У зв'язку з цим суди, під час здійснення правосуддя, зобов'язані застосовувати положення міжнародних договорів України.

3. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [10]. Цей Закон регулює відносини, що виникають у зв'язку з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини та зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України. Також, згідно зі ст. 17 Закону, під час розгляду справ суди повинні застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Як впливає зі змісту Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», він включив до правової системи України не будь-які юрисдикційні акти Європейського суду з прав людини, а тільки ті, які відповідають певним критеріям. По-перше, рішення Європейського суду з прав людини повинно стосуватися саме України. Якщо Україна виступає третьою стороною під час розгляду справи Європейським судом з прав людини, то судовий акт, прийнятий у даному разі, не стане частиною правової системи.

По-друге, судовий акт повинен встановлювати факт порушення Конвенції та/або протоколів до неї. Отже, мова йде тільки про рішення по суті. Рішення про неприйнятність, прийняті Європейським судом з прав людини щодо України, згідно з положеннями Закону, не є обов'язковими для України і, таким чином, не є частиною її правової системи. Більш того, не кожне рішення щодо суті, прийняте у справі, де відповідачем виступає Україна, є частиною її правової системи, а тільки таке, в якому Судом констатовано факт порушення українських конвенційних положень.

По-третє, рішення щодо суті Європейського суду з прав людини має набути законної сили. Рішення Європейського суду з прав людини, які одночасно відповідають вищезазначеним критеріям і є обов'язковими для України.

Професор С. В. Шевчук також вважає, що європейське прецедентне право з прав людини, утворене Європейським судом з прав людини слугує додатковим джерелом права при застосуванні та тлумаченні конституційних норм про права людини, які збігаються з основними правами, що закріплені у нормах Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» 1950 р. [14, с. 156]. Проте В. Г. Палюк вважає, що Конвенцію та рішення Європейського суду з прав людини необхідно застосовувати не у будь-якому випадку, а лише за наявності певних умов, зокрема:

1. У разі невідповідності національного законодавства положенням Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» та протоколів до неї.

2. За наявності у національному законодавстві правових «прогалин» щодо прав людини та основних свобод, визначених у Конвенції та протоколах до неї.

3. Для кращого розуміння тих положень національного законодавства, до яких було внесено зміни або доповнення на підставі рішень Європейського суду з прав людини.

4. Для реалізації на практиці таких основних принципів Конвенції, як «верховенство права», «справедливість», «справедливий баланс», «справедлива сатисфакція», оскільки у законодавстві України це досить нові критерії [2, с. 234].

На нашу думку, особливої уваги також потребує питання застосування в Україні рішень Європейського суду з прав людини щодо іноземних держав. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»

розглядає під поняттям «рішення» виключно ті, що стосуються України як відповідача у справі. Саме тому до цього питання є два підходи. Згідно з першим підходом для жодної іншої держави, крім держави-відповідача, рішення Європейського суду з прав людини не мають обов'язкового характеру. На підтвердження цієї тези, Голова Європейського суду з прав людини у відставці Ж.-П. Коста на одній із конференцій зазначив: «Рішення Європейського суду з прав людини мають лише відносну силу *res iudicata*, а не *erga omnes* <...>, через що держави, яких не торкається прямо те чи інше рішення, не зобов'язані йому відповідати» [13].

Прихильники другого підходу зазначають, що неврахування іноземної судової практики Європейського суду з прав людини державами під час здійснення національного правосуддя має наслідком порушення численних справ проти цієї держави. Це також суттєво перевантажує роботу Європейського суду з прав людини та тягне за собою значні матеріальні збитки, яких можна було б не допустити.

Так, у справі «Опуз проти Туреччини» (*Opuz v. Turkey*) Європейський суд з прав людини вказав на необхідність брати до уваги його висновки навіть у рішеннях щодо інших держав-учасниць: «... враховуючи, що Суд надає остаточне авторитетне тлумачення прав і свобод, визначених у розділі 1 Конвенції, Суд розгляне, чи прийняли національні органи влади у достатній мірі принципи, що впливають із його рішень з аналогічних питань, навіть якщо вони стосуються інших держав» [1, с. 112]. Таким чином, мова йде про *erga omnes* ефект судових рішень Європейського суду з прав людини – зобов'язань, які є обов'язковими для всіх, розповсюджуються на всіх і стосуються основних цінностей міжнародного права. Цей принцип впливає зі змісту статті 1 Конвенції. Іншими словами, держави-учасники повинні дотримуватись тлумачень Конвенції, виражених у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини.

Оскільки важливим напрямком діяльності Європейського суду з прав людини є попередження та усунення порушень Європейської конвенції з прав людини ще на внутрішньодержавному рівні, до подачі скарги в Європейський суд з прав людини, все більшого значення набуває так зване «горизонтальне застосування» рішень Суду. Це означає, що держави-учасниці Конвенції вживають заходи для запобігання визнання порушень Суду. Такі заходи полягають у внесенні змін до національного законодавства і правозастосовної практики з тим, щоб привести їх у відповідність до стандартів Ради Європи. Таким чином, рішення Європейського суду з прав людини, винесені щодо іноземних держав, мають юридичну силу навіть для країн, які не є сторонами спору.

Важливим завданням національної судової влади є спроможність визначити важливу або установлену прецедентну практику серед великої кількості вирішених справ, що може стосуватись справ, які



підлягають вирішенню. З огляду на вище наведені аргументи, ми пропонуємо внести зміни до Закону України «Про виконання рішень Європейського суду з прав людини» та передбачити можливість і необхідність врахування рішень Європейського суду з прав людини не тільки стосовно України, а й інших держав-учасників Ради Європи.

Наступною важливою проблемою застосування практики Європейського суду з прав людини є проблема колізій між національним законодавством та європейськими стандартами. Загальновідомо, що міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України є частиною національного законодавства, а отже, Конвенція, як міжнародний договір має вищу юридичну силу у порівнянні з іншими нормативно-правовими актами. Однак виникає питання щодо застосування практики Європейського суду з прав людини. Ми пропонуємо розглядати практику Європейського суду з прав людини як додаткове підпорядковане законам України джерело права. Якщо ж виникатиме колізія між національними законами та рішеннями (практикою) Суду, перевага повинна надаватися закону, але повинна враховуватися доцільність і можливість внесення змін до законодавства України з метою приведення його до Європейських стандартів.

Т. І. Дудаш зазначає, що ще одним проблемним питанням є наступне: як має застосовуватись Європейська конвенція з прав людини за відсутності відповідних прецедентних рішень Європейського суду з прав людини. З цього приводу вважаємо, що слушною є думка, що саме Верховний Суд має взятись за справу і спробувати віднайти рішення, що буде знаходитись в одній площині з принципами, які містяться у прецедентному праві Європейського суду з прав людини. У такому разі рішення Європейського суду з прав людини можуть стати засобом у рішеннях Верховного Суду [3, с. 115].

Також на практиці судді досить рідко у своїх рішеннях роблять посилання на практику Європейського суду з прав людини. Крім того, досить поширеним у діяльності вітчизняних судів є абстрактне посилання на практику Європейського суду без вказівок на конкретне рішення цього органу. Також судді

рідко співвідносять рішення Суду з суттю та змістом конкретної справи та нормами національного законодавства. Небажання правозастосовних органів у своїй практиці застосовувати рішення Європейського суду з прав людини пов'язано насамперед з їх неготовністю прийняти нові правові реалії, а саме необхідність застосування в українській правовій системі прецедентної практики Суду у вузькій сфері, яка пов'язана з тлумаченням Європейської конвенції з прав людини.

Таким чином, впровадження у національну правову систему новітніх теоретичних уявлень щодо місця та ролі суду у сучасному демократичному суспільстві потребує втілення у сучасне праворозуміння суддів ціннісних орієнтирів, опрацювання на рівні національної практики позитивного зарубіжного досвіду та власного доробку.

О. О. Кочура вказує на ще одну проблему, яка полягає у відсутності єдиних критеріїв застосування практики Європейського суду з прав людини. Так, можна виділити принаймні три підходи українських судів до використання практики цього Суду.

1. Застосування норм Конвенції та практики її тлумачення Європейським судом у нерозривній єдності. У таких випадках вітчизняні суди цитують рішення Суду, супроводжуючи це посиланням на Конвенцію.

2. Використання практики Європейського суду як додаткового аргументу, яким обґрунтовується позиція вітчизняного суду, що базується на нормах національного права.

3. В інших випадках у судових рішеннях національних судів практика Європейського суду розглядається як тлумачення, що має нормативний характер [7].

**Висновки.** Слід зазначити, що ефективність застосування норм Європейської конвенції з прав людини та судової практики Європейського суду з прав людини в Україні характеризується низьким рівнем, що пов'язане з відсутністю законодавчого регулювання повноважень органів, які повинні застосовувати норми Конвенції. Проведене нами дослідження дозволило виокремити окремі проблеми застосування практики Європейського суду з прав людини в Україні.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Белкін М. Л., Белкіна Ю. Л. Проблема застосування рішень Європейського суду з прав людини як джерела права в законодавстві України та в судовій практиці // Вісник господарського судочинства. 2009. № 4. С. 111-120.
2. Бурій А. Р. Порядок звернення до Європейського суду з прав людини // «Комуна». 2007. № 12. С. 3-5.
3. Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. К.: Алерта, 2013. 368 с.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
5. Константи́й О. В. Практика Європейського суду з прав людини як джерело судового правозастосування Верховного Суду України // Вісн. Верхов. Суду України. 2012. № 1 (137). С. 33-36.
6. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. С. 41.
7. Кочура О. О. Практика та рішення Європейського суду з прав людини як джерела права в судовій практиці України // Форум права. 2014. № 1. С. 286-293. URL: [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/FP\\_index.htm\\_2014\\_1\\_50.pdf](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/FP_index.htm_2014_1_50.pdf)
8. Науково-практичний коментар до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса ; Центр правових дослідж. К. : [Фурса], 2007. 50 с.
9. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

10. Про міжнародні договори: Закон України від 29 червня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 50. С. 540.
11. Супрун Д. М. Організаційно-правові засади та юрисдикційні основи діяльності Європейського суду з прав людини: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.11. К., 2002. 219 с.
12. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України: Навчальний посібник / Авт. кол.: М. В. Мазур, С. Р. Тагієв, А. С. Беніцький, В. В. Кострицький; Відп. ред. канд. іст. наук, доц. В. М. Карпунов. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. 600 с.
13. Чекотівська О. Проблеми застосування практики Європейського суду з прав людини Конституційним судом України. URL: <http://www.judges.org.ua/dig4202.htm>.
14. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: дис. ... доктора юридичних наук: 12.00.01. Х., 2008. 377 с.

## ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347.91/95

**Андрієвська Л. О.,**  
викладач кафедри цивільно-правових дисциплін  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

**Очеретян К. О.,**  
студентка юридичного факультету  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

### ПРО ПИТАННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

### ON THE QUESTIONNAIRE OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

У статті проаналізована діяльність Європейського суду з прав людини в Україні, визначений порядок застосування рішень Європейського суду з прав людини в якості джерел права в Україні.

**Ключові слова:** суд, права, рішення Європейського суду з прав людини, закон.

В статье проанализирована деятельность Европейского суда по правам человека в Украине, определен порядок применения решений Европейского суда по правам человека в качестве источников права в Украине.

**Ключевые слова:** суд, права, решение Европейского суда по правам человека, закон.

The article analyzes the activities of the European Court of Human Rights in Ukraine, defines the procedure for applying the decisions of the European Court of Human Rights as sources of law in Ukraine.

**Key words:** court, law, decision of the European Court of Human Rights, law.

Європейський суд з прав людини на сьогодні є одним із найбільш дієвих та ефективних механізмів захисту прав і свобод в Європі. Можливість звернення до такого наднаціонального судового органу являє собою новий етап інтеграції правових систем держав Європи, що включає ряд позитивних і негативних аспектів. До негативних можна віднести складності, які виникають під час виконання рішень Європейського суду з прав людини, застосуванням його практики національними правозастосовними й правотворчими органами.

Актуальність теми пояснюється також геополітичними інтересами України, які визначають необхідність інтеграції нашої держави в європейський політичний, економічний та інформаційний простір. Така інтеграція неможлива без входження України в єдиний правовий простір європейських держав, що передбачає спільність базових інститутів громадянського суспільства, одним з яких є право власності. Наразі Україна переживає період входження до європейського економічного, політичного та правового простору. З огляду на необхідність приведення українського законодавства у відповідність до норм і стандартів міжнародного права вкрай важливим є вивчення міжнародного досвіду та європейської правової доктрини [1, с. 293].

Вивчення судової практики вказує на той факт, що застосування рішень Європейського Суду є доволі рідким. Також однією із найгостріших проблем вітчизняного судочинства є реальне виконання

судових рішень. Важливість теми зумовлена реаліями сьогодення, тому буде доречно поглянути на це питання саме в площині застосування та виконання зазначених рішень.

Мета даної статті полягає у визначенні проблемних аспектів застосування рішень Європейського суду з прав людини в якості джерел права в Україні, а також у пошуку можливих шляхів їх усунення.

Проблемами практичного використання рішень Європейського суду з прав людини як джерел права присвячені роботи таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як Єршов В.В., Свінтов В.С., Караманукян Д.Т., Рабінович П.М., Федик С.Є., Туманов В.О., Дудаш Т.М., Шевчук С.О., Блекстоун В., Роулз Дж., Рі Е. та інших.

Україна, ступивши на шлях європейської інтеграції, в 1995 р. стала повноправним членом Ради Європи, а згодом приєдналася до одного з основоположних документів із захисту прав людини, який був прийнятий Радою Європи, – Європейської конвенції про захист прав людини й основних свобод 1950 р. Так, Законом України від 17 липня 1997 р. Конвенція й протоколи до неї були ратифіковані Україною. Відповідно до цього Закону положення Конвенції були імплементовані в національне законодавство, й Україна повністю визнала обов'язковість і «без укладення спеціальної угоди» юрисдикцію Суду у всіх питаннях, які стосуються тлумачення й застосування Конвенції [4]. Крім того, 23 лютого 2006 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про виконання

рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини», що, зокрема, націлений на «усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав і основоположних свобод і протоколів до неї» [5]. Заслугує на увагу норма вказаного Закону про те, що національні суди під час розгляду справ застосовують Конвенцію й практику Суду як джерело права [3, с. 8].

Згідно із статтею 46 Конвенції держави – учасниці зобов'язані виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, в яких вони є сторонами. Тобто, здавалося б, що очевидним є той факт, що джерелом права в Україні є лише ті рішення Суду, які винесені за результатами розгляду справ, в яких стороною є Україна. Проте щодо цього питання виникає ряд проблем. Зокрема, все частіше вказується на те, що держави-учасниці Конвенції повинні брати до уваги не лише «власні» постанови, але й рішення, винесені по відношенню до третіх країн. «Держави, які не являлись сторонами в конкретній справі, повинні виносити більше уроків із таких постанов, оскільки вказані постанови можуть навчити їх, як уникнути подібних порушень в майбутньому і відповідним чином змінити власну правову систему і правозастосовну практику. Якби держави-учасниці добре знали стандарти, які впливають із рішень Європейського суду по відношенню до інших країн і належним чином здійснювали би зміни у своїх правових системах чи правозастосовній практиці, це скорочувало б і кількість скарг, які подавалися б до Європейського суду» [2, с. 288].

Звертаючись до статистичних даних, можемо зазначити такі дані: за 2016 рік Європейський суд з прав людини отримав 18 150 заяв від українців. З них 65% стосуються невиконання рішень національних судів, при цьому Європейський суд розглядає тільки двадцять частину всіх звернень. Також він зазначив, що в середньому від України надходить тисяча заяв на місяць. Однак приблизно 95% вступників заяв, визнаються ЄСПЛ неприйнятними, тобто такими, в яких визнано порушення Україною взятих на себе зобов'язань, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод.

Найбільш актуальною на сьогодні проблемою у сфері діяльності Європейського суду з прав людини можна назвати примусове виконання рішень Суду. У Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-IV» зазначено, що Рішення є обов'язковим для виконання Україною. Ст. 3 зазначеного Закону регламентує, що виконання Рішення здійснюється за рахунок Державного бюджету України. Ця норма забезпечує відшкодування шкоди державою-відповідачем стягувану. Вважаємо за необхідне розтлумачити поняття «стягувач» у контексті правовідносин в Європейському суді з прав людини.

Відповідно до ст. 1 Закону стягувач – це: а) особа, за заявою якої Європейським судом з прав людини постановлено Рішення; б) її представник, правонаступник; в) особа (група осіб), на користь якої

рішенням Європейського суду з прав людини визначено обов'язок України в міждержавній справі.

Конвертація коштів, присуджених Судом, оформлення платіжних документів (платіжного доручення) проводиться Міністерством юстиції України як органом, відповідальним за забезпечення представництва України в Європейському суді з прав людини та координацію виконання його рішень, з урахуванням особливостей, вищезазначених нормативно-правовими актами та законодавством України, відповідно до Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення платежів, пов'язаних із виконанням рішень закордонних юрисдикційних органів, прийнятих за наслідками розгляду справ проти України, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 07.03.2007 р. № 408.

У даному випадку важливо наголосити на тому, що розпорядником коштів по рішенням Європейського суду з прав людини є Міністерство юстиції України, а не Відділ примусового виконання рішень Державної виконавчої служби України або Державна виконавча служба України, тому що виникає багато випадків щодо неправильного розуміння розподілу повноважень між цими органами.

Виконання рішень здійснюється в добровільному (самостійному) порядку, без заходів примусового виконання, за рахунок коштів Державного бюджету України, шляхом направлення Департаментом планово-фінансової діяльності, бухгалтерського обліку та звітності Міністерства юстиції України офіційного перекладу рішення, платіжного доручення та постанови про відкриття виконавчого провадження до Державної казначейської служби України для оплати на користь стягувача. Виконання рішень Суду передбачає виплату стягувачеві відшкодування та вжиття додаткових заходів індивідуального та загального характеру.

За загальним визначенням ст. 1 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» відшкодування – а) сума справедливої сатисфакції, визначена рішенням Європейського суду з прав людини відповідно до статті 41 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) визначена в рішенні Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання або в рішенні Європейського суду з прав людини про схвалення умов односторонньої декларації сума грошової виплати на користь стягувача.

Відповідно до ст. 13 Закону заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді. Заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема: а) внесення змін до чинного законодавства та



практики його застосування; б) внесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів; г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана з правозастосуванням, а також із триманням людей в умовах позбавлення свободи; д) інші заходи, які визначаються – за умови нагляду з боку Комітету міністрів Ради Європи – державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень. Відповідно до ст. 10 Закону № 3477-IV заходами індивідуального характеру є: а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який стягувач мав до порушення Конвенції; б) інші заходи, передбачені в Рішенні.

Відповідно до ст. 5 Закону № 3477-IV протягом десяти днів від дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва надсилає стислий виклад Рішення стягувачеві, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, всім державним органам, посадовим особам та іншим суб'єктам, безпосередньо причетним до справи, за якою постановлено Рішення. При цьому, згідно з ч. 2 ст. 11 цього ж Закону контроль за виконанням додаткових заходів індивідуального характеру, передбачених у Рішенні, що здійснюються під наглядом Комітету міністрів Ради Європи, покладається на Орган представництва.

Таким чином, на відміну від відшкодування моральної та матеріальної шкоди, Суд не може встановити державі, які саме заходи необхідно вжити щодо відновлення порушених прав заявника. Також нормами Законів № 3477-IV та № 606-XIV не визначено механізму виконання рішень національних судів, які Уряд України згідно з рішенням Суду зобов'язався виконати. Відповідно до частини першої статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Відповідно до статті 13 Віденської конвенції про право міжнародних договорів для цілей тлумачення договору поряд із контекстом термінів договору враховується, зокрема, практика застосування договору. Відповідно до пункту 1 статті 32 Конвенції на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї поширюється юрисдикція Європейського суду.

Згідно з рішенням Європейського суду з прав людини «Войтенко проти України» виконання рішення про стягнення коштів з державної установи могло бути здійснено лише за умови, якщо б такі витрати були попередньо передбачені в законі про державний бюджет. Причина невиконання судового рішення про стягнення коштів із державної установи

полягає саме у відсутності відповідних законодавчих заходів, які б забезпечували виконання цього рішення, а не в бездіяльності органу ДВС.

До аналогічного висновку прийшов Європейський суд у справі «Ромашов проти України». Зокрема, Суд зазначив, що виконання у відношенні державного органу може бути здійснене лише в тому випадку, якщо державою передбачені та визначені асигнування на відповідні видатки Державного бюджету України шляхом здійснення відповідних законодавчих заходів. Факти справи свідчать про те, що протягом періоду, що розглядається, виконання відповідного судового рішення перешкоджала саме відсутність законодавчих заходів, а не неналежне виконання своїх обов'язків державними виконавцями.

Також згідно з рішенням Європейського суду «Козачек проти України» встановлено, що в українському законодавстві ні суди, ні виконавча служба не мають права скасувати закони або зобов'язувати державу вносити зміни в закон про бюджет.

Характер рішень ЄСПЛ і той факт, що обов'язок держави виконати рішення Суду не ставиться в залежність від волі особи, на користь якої Європейський суд виніс рішення, зумовлюють специфіку виконання таких рішень. Європейський суд із прав людини, на відміну від національних судів, не видає виконавчих листів, і особа не зобов'язана ні самотійно пред'являти рішення до виконання, ні будь-яким чином стимулювати таке виконання. Держава має сама виконати рішення Суду на користь особи, звільнити її від такого обов'язку може тільки письмова відмова особи отримати присуджену за рішенням суму. Як правило, відмова від виконання буває частковою: в разі несвоєчасної виплати основної суми особа отримує право на пеню, але якщо затримка склала всього кілька днів і сума пені незначна, особа може відмовитися від нарахування пені.

Тож у зв'язку із цим Велика Палата Європейського суду з прав людей 12 жовтня 2017 року прийняла рішення в справі «Бурмич та інші проти України», яким виключила з реєстру 12 143 заяв проти України. Більш того, всі наступні заяви з «групи Іванова» (невиконання рішень національних судів) будуть виключатися ЄСПЛ з реєстру. Це пов'язано із системністю невиконання національними судами рішень ЄСПЛ. Рішення всіх подібних справ має обов'язково бути охоплено заходами виконання загального характеру, які повинна зробити Україна під наглядом Комітету Міністрів. Всі ці справи слід розглядати в рамках процедури виконання рішення в справі Іванова і передавати в Комітет Міністрів як орган, відповідальний за забезпечення справедливості і виплату відшкодування всім постраждалим від системної проблеми. З огляду на те, що інтереси реальних і потенційних жертв згаданої системної проблеми доречніше захищати в рамках процедури виконання, Суд вирішив, що продовження розгляду подібних справ буде не кращим чином служити цілям Конвенції. Тому він прийшов до висновку, що подальший розгляд таких заяв є невиправданим.

Таким чином, заявники, які отримали остаточні судові рішення, які не виконані, не зможуть отримати компенсацію, поки Україна не забезпечить ефективний механізм їх виконання.

Суддя Одеського окружного адміністративного суду Нінель Потоцька, зазначила що судова реформа, яку розпочато в Україні, не повинна обмежуватися реформуванням системи судів, добору суддівських кадрів та дисциплінарної відповідальності суддів. Важливим елементом відновлення довіри суспільства до судової влади є саме своєчасне виконання рішень судів. Ця проблема вимагає законодавчого врегулювання, щоб забезпечити гарантування кож-

ному громадянину держави прав і свобод, закріплених в Європейській конвенції про захист прав людини і протоколах до неї.

Отже, сьогодні дуже гостро стоїть проблема на законодавчому та виконавчому рівні щодо впровадження механізму примусового виконання рішень Європейського суду з прав людини, оскільки невиконання рішень свідчить про недотримання положень договорів, учасницею яких є Україна, а також ставить під сумнів демократичний та правовий характер нашої держави, оскільки невиконання зазначених рішень посягає на права та свободи людини і громадянина.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Горобець Н.Г. Огляд стану виконання рішень європейського суду з прав людини в контексті захисту права власності. Часопис Київського університету права. 2015. № 1. С. 293–299.
2. Кочура О.О. Практика та рішення європейського суду з прав людини як джерела права в судовій практиці України. Форум права. 2014. № 1. С. 286–293.
3. Протасова В.С. Рішення європейського суду з прав людини в правових системах України і Російської Федерації: порівняльно-правовий аналіз. Теоретичні проблеми правознавства. 2010. № 1. С. 6–11.
4. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 лип. 1997 р. № 475/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. Ст. 263.
5. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3477-15. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

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

## ЗМІСТ РІШЕННЯ СУДУ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКУМЕНТА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

### TABLE OF CONTENTS OF COURT DECISION AS JUDICIAL DOCUMENT IN CIVIL PROCEDURE OF UKRAINE

У статті проаналізовано положення нової редакції процесуального закону, які залишають незмінною структуру рішення суду, його поділ на чотири частини, де що розширюють перелік інформації про справу, що викладається в рішенні. Текст судового рішення дає можливість сторонам судового процесу переконатися в тому, що їх доводи прийняті судом до уваги.

**Ключові слова:** акт правосуддя, цивільний процес, рішення суду, процесуальний документ, реєвізити судового акту.

В статье проанализированы положения новой редакции процессуального закона, которые оставляют неизменной структуру решения суда, его деление на четыре части, расширяют перечень информации о деле, которая излагается в решении. Текст судебного решения дает возможность сторонам судебного процесса убедиться в том, что их доводы приняты судом к сведению.

**Ключевые слова:** акт правосудия, гражданский процесс, решение суда, процессуальный документ, реквизиты судебного акта.

In the article are analyzed positions of new release of judicial law, that abandon unchanging the structure of court decision, it's dividing into four parts. Text of court decision gives an opportunity to parties of trial to make sure in that their reasons are accepted by a court into consideration.

**Key words:** act of justice, civil procedure, court decision, judicial document, essential elements of judicial act.

З прийняттям Закону України від 03.10.2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким було затверджено нову редакцію ЦПК України (далі – ЦПК України 2017 року), значна кількість норм та інститутів цивільного процесуального права України зазнали змін. Не минули такі зміни й рішення суду.

У ст. 265 ЦПК України 2017 року закріплено вимоги до змісту рішення суду, які де що відрізняються від тих, що містяться в ст. 215 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 року (далі – ЦПК України 2004 року). Вказане актуалізує дослідження проблематики змісту рішення суду як процесуального документа в цивільному процесі України. Такі дослідження сприяють вдосконаленню процесуального законодавства, судової практики та розвитку науки цивільного процесуального права.

Проблематиці судового рішення в цивільному процесі було присвячено низку праць Ю.В. Білоусова, Р.О. Гавріка, М.А. Гурвіча, М.Б. Зейдера, В.В. Комарова, Д.Д. Луспеника, Н.І. Масленнікової, Д.І. Полумордвінова, В.І. Тертишнікова, Г.П. Тимченка, Г.В. Фазилош, С.Я. Фурси, С.Н. Хорунжого, О.З. Хотинської, Н.О. Чечиної, О.М. Шиманович, М.Й. Штефана та ін. Втім, з огляду на законодавчі зміни питання про зміст рішення суду потребує подальших досліджень.

Метою даної наукової статті є вдосконалення вимог, що пред'являються до змісту рішення суду як процесуального документа в цивільному процесі шляхом

здійснення аналізу положень ЦПК України в редакції Закону України від 03.10.2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів».

Як процесуальний документ рішення суду складається зі вступної, описової, мотивувальної і резолютивної частин. Інформація, що складає зміст кожної частини рішення суду, повинна викладатися в тій послідовності, як це зазначено в ст. 265 ЦПК України 2017 року. Усі судові рішення повинні бути зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою – це необхідна передумова розуміння рішення сторонами та громадськістю. Для цього потрібно логічно структурувати рішення і викласти його в чіткому стилі, доступному для кожного (п. 32 Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень [1]).

Вступна частина призначена для зазначення відомостей, які дозволяють формально індивідуалізувати рішення як акт судової влади [2, с. 425]. Вступна частина рішення суду розпочинається найменуванням процесуального документа та вказівкою на те, що рішення ухвалюється іменем України [3, с. 331].

Під час формулювання назви процесуального документа необхідно враховувати наявність таких окремих видів рішень суду, як заочне рішення та додаткове рішення. Як справедливо відзначив Верховний Суд України у своєму Узагальненні практики ухвалення та перегляду судами заочних рішень у

цивільних справах, правильною необхідно вважати практику тих судів, які вказують у найменуванні «Заочне рішення» у зв'язку з особливостями процедури ухвалення таких рішень та з огляду на необхідність чіткого визначення для осіб, які беруть участь у справі, а також для судів належного порядку оскарження чи перегляду заочного рішення. Так само у випадку ухвалення додаткового рішення суд повинен зазначити в його назві «Додаткове рішення». Вказане сприятиме кращому розумінню учасниками процесу особливостей даних процесуальних актів суду, виключатиме сумніви та суперечки з приводу їх юридичної природи та, відповідно, забезпечуватиме дотримання принципу правової визначеності.

Відповідно до ч. 1 ст. 259 ЦПК України 2017 року рішення ухвалюються іменем України, завдяки чому воно сприймається як воля держави, виражається повнота повноважень суду як органу правосуддя і значення рішення суду як акта, обов'язковості якого забезпечується всією міццю державної влади. Водночас слід зауважити, що відповідно до ст. 5 Конституції України носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Тобто джерелом будь-якої влади в Україні, зокрема й судової, є український народ. Тому було б більш логічно, щоб рішення судів України ухвалювалися іменем українського народу. Наприклад, саме іменем народу відповідних держав ухвалюються рішення німецьких та французьких судів.

Відповідно до ч. 2 ст. 265 ЦПК України 2017 року у вступній частині рішення зазначаються: 1) дата і місце його ухвалення; 2) найменування суду; 3) прізвище та ініціали судді або склад колегії суддів; 4) прізвище та ініціали секретаря судового засідання; 5) номер справи; 6) ім'я (найменування) сторін та інших учасників справи; 7) вимоги позивача; 8) прізвища та ініціали представників учасників справи.

У вступній частині мають вказуватись усі учасники справи незалежно від того, чи приймали вони безпосередню участь в судовому засіданні, чи справа розглядалася за їх відсутності. У випадку заміни відповідача в справі у вступній частині рішення вказується останній (новий) відповідач. Водночас факт такої заміни має бути відображено в описовій частині рішення.

Варто звернути увагу на інформацію, що зазначається в п. 7, а саме – «вимоги позивача». Відповідно до положень п. 1 ч. 1 ст. 215 ЦПК України 2004 року у вступній частині рішення зазначається предмет позовних вимог, без вказівки на позивача, що є більш правильним, адже відомо, що в одній справі може бути об'єднано кілька позовних вимог, серед яких, крім позовних вимог позивача, можуть бути також зустрічні позовні вимоги відповідача, позовні вимоги третьої особи, що заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

Крім того, вимоги самого позивача поділяються на позовні вимоги та вимоги, викладені ним у різних клопотаннях (про призначення експертизи, про виклик свідків, про забезпечення позову тощо). Звичайно, у вступній частині рішення суду мають

зазначатися лише позовні вимоги (предмет позову) позивача та інших учасників справи, якщо вони заявлялися. Таким чином, п. 7) ч. 2 ст. 265 ЦПК України 2017 року варто було б викласти в редакції: «7) позовні вимоги».

Предмет позову зазначається судом, виходячи з вимог закону, який підлягає застосуванню до спірних правовідносин, та підстав заявленої вимоги. Не варто переписувати до вступної частини рішення помилки, якщо вони допущені позивачем у позовній заяві під час формулювання предмета позову.

Описову частину рішення суду в юридичній літературі інколи називають історичною частиною рішення [4, с. 66]. Описова частина спрямована на конкретизацію предмета процесу та предмета спору [2, с. 425]. У тексті рішення описова частина відділяється від вступної словом «встановив». Відповідно до ч. 3 ст. 265 ЦПК України 2017 року в описовій частині рішення зазначаються: 1) стислий виклад позиції позивача та заперечень відповідача; 2) заяви, клопотання; 3) інші процесуальні дії в справі (забезпечення доказів, вжиття заходів забезпечення позову, зупинення і поновлення провадження тощо).

Позитивною є новела про те, що законодавець нарешті передбачив, що описова частина повинна починатися з стислого викладу позиції позивача, а не відповідача, як зазначалося в п. 2 ч. 1 ст. 215 ЦПК України 2004 року. Такий порядок викладення тексту рішення більш відповідає логіці побудовання змісту рішення, оскільки позиція відповідача завжди формується на противагу позиції позивача, а тому для кращого розуміння суті спору першою в рішенні має вказуватися саме позиція позивача. Як відзначають автори посібника для суддів, присвяченому написанню судових рішень, якщо після вступної частини суддя одразу почне детальний виклад позиції відповідача, це, без сумніву, спантеличить читача, оскільки той не матиме фактологічного підґрунтя, необхідного для розуміння цієї позиції [5, с. 25].

Як вірно писав М.Б. Зейдер, в описовій частині рішення обставини мають бути викладені не в тому вигляді, як вони представляються суду на основі вже проведеної ним оцінки доказів, а в тому вигляді, як їх описують суду самі сторони [6, с. 77]. Це, з однієї сторони, дає можливість будь-кому, хто знайомиться з текстом рішення (зокрема, суду вищестоящої інстанції), зрозуміти суть спору між сторонами, а з іншої сторони, дає сторонам сигнал про те, що їх позиція була почута судом та прийнята до уваги.

Як видно з тексту процесуального закону, відповідно до вимог ч. 3 ст. 265 ЦПК України 2017 року в описовій частині рішення суду тепер повинен міститися значно більший обсяг інформації, ніж того вимагали положення п. 2 ч. 1 ст. 215 ЦПК України 2004 року. Нові положення процесуального закону вимагають від суддів зазначати в описовій частині рішення всі заяви, клопотання, а також всі інші процесуальні дії, що відбулися в даній справі.

Слід констатувати, що зайва деталізація перетворює рішення суду на занадто громіздкий документ, додасть додаткової роботи судді в складанні повного тексту рішення, також це не сприятиме логіці



викладення інформації у рішенні та зручності сприйняття суті справи з тексту рішення.

Для фіксування процесуальних дій, вчинюваних в процесі судового розгляду справи, призначений протокол судового засідання (ст. 248 ЦПК України 2017 року). Рішення суду – процесуальний документ, метою ухвалення якого є вирішення справи по суті, в ньому повинна відображатися та інформація, яка так чи інакше стосується цієї основної мети. Навряд чи в матеріалах справи потрібні два процесуальних документи, один з яких дублює зміст іншого. Як вищестоящий суд, так і учасники процесу мають змогу ознайомитися з протоколом судового засідання, а тому зазначати в рішенні суду всі процесуальні дії, що відбувалися в справі, не вбачається потрібним.

Під час написання судового рішення необхідно пам'ятати, що воно має бути логічним, чітким, відображати тільки суть та обставини справи, що мають значення. У ньому не повинно бути нічого другорядного, того, що може ускладнити розуміння та суттєво збільшити обсяг документа [7, с. 95].

Як вірно відмічається в посібнику для суддів, присвяченому написанню судових рішень, сумлінний автор рішення не буде навантажувати читача більшим обсягом інформації (як фактичної, так і юридичної), ніж це потрібно [5, с. 18]. Однак чинити наперекір даному твердженню (тобто перевантажувати рішення зайвою інформацією) вимагає тепер від судді новий процесуальний закон.

Між описовою та мотивувальною частинами рішення немає такої чіткої межі, як між описовою та вступною частинами. Однак із тексту рішення має бути зрозуміло, де закінчилася описова частина і почалася мотивувальна.

Відповідно до ч. 4 ст. 265 ЦПК України 2017 року в мотивувальній частині рішення зазначаються:

- 1) фактичні обставини, встановлені судом, та зміст спірних правовідносин, з посиланням на докази, на підставі яких встановлені відповідні обставини;
- 2) докази, відхилені судом, та мотиви їх відхилення;
- 3) мотивована оцінка кожного аргументу, наведеного учасниками справи, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову, крім випадку, якщо аргумент очевидно не відноситься до предмета спору, є явно необґрунтованим або неприйнятним з огляду на законодавство чи усталену судову практику;
- 4) чи були і ким порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси, за захистом яких мало місце звернення до суду;
- 5) норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування;
- 6) норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування.

На необхідності належного мотивування судових рішень як однієї з важливих вимог, що пред'являються до цього акту правосуддя неодноразово наголошувалося в юридичній літературі [8, с. 110]. Дану вимогу до судових рішень часто змішують з обґрунтованістю та вказують на жорстку позицію в даному питанні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), що згідно з його усталеною практикою, яка відображає принцип, пов'язаний із належним здійсненням правосуддя, в рішеннях судів та інших

органів з вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються [9, с. 60]. Водночас обов'язок судів давати обґрунтування своїх рішень не може сприйматись як вимога надавати детальну відповідь на кожен аргумент. Межі цього обов'язку можуть бути різними в залежності від характеру рішення. Крім того, необхідно брати до уваги, між іншим, різноманітність аргументів, які сторона може представити в суд, та відмінності, які існують у державах-учасниках, з огляду на положення законодавства, традиції, юридичні висновки, викладення та формулювання рішень. Таким чином, питання, чи виконав суд свій обов'язок щодо подання обґрунтування, що впливає зі статті 6 Конвенції, може бути визначено тільки у світлі конкретних обставин справи (рішення ЄСПЛ у справі «Руїс Торіха проти Іспанії» (Ruiz Torija v. Spain) від 9 грудня 1994 року, у справі «Суомінен проти Фінляндії» (Suominen v. Finland) від 01 липня 2003 року, у справі «Проніна проти України» (Pronina v. Ukraine) від 18 липня 2006 року та ін.).

Новелою ЦПК України 2017 року є встановлення обов'язку суду надавати в рішенні мотивовану оцінку кожного аргументу, наведеного учасниками справи, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову, крім випадку, якщо аргумент очевидно не відноситься до предмета спору, є явно необґрунтованим або неприйнятним з огляду на законодавство чи усталену судову практику. Дане положення покладає на суд традиційно більш вимогливі гарантії дотримання прав сторін, ніж цього потребує практика ЄСПЛ, оскільки, як вбачається з тексту вказаних вище його рішень, ЄСПЛ не вважає за необхідне, щоб суд надавав детальну відповідь на кожен аргумент сторін. До того ж, використане в процесуальному законі формулювання «явно необґрунтованим або неприйнятним з огляду на законодавство чи усталену судову практику» може на практиці викликати суперечки з приводу того, чи був той чи інший аргумент сторони обґрунтованим та прийнятним.

Як відзначається в юридичній літературі, суд має проаналізувати та оцінити доречні та важливі аргументи сторін у судовому рішенні. Це важливо для кожного письмового рішення суду – як проміжної ухвали чи постанови, так і кінцевого судового рішення у справі. Інакше ці рішення виглядатимуть свавільними [10, с. 44].

З іншого боку, виконання судами даної вимоги процесуального закону дасть можливість сторонам судового спору відчутти, що вони були почуті судом, а їх аргументи прийняті до уваги. На цьому також наголошує ЄСПЛ у деяких своїх рішеннях (наприклад, рішення у справі «Гірвісаарі проти Фінляндії» (Hirvisaari v. Finland) від 27 вересня 2001 року).

На досягнення вказаної мети, як вбачається, спрямовані також положення п. 6 ч. 4 ст. 265 ЦПК України 2017 року, які зобов'язують суд вказувати в рішенні норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування. У даному випадку варто було також зробити в законі застереження з приводу необов'язковості роз'яснювати незастосування тих положень закону, які очевидно не поширюють свою дію на спірні правовідносини сторін, або мають занадто

загальний характер і не вказуються судом із тієї причини, що є спеціальні норми закону, які поширюють свою дію на правовідносини, що є предметом судового розгляду. У протилежному випадку рішення суду може перетворитися на підручник з права, де суддя буде роз'яснювати порядок застосування всіх норм, вказаних у позовній заяві, відзиві на позов та інших процесуальних документах сторін, при тому що сторони не обмежені у кількості норм закону, на які вони можуть посилатися.

Резолютивна частина в тексті рішення відділяється від мотивувальної словом «вирішив». Відповідно до ч. 5 ст. 265 ЦПК України 2017 року в резолютивній частині рішення зазначаються: 1) висновок суду про задоволення позову чи про відмову в позові повністю або частково щодо кожної із заявлених вимог; 2) розподіл судових витрат; 3) строк і порядок набрання рішенням суду законної сили та його оскарження; 4) повне найменування (для юридичних осіб) або ім'я (для фізичних осіб) сторін та інших учасників справи, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання чи перебування (для фізичних осіб), ідентифікаційний код юридичної особи в Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України, реєстраційний номер облікової картки платника податків сторін (для фізичних осіб) за його наявності або номер і серія паспорта для фізичних осіб – громадян України.

Як відзначається в п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 року № 14 «Про судові рішення у цивільній справі», резолютивна частина повинна мати вичерпні, чіткі, безумовні й такі, що впливають зі встановлених фактичних обставин, висновки по суті розглянутих вимог і залежно від характеру справи давати відповіді на інші питання, зазначені в законі.

У разі необхідності в резолютивній частині також вказується про: 1) порядок і строк виконання рішення; 2) надання відстрочення або розстрочення виконання рішення; 3) забезпечення виконання рішення; 4) повернення судового збору; 5) призначення судового засідання для вирішення питання про судові витрати, дату, час і місце його проведення; строк для подання стороною, за клопотанням якої таке судове засідання проводиться, доказів щодо

розміру понесених нею судових витрат; 6) дату складення повного судового рішення.

Особливістю резолютивної частини рішення суду за новим процесуальним законодавством є те, що в ній не обов'язково мають міститися положення про порядок розподілу судових витрат, які сторони сплатили або мають сплатити у зв'язку з розглядом справи.

Відповідно до ч. 1 ст. 246 ЦПК України 2017 року якщо сторона з поважних причин не може подати докази, що підтверджують розмір понесених нею судових витрат до закінчення судових дебатів у справі, суд за заявою такої сторони, поданою до закінчення судових дебатів у справі, може вирішити питання про судові витрати після ухвалення рішення по суті позовних вимог.

Норми ч. 8 ст. 141 ЦПК України 2017 року наділяють сторін правом надати докази на підтвердження понесених ними судових витрат протягом п'яти днів після ухвалення рішення суду за умови, що до закінчення судових дебатів у справі сторона зробила про це відповідну заяву. У цьому випадку для вирішення питання про розподіл витрат, які сторони сплатили або мають сплатити у зв'язку з розглядом справи, призначається судове засідання, про що зазначається в резолютивній частині рішення суду. Судове засідання з питань розподілу судових витрат проводиться не пізніше двадцяти днів із дня ухвалення рішення по суті позовних вимог. За наслідками його проведення суд ухвалює додаткове рішення.

Таким чином, законодавець, залишивши незмінною структуру такого процесуального документа, як рішення суду (його поділ на вступну, описову, мотивувальну та резолютивну частини), дещо розширив перелік інформації, що повинна міститися в цих частинах. З одного боку, це дасть можливість особам, що знайомляться з текстом рішення, отримати більше інформації про хід справи, а сторонам судового процесу переконатися в тому, що їх вимоги прийняті судом до уваги. З іншого боку, більша деталізація та розлогість тексту рішення суттєво збільшить його обсяг, що додасть зайвої роботи суддям та ускладнить читачу сприйняття інформації, що міститься в рішенні, оскільки йому доведеться відділяти головне від другорядного.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень. URL: [http://court.gov.ua/userfiles/visn\\_11\\_2008.pdf](http://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf).
2. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. 696 с.
3. Цивільний процес України: Підручник / За ред. Є.О. Харитонов, О.І. Харитонові, Н.Ю. Голубевої. К.: Істина, 2011. – 536 с.
4. Зейдер Н.Б. Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе: Учебное пособие. Саратов, 1959. 98 с.
5. Написання судових рішень. Посібник для суддів / Р. Хофер, Н. Нетесайм. К.: Проект USAID «Україна: верховенство права», 2010. 55 с.
6. Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М.: Изд-во «Юридическая литература», 1966. 190 с.
7. Шамрай О. Організаційно-правові основи написання судових рішень. Слово Національної школи суддів України. 2013. № 3(4). С. 93–98.
8. Тихонова Ю.С. Мотивированность и обоснованность решений в гражданском судпроизводстве. Современное право. 2013. № 3. С. 108–110.
9. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К., 2015. 208 с.
10. Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. К.: Видавництво «Дрім Арт», 2013. 224 с.

Гуйван О. П.,  
здобувач кафедри цивільного права і процесу  
Харківського національного університету внутрішніх справ

## ЗАСАДИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК СПОСОБУ ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЇ

### BASES OF INFORMATION SECURITY AS A METHOD OF PROTECTION OF INFORMATION

У роботі проведено дослідження сутності механізмів інформаційного захисту. Вивчено характер та спрямованість різних загроз правовідносинам у сфері інформаційного обороту.

**Ключові слова:** інформаційна безпека, охорона інформації, активні та пасивні ризики.

В данной работе проведено исследование сущности механизмов информационной защиты. Изучен характер и направленность различных угроз правоотношениям в сфере информационного оборота.

**Ключевые слова:** информационная безопасность, охрана информации, активные и пассивные риски.

In this paper, the essence of information protection mechanisms was investigated. The nature and direction of various threats to legal relations in the sphere of information turnover has been studied.

**Key words:** information security, information protection, active and passive risks.

Значення інформації як блага та як об'єкта суспільних відносин важко переоцінити. У Резолюції 59 Генеральної Асамблеї ООН вказано, що свобода інформації є основним правом людини та критерієм усіх інших свобод. У такий спосіб інформація визначається основоположним багатоаспектним явищем, яке використовується та формує принципи здійснення та гарантування багатьох фундаментальних прав особи. Усе це знайшло відображення в Основному Законі України. Так, у ній декларується заборона цензури в інформаційній сфері (ст. 15), таємниця переписки, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31), заборона втручання в особисте та сімейне життя, кожний громадянин має право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях із відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею (ст. 32), право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір (ст. 34), право на свободу світогляду і віросповідання (ст. 35), право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. (ст. 41) та інші.

Різноманітність наукових підходів до постулювання поняття інформації та визначення його сутності з огляду на багатогалузевість застосування цього об'єкту в кожному разі обумовлюється специфікою сфери його використання. Відмінності в способах створення, передачі та поширення інформації, формах закріплення та надання інформаційних продуктів, видах інформаційних загроз обумовлює різні погляди на наукове вивчення ключових аспектів регулювання інформаційних відносин, у тому числі інформаційної безпеки [1, с. 32]. Відтак наразі специфіка кожної галузі визначає особливості

її інформаційного правового забезпечення. Це, можливо, сприяє більшій визначеності конкретного правозастосування, але аж ніяк не зумовлює єдність юридичних механізмів та законодавчих і наукових концепцій.

Науковому дослідженню питань різних аспектів інформатизації та розвитку інформаційних процесів, у тому числі і щодо гарантування їхнього правового захисту, присвячено численні праці таких вчених, як С.В. Балабай, М.Я. Швець, Р.А. Калюжний, І.В. Куприянов, В.В. Печенкін, В.А. Саницький, А.М. Карацюба, В.А. Ліпкан та інших. Втім, слід відмітити, що дані дослідження здійснювалися в межах комплексного доктринального аналізу загальних характеристик інформаційних відносин у суспільстві. Тож конкретиці правового регулювання саме охоронних відносин, що часто виникають у цій сфері, приділялося недостатньо уваги. Так, не набули якісних наукових характеристик такі явища, як захист інформації та захист права на інформацію, та не охарактеризовані відмінності між ними, не відмежовані нормативні засади захисту інформації від стороннього втручання та захист від її незаконного поширення тощо. З урахуванням викладеного в рамках даної статті буде розглянуто роль та значення правових норм для формування інформаційного права в цілому та відповідних способів правового впливу на інформаційні відносини з метою їх охорони та захисту для забезпечення стабільності та визначеності учасників таких відносин.

У доктрині та практиці завжди з виникненням певних нових суспільних взаємин та з набуттям ними достатньої розвиненості важливе значення, як для їхніх учасників, так і для соціуму в цілому, набуває відповідне правове забезпечення. У сфері інформаційного обороту, передовсім, мова йде про необхідність правової організації суспільних відносин із метою становлення, існування та прогресивного розвитку інформаційних взаємодій за допомогою



адекватного юридичного інструментарію. Правове регулювання обігу та захисту інформації має ґрунтуватися на основоположних засадах, дотримання яких забезпечить непорушність та дієвість відповідних прав. Це такі основоположні принципи, як свобода шукати, отримувати, передавати, виготовляти та розповсюджувати інформацію в будь-який законний спосіб; відкритість та доступність інформації про діяльність органів держави та місцевого самоврядування, крім випадків, встановлених законом; виключно законодавче (на рівні закону) встановлення обмежень у доступі до інформації; достовірність інформації та своєчасність її надання; недоторканність приватного життя, неприпустимість обробки, в тому числі зберігання, збирання, використання та поширення персональних даних про особу, включаючи конфіденційну інформацію про приватне життя особи, без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Досліджуючи питання інформаційного середовища, окремі науковці вважають, що з огляду на особливості інформації як об'єкту правовідносин вона не має нічого спільного з традиційними об'єктами, такими як матеріальні речі або нематеріальні блага, відтак не вписується до існуючої системи правових відносин. Втім, якщо виходити з позиції цивільного законодавства, то воно достатньо чітко вказує на місце інформації серед особистих немайнових прав особи. Звісно, маємо враховувати істотні сутнісні відмінності інформаційного статусу особи від основних природно-правових її повноважень, але задля забезпечення визначеності конкретних взаємин, саме виходячи з ознак нематеріальності та абсолютності прав на інформацію, здійснюється правова та організаційна побудова доктрини у сфері інформаційних правовідносин, включаючи інформаційну безпеку.

Отже, інформація має притаманні їй специфічні ознаки, які відображають її внутрішню природу та сутність, впливаючи на вибір способів захисту інформаційних прав, саме цим керується законодавець, запроваджуючи механізми юридичного захисту даного об'єкту. Зокрема, ці питання знайшли відображення в конкретних законах: щодо охорони такого виду інформації, як державна таємниця (Закон від 21 січня 1994 р. № 3855-ХІІ «Про державну таємницю»), конфіденційна інформація (Закон 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ, та закон від 13 січня 2011 р. N 2939-VI)), інформація в автоматизованих системах (Закон від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР) тощо. Детальне дослідження змісту правових актів у частині, присвяченій охороні інформаційних відносин, показує, що законодавець розрізняє поняття «захист інформації» і «захист прав на інформацію». Власне, проблематика захисту цивільних прав на інформацію, будучи вельми актуальною та складною, має враховувати специфічність такого блага як об'єкта права. По-перше, не всі способи захисту, які мають загальний характер (ст. 16 ЦКУ), можуть застосовуватися під час здійснення охоронно-правових повноважень. По-друге, застосування різних санкцій також

залежить від суб'єктного складу правовідносин та, особливо, від різновиду об'єкту, на який спрямоване посягання.

У переважній більшості випадків санкції, встановлені в ст. 16 ЦКУ, застосовуються під час порушення права особи на інформацію в такі способи, як ненадання інформації чи доступу до неї, неправомірне поширення, недостовірність тощо. На порушників такого права накладаються санкції у вигляді зобов'язання виконати обов'язок в натурі (скажімо, порушник мусить надати конкретні дані, що відповідають умовам договору), розірвання договору (як приклад подібної оперативної санкції можна згадати передбачені нормативно заходи щодо припинення або зміни правовідношення як наслідок договірних порушень, в тому числі – ненадання інформації), відшкодування нанесеної шкоди, обов'язку спростування інформації, сплатити штраф тощо.

З іншого боку, захист інформації передбачає вчинення комплексу організаційних та юридичних заходів [2, с. 18], які покликані уберегти певну інформацію, що не має бути поширена поза межами, встановленими законом чи договором. У таких ситуаціях законодавство робить акцент на інших способах відповідальності правопорушника. Приміром, законодавство стосовно санкцій за порушення встановленого режиму таємниці, що охороняється законом, порядку поведіння із цією інформацією передбачає застосування значного спектру заходів відповідальності, як цивільної, так і кримінальної, адміністративної та дисциплінарної. При цьому кожна відповідальність відрізняється підставою, порядком застосування та наслідками, що обумовлено тяжкістю протиправної поведінки та значимістю відомостей.

У свою чергу, визначення «захист інформації» також може бути розділений на два елементи. Першим із них є організація правового регулювання належної діяльності персоналу, відповідального за збереження та недоступність визначених законом відомостей, і результат у цій сфері, як вже вказувалося, досягається, в першу чергу, за рахунок запровадження ризиків застосування різних жорстких видів відповідальності. Інший напрямок – створення передумов для запобігання несанкціонованому доступу сторонніх осіб до закритої інформації шляхом вчинення заходів превентивного характеру. За великим рахунком, така діяльність охоплюється поняттям «охорона об'єкта», який має ширший зміст, ніж суто правовий захист. Адже захист, за ідеєю, відбувається в межах існуючого правопорушення – після того, як воно почалося, принаймні коли майбутнє посягання стало очевидним. Тоді як охорона містить у собі, крім заходів припинення порушення, ще і попереджувальні дії. Такі правовідносини притаманні, зокрема, для ситуацій, пов'язаних із захистом інформації, яка зібрана, зберігається та обробляється із застосуванням інформаційно-телекомунікаційної інфраструктури. На відміну від загального правового механізму, нормативно-правове регулювання в цій площині переважно відбувається підзаконними нормативно-



правовими актами і потребує узгодження з європейськими стандартами.

На даному етапі суспільного розвитку відбуваються серйозні зміни в інформаційному середовищі, які забезпечують якісний поступ, пов'язаний із масовим використанням комп'ютерних та інформаційних технологій. В Україні, як і в інших частинах світу, набула значного поширення концепція, за якою відомості, що становлять інформацію, мають бути не лише створені та оброблені, а й повинна бути організована можливість об'єктивного сприйняття її людиною та збереження. Бо, в іншому разі, інформація може бути непотрібною, втратить для особи всіляку цінність та значення як благо, здатне задовольнити її потреби. Отже, технічне оснащення інформаційного процесу, хочемо ми того чи ні, вносить до сучасного дефініційного правового визначення певні корективи. Слід погодитися, що сьогодні інформація є сукупністю відомостей про осіб, предмети, факти, події, явища та процеси незалежно від форми їх виявлення, які сприймаються людиною безпосередньо або за допомогою спеціальних пристроїв [3, с. 122].

При цьому, враховуючи величезне значення для обігу інформації новітніх технічних засобів, законодавство має регулювати не лише характер поведінки учасників, а й забезпечувати належні їх взаємодії з техніко-інформаційними засобами, враховуючи особливості нормативного регулювання в цій царині. Наразі існує значне коло нормативних актів, що впорядковують використання систем зберігання і обробки інформації, де в процесі їхнього застосування особлива увага приділяється питанням охорони конфіденційної інформації як фактору, спрямованому на досягнення інформаційної безпеки держави. Це, наприклад, банківські юридичні системи безпечного документообігу, для яких забезпечення захисту інформації є життєво важливим завданням [4, с. 45]. Тож із метою досягнення збалансованості та надійності відповідного захисту інформації та ресурсів правове забезпечення такої діяльності має бути спрямоване на урахування безпекових факторів під час створення інформаційних систем, їхній експлуатації та захисті інформації, яка там знаходиться. При цьому неприпустимо встановлювати в нормативних актах якихось переваг одних інформаційних систем над іншими (за виключенням випадків, коли закон встановлює обов'язковість застосування певних інформаційних технологій для створення й експлуатації державних інформаційних систем).

Таким чином, охорона інформаційних даних у системах, комп'ютерних мережах видається однією з актуальних проблем сучасного права. Адже в силу постійного розвитку та вдосконалення технологій істотний збій в інформаційних системах може зупинити діяльність великих компаній і банків, стати причиною значних збитків. За таких обставин питання боротьби з порушеннями в інформаційній сфері набувають все більшої актуальності. Зростання інтеграції інформаційних технологій у різні

сфери, послуг та сервісів, що здійснюються на їхній основі, супроводжується посиленням незаконної активності. Причому особи, які посягають на вказаний об'єкт, можуть бути як добросовісними (користувачі інформації, що не усвідомлюють її обмежений характер), так і недобросовісними (конкуренти чи кримінальні елементи). Тож охорона має поширюватися на будь-яку інформацію, несанкціонований (незаконний) доступ до якої наносить шкоду її власникові чи іншій особі, що правомірно володіє інформацією чи використовує її. Зокрема, підлягає посиленому захисту конфіденційна інформація, бо негативний вплив на неї із боку зловмисників може призвести до дезорганізації діяльності як окремої структури, так і держави в цілому. Особа, яка вчиняє протиправне діяння по відношенню до елемента інформаційної системи, наприклад незаконно отримуючи конфіденційну інформацію, реалізує загрозу та порушує встановлені правила. Це дозволяє говорити про правопорушення, спрямовані на недоторканність інформаційних систем, як окрему групу форм реалізації інформаційних загроз.

З метою боротьби з наведеними правопорушеннями необхідна розробка комплексної та цілеспрямованої системи захисту інформаційних ресурсів. Це дозволить ефективно попередити настання суспільно шкідливих наслідків у результаті таких неправомірних дій учасників інформаційної діяльності, як використання незаконних методів та способів доступу до обмежених ресурсів, порушення порядку розміщення та розповсюдження інформації, порушення прав і свобод людини в процесі інформаційної діяльності. Утім, варто зауважити, що абсолютно надійного та нездоланного захисту створити неможливо, будь-яка система захисту інформації може бути лише адекватна потенційним загрозам, що наразі існують.

У науці під інформаційною безпекою розуміється захищеність інформації від незаконного ознайомлення, поширення, перетворення та знищення та захищеність відповідних систем та ресурсів від неправомірних впливів на них, направлених на порушення їхньої роботоздатності, спроможність нейтралізувати чи послабити дію внутрішніх і зовнішніх потенційних і реальних інформаційних загроз [5, с. 59]. Сутність таких загроз і впливів та їх спрямованість бувають різними. Джерелами загроз можуть виступати: людина, технічні пристрої, моделі, алгоритми, програми; технологічні схеми обробки; зовнішнє середовище [6, с. 67]. Тому інформаційна безпека набуває ключового значення в організації безпеки держави в цілому. Це зумовлено, в першу чергу, швидким розвитком технологічних можливостей сучасних інформаційних систем. Вони наразі стають найбільш значимими та всеохоплюючими за своїм впливом на політику, соціально-економічне життя, суспільну поведінку людей, духовну сферу, ідеологію.

Разом із тим слід відмітити, що на сучасному етапі питання інформаційної безпеки, котрі викликають великий інтерес, на науковому рівні вивчаються

переважно в техніко-прикладній площині та зорієнтовані на захищеність ресурсів технічними засобами. Відверто недостатньо уваги присвячується соціально-правовим аспектам даного питання. Між тим потребує юридичного вирішення проблематика забезпечення достовірності, повноти, доступності інформації, що поряд із забезпеченням її надійної охорони повинно створити комплексну систему. Інформаційна безпека в контексті її правового оформлення ще далека від завершеності концептуального осмислення.

Інформаційні загрози можуть створювати проблеми інформаційній безпеці гуманітарного характеру. Вони, приміром, виникають у зв'язку з неконтрольним використанням персональних даних громадян, втручанням у приватне життя особи, тобто в разі крадіжки інформації, яка може використовуватися в корисливих або інших низинних цілях [7, с. 101]. Недотримання правил інформаційної безпеки може призводити до проблем загальнополітичного характеру. Це пов'язується з атаками на інформаційні системи важливих оборонних об'єктів, транспортних та промислових структур, кібервійнами та електронною розвідкою в інтересах окремих політичних груп, компрометацією державної таємниці та політиків, дезінформацією керівників значних установ та політичних організацій тощо. Нарешті, проблеми з інформаційною безпекою безпосередньо відображаються в економіці. Вони полягають у наслідках витоку, перекручування і втрати комерційної та фінансової інформації, крадіжок брендів і інтелектуальної власності, розкриття інформації про матеріальне становище громадян, промислового шпигунстві і поширенні матеріалів, що завдають шкоди репутації компаній. Необхідність захисту інформації полягає в тому, що, наприклад, у випадку блокування комп'ютерної інформації власник інформації тимчасово або постійно позбавляється можливості застосовувати зазначену інформацію і здійснювати з нею різні операції у своїх інтересах. Зокрема, власник комп'ютерної інформації не може вчасно оплатити рахунок у банку, здійснити вчасно замовлення на потрібну підприємству техніку і здійснити інші господарські операції [8, с. 90].

У залежності від виду і характеру можливих загроз інформації вони поділяються на активні та пасивні. Згідно з даною класифікацією відбувається і поділ заходів інформаційної безпеки як елементу правової охорони. За даною класифікацією пасивна загроза (ризик) спрямована на позаправове використання інформаційних ресурсів, але при цьому не має на меті порушення функціонування інформаційної системи. Такі прояви порушень інформаційної безпеки характерні, скажімо, у випадку несанкціонованого доступу до баз даних чи прослуховуванні каналів передачі даних. Чинне національне законодавство за подібні порушення передбачає різні заходи відповідальності зловмисника, як цивільного, так і адміністративного чи кримінального характеру, в залежності від характеру наслідків та тяжкості караного діяння.

До категорії пасивних ризиків порушення слід віднести і такі, що спрямовані, приміром, на недотримання права інтелектуальної власності з метою одержання інформації в обхід встановленого порядку та правил такого доступу. Скажімо, особа всупереч закону за відсутності ліцензійного договору про користування правами інтелектуальної власності використовує неліцензовану копію програмного забезпечення, аби отримати певну інформацію від її власника. У такий спосіб даний суб'єкт порушує не лише нормативні приписи, а й умови договору між власником інформаційного ресурсу та власником програми, яка забезпечує технічну можливість його отримання. На сьогодні вирішення даної проблеми на правозастосовному рівні переведено в площину спірних відносин між порушником та інтелектуальним власником.

При цьому, як правило, інтереси власника інформації залишаються поза увагою правозастосовного органу. Вважаємо, що з розвитком суспільних відносин, наданням їм європейських якісних ознак даному питанню має бути приділена додаткова увага. Пропонується в спеціальних законах про інформацію та право інтелектуальної власності передбачити можливість розподілу сум компенсаційних стягнень за подібні порушення між власниками інтелектуального права та інформаційного ресурсу. Питання механізму та порядку такого розподілу перебуває поза межами предмету даного дослідження і потребує додаткового з'ясування.

Більш значну загрозу інформаційній безпеці становлять активні ризики, направлені на порушення функціонування інформаційної системи шляхом вчинення атаки на її компоненти. То може в найпростішому варіанті проявлятися в пошкодженні працездатності певного гаджета шляхом пошкодження його програмного забезпечення або фізичному руйнуванні комп'ютера. Більш значний та показовий негативний вплив на носії інформації задля її знищення чи спотворення відбувається внаслідок вірусних атак, що часом має значні несприятливі результати. З урахуванням цього дуже важливим засобом превентивного захисту є антивірусні програми. У даному відношенні найбільш ефективними прийнято вважати багатовендерні варіанти, що передбачає застосування антивірусних механізмів від різних виробників і дозволяє збільшити вірогідність виявлення вірусу за рахунок того, що кожен файл чи повідомлення перевірятимуться різними ядрами.

Підсумовуючи проведене дослідження матеріально-правової природи поняття інформаційної безпеки та змісту існуючих потенційних загроз, маємо зазначити, що організація інформаційної безпеки вимагає системного підходу, який передбачає досягнення оптимального співвідношення між організаційними, технічними, правовими, програмними та фізичними заходами реагування. Інформаційні загрози поширені повсюди, вони будуть існувати, доки існує об'єкт посягання. Відтак головною метою правової науки та законодавця є напрацювання та втілення цілісної системи захисту інформації

та інформаційних ресурсів з урахуванням форм реалізації конкретних посягань. Для цього додатково необхідно провести аналіз таких посягань, зокрема їх чітких обрисів і просторово-часову прив'язку, що дозволяє встановити і зафіксувати відповідний факт впливу небезпечного явища на об'єкт. Також

має бути напрацьована практика створення засобів захисту інформації на будь-якому етапі циклу її обробки системою. У такий спосіб буде реалізоване завдання попередження та припинення небезпечного посягання, профілактика загроз та усунення або мінімізація шкідливих наслідків.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Кормич Б.А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України : дис. ... доктора юрид. наук. спец. 12.00.07. Одеса, 2004. 427 с.
2. Войціховський А.В. Питання інформаційної безпеки в Україні на сучасному етапі. *Право і безпека*. 2015. № 3(58). С. 15.
3. Малинин В.Б. Правовое регулирование информации. *Ленинградский юридический журнал*. 2015. № 3(41). С. 120–129.
4. Чернадчук Т. Забезпечення інформаційної безпеки як один з напрямів банківської діяльності. *Юридична Україна*. 2013. № 3. С. 45.
5. Олійник О.В. Стан забезпечення інформаційної безпеки в Україні. *Юридичний вісник*. 2014. № 2(31). С. 59–65.
6. Хмелевський Р.М. Дослідження оцінки загроз інформаційній безпеці об'єктів інформаційної діяльності. *Сучасний захист інформації*. 2016. № 4. С. 65.
7. Уголовное право России в вопросах и ответах [Текст]: учебное пособие / Г.Н. Борзенков [и др.]; ред. В.С. Комиссаров. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2008. 384 с.
8. Копылов В.А. Информационное право: учеб. пособие. М.: Юристъ, 2009. 532 с.

**Дмитренко В. В.,**  
*старший викладач кафедри інтелектуальної власності і права  
 Київського інституту інтелектуальної власності та права  
 Національного університету «Одеська юридична академія»,  
 здобувач*  
*Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності  
 Національної академії правових наук України*

## НОУ-ХАУ ЯК КОНФІДЕНЦІЙНА ІНФОРМАЦІЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

## KNOW-HOW AS CONFIDENTIAL INFORMATION IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY

У статті розглянуто специфіку ноу-хау як особливого об'єкта цивільних прав, який є одночасно різновидом інформації та результатом інтелектуальної, творчої діяльності. Обґрунтовано, що ноу-хау є саме конфіденційною інформацією у сфері інтелектуальної власності. Визначено особливості правової охорони ноу-хау.

**Ключові слова:** *ноу-хау, інформація, знання, інформація з обмеженим доступом, конфіденційна інформація, нерозкрита інформація, результат інтелектуальної діяльності, об'єкт права інтелектуальної власності.*

В статье рассмотрена специфика ноу-хау как особого объекта гражданских прав, который является одновременно разновидностью информации и результатом интеллектуальной деятельности. Обосновано, что ноу-хау является именно конфиденциальной информацией в сфере интеллектуальной собственности. Определены особенности правовой охраны ноу-хау.

**Ключевые слова:** *ноу-хау, информация, знания, информация с ограниченным доступом, конфиденциальная информация, нераскрытая информация, результат интеллектуальной деятельности, объект права интеллектуальной собственности.*

In the article it is considered the specifics of know-how as a special object of civil rights, which is simultaneously a kind of information and the result of intellectual, creative activity. It is substantiated that know-how is the most confidential information in the field of intellectual property. The features of legal protection of know-how are determined.

**Key words:** *know-how, information, knowledge, restricted information, confidential information, undisclosed information, results of intellectual activity, object of intellectual property rights.*

**Постановка проблеми.** В умовах інформаційного суспільства результати інтелектуальної, творчої діяльності набувають особливого значення. Творча діяльність є неодмінним атрибутом економічного розвитку будь-якої країни, однак без механізмів належної правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності неможливо заохотити творців до створення нових ефективних розробок. Особливої уваги заслуговує такий специфічний об'єкт цивільних прав, як ноу-хау, який через недостатню вивченість по-різному трактується законодавцями та дослідниками, що не дозволяє належним чином захистити авторів такого результату інтелектуальної, творчої діяльності.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Інформацію як об'єкт цивільних правовідносин розглянуто в працях багатьох представників юридичної науки, зокрема О.В. Кохановської, А.О. Кодинця, О.О. Кулініч, Є.В. Петрова. Питання співвідношення інформації й об'єктів права інтелектуальної власності досліджували О.В. Кохановська, А.О. Кодинець та інші. Проте у зв'язку з недослідженістю правової природи ноу-хау залишається нез'ясованим взаємозв'язок ноу-хау й інформації.

Нині, незважаючи на низку визначень поняття «ноу-хау» в чинних нормативно-правових актах України, має місце не визначеність правового режиму ноу-хау у зв'язку з тим, що позиції законодавця

є різними. Різною є також правова доктрина. Вважаємо ноу-хау особливим об'єктом цивільних прав, який є одночасно інформацією та результатом інтелектуальної, творчої діяльності.

Мета статті – з'ясувати, чи можна вважати ноу-хау одночасно різновидом інформації й об'єктом права інтелектуальної власності.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Ноу-хау – результат інтелектуальної, творчої діяльності, доступ до якого обмежено особою. Ноу-хау являє собою нематеріальний об'єкт, який має реальну або потенційну цінність. Виключні права на ноу-хау належать особі, яка є автором результату інтелектуальної, творчої діяльності, віднесеного до ноу-хау. Права на ноу-хау можуть передаватися відповідно до договору або закону. Принциповою відмінністю ноу-хау (як і комерційної таємниці) від інших об'єктів права інтелектуальної власності є нерозголошення відомостей про його суть, тобто збереження його в конфіденційності. Дослівно в перекладі з англійської «know-how» означає «знати як», тобто вміння, секрет виготовлення. Виникає запитання, чи можна вважати ноу-хау інформацією. Досліджуючи поняття «знання» й «інформація», В.О. Копилов указав, що інформація й знання не тотожні, а принципово різні поняття, які мають зовсім різну природу, призначення, технологію буття, предметну проблематику [1, с. 62]. Однак, на думку автора, є сутнісний взаємозв'язок між



знаннями й інформацією. Цікавою, на наш погляд, є позиція автора, що поняття «знання» й «інформація» не взаємовиключають одне одного, інформації без знання не може бути в принципі, у той час як знання без інформації цілком може існувати. Інформація є формою буття знання, а знання – це зміст інформації [1, с. 66]. Поділяємо погляди В.О. Копилова, що знання має інтелектуальну природу та є продуктом пізнання [1, с. 67]. Вважаємо, що знання є невіддільними від людини, і під час утілення в матеріальну форму стають інформацією для інших. Сприймає людина саме інформацію, яка в процесі засвоєння трансформується в знання. Передаються знання також у вигляді інформації. На наш погляд, ноу-хау як результат інтелектуальної, творчої діяльності в певній галузі науки є знанням доти, доки він невіддільний від людини, але як тільки людина передає ноу-хау або втілює свій результат у матеріальну форму, він сприймається як інформація.

Саме поняття «інформація» є багатограним, воно використовується в повсякденному житті і є об'єктом вивчення в багатьох науках. Крім того, якщо брати до уваги лише юридичну науку, то інформація є об'єктом дослідження в багатьох галузях права. Відповідно до великого тлумачного словника сучасної української мови за редакцією В.Т. Бусела, інформація – це: 1) те саме, що інформування; 2) відомості про які-небудь події, чийсь діяльність, повідомлення про щось; 3) коротка стаття, допис у газеті, що містить фактичні дані; 4) відомості в будь-якій формі та вигляді, на будь-яких носіях (листування, книги, помітки, ілюстрації (картки, діаграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відеофільми, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб і будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості [2, с. 504]. З філософського погляду В.О. Копилов указує, що інформація – неживе, певним чином закодоване для зберігання та транспортування знання [1, с. 66]. Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. (далі – ЦК України) інформація, як і результати інтелектуальної, творчої діяльності, є об'єктом цивільних прав, а в главі 15 ЦК України описані нематеріальні блага, серед яких зазначено інформацію та результати інтелектуальної, творчої діяльності [3]. Відповідно до ст. 200 ЦК України, ст. 1 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р., інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [3; 4]. У Законі України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. під інформацією визначені відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб і будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості [5].

У чинних нормативно-правових актах України визначення ноу-хау є різними, але в переважній більшості ноу-хау описане як інформація, трапляється також визначення ноу-хау як знань, навиків і досвіду. Наприклад, у Податковому кодексі України від 02.12.2010 р. ноу-хау визначено як інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду [6], у Законі України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 р. під ноу-хау розуміють технічну, організаційну чи комерційну інформацію, яка отримана завдяки досвіду та випробуванням технології та її складників, що не є загальновідомою чи легкодоступною на день укладення договору про трансфер технологій; є істотною, тобто важливою та корисною для виробництва продукції, технологічного процесу та/або надання послуг; є визначеною, тобто описаною достатньо вичерпно, щоб можна було перевірити її відповідність критеріям незагальновідомості й істотності [7]. У Законі України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. ноу-хау описано як сукупність технічних, технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків і виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих [8].

Як зазначають автори науково-практичного коментаря до Цивільного кодексу України за редакцією О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця, інформація як об'єкт цивільних прав характеризується такими ознаками: вона є нематеріальним благом, хоча й закріплюється на матеріальних об'єктах; є неспоживчим благом, яке піддається лише моральному, а не фізичному старінню; характеризується можливістю її тиражування та розповсюдження. Вважаємо, що на ноу-хау також можна поширити ці ознаки. Автори зауважують, що законом не закріплено виключного права на володіння та використання інформації, крім інформації, яка одночасно є об'єктом інтелектуальної власності (наприклад, комерційна таємниця) [9, с. 336]. Таким чином, автори цього коментаря допускають можливість існування інформації, яка також є об'єктом інтелектуальної власності. Найбільш слушними особливостями та властивостями інформації, за дослідженнями О.В. Кохановської, є її фізична невідчужуваність, відокремленість, екземплярність, властивість інформаційного об'єкта, ознака тиражування (розповсюдженості) і організаційна форма [10, с. 187–189]. Аналіз позиції О.В. Кохановської дозволяє нам вважати, що ці особливості та властивості інформації притаманні також ноу-хау. У науково-практичному коментарі до Цивільного кодексу України за загальною редакцією Є.О. Харитонова та Н.Ю. Голубевої вказано, що цивільно-правовому регулюванню підлягає інформація, яка наділена дійсною чи потенційною комерційною цінністю та невідома третім особам у разі відсутності вільного доступу до неї на законних підставах. Указано, що власник має вживати всі необхідні заходи для збереження її конфіденційності [11, с. 207]. Так, у ст. 39 Угоди про

торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. (далі – Угода TRIPS) наведено критерії правової охорони нерозголошеної інформації: секретність (незагальновідомість), комерційна цінність і належне збереження її в секреті [12]. Цікаво, що в ст. 505 ЦК України наведені ці самі положення щодо комерційної таємниці. Вважаємо, що положення ст. 505 ЦК України (про комерційну таємницю), ст. 39 Угоди TRIPS (про нерозголошення інформацію) є тотожними цивільно-правовому визначенню інформації, наведеному в науково-практичному коментарі до Цивільного кодексу України за загальною редакцією Є.О. Харитонова та Н.Ю. Голубевої. І хоча ми заперечуємо тотожність ноу-хау й комерційної таємниці, але саме ці критерії правової охорони є спільними для інформації, що є об'єктом цивільно-правового регулювання, нерозголошеної інформації, комерційної таємниці та ноу-хау. Таким чином, із цього аналізу очевидно, що ноу-хау є інформацією.

У ст. 10 Закону України «Про інформацію» визначені види інформації за змістом. Із наведеного переліку найбільш близькою до ноу-хау є науково-технічна інформація. Під науково-технічною інформацією в ч. 1 ст. 15 цього Закону та ст. 1 Закону України «Про науково-технічну інформацію» від 25.05.1993 р. розуміють будь-які відомості про вітчизняні та зарубіжні досягнення науки, техніки й виробництва, одержані в ході науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної, виробничої та громадської діяльності, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. У ч. 4 ст. 2 Закону України «Про науково-технічну інформацію» зазначено, що науково-технічна інформація, що є продуктом інтелектуальної творчої праці, становить об'єкт права інтелектуальної власності, а відносини щодо її придбання, зберігання, перероблення, використання й поширення регулюються чинним законодавством; у ч. 2 ст. 5 цього ж Закону передбачено, що науково-технічна інформація за режимом доступу може бути як відкритою, так і з обмеженим доступом [13]. Однак ми не можемо віднести ноу-хау до такого виду інформації, оскільки вважаємо, що це значно звужує справжню правову сутність ноу-хау. Вважаємо, що серед ноу-хау може бути науково-технічна інформація, але тільки нею ноу-хау не обмежується. Наведений у ст. 10 Закону України «Про інформацію» перелік видів інформації за змістом не є вичерпним, тому вважаємо, що ноу-хау варто виділити як окремий вид інформації. За порядком доступу виділяють відкриту інформацію й інформацію з обмеженим доступом (ст. 20 Закону України «Про інформацію»). Оскільки умовою охорони ноу-хау є обмеження доступу до цього виду інформації, зрозуміло, що ноу-хау не є відкритою інформацією. Інформація з обмеженим доступом поділяється на конфіденційну, таємну та службову інформацію (ч. 1 ст. 21 Закону України «Про інформацію»). Також відповідно до ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію» конфіденційною є інформація, доступ до якої

обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень, і така інформація може поширюватися за бажанням чи згодою відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених умов та в інших випадках, визначених законом. У цьому Законі не визначено понять «таємна інформація», «службова інформація», однак указано, що порядок віднесення інформації до таємної чи службової та порядок доступу до неї регулюється законами. У Законі України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. [14] також визначено поняття «конфіденційна інформація» й уточнено, що розпорядники інформації, які володіють конфіденційною інформацією, мають право її поширювати лише за згодою осіб, які обмежили доступ до інформації, а за відсутності дозволу – тільки в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. У ст. 8 цього Закону визначено поняття «таємна інформація» як інформація, яка містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу інформацію, доступ до якої обмежується й розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству й державі. Поняття «службова інформація» в Законі України «Про доступ до публічної інформації» не визначене, але в ст. 9 цього Закону вказано, що до неї може належати інформація, що міститься в документах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрішньовідомчу службу кореспонденцію, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробленням напряму діяльності установи чи здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та прийняттю рішень або інформація зібрана в процесі оборони країни, оперативно-розшукової діяльності, контрольно-розвідувальної діяльності, яку не віднесено до державної таємниці.

Таким чином, зрозуміло, що ноу-хау не належить до таємної та службової інформації, а зберігається саме як конфіденційна інформація.

Відповідно до інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію» від 28.03.2007 р. № 01-8/184, ноу-хау належить до кола конфіденційної інформації у сфері господарської (підприємницької) діяльності [15].

У коментарі до Цивільного кодексу України за редакцією Є.О. Харитонова та Н.Ю. Голубевої вказано, що громадяни, юридичні особи, які володіють інформацією професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного й іншого характеру, одержаною за власні кошти, або яка є предметом їх професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного й іншого інтересу й не порушує передбаченої законом таємниці, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, і встановлюють систему захисту. Крім того, у коментарі зауважено, що правила ст. 200 ЦК України (в якій йдеться про цивільно-

правове регулювання інформації) поширюються на захист організаційної, технічної та комерційної інформації, яка включає секрети виробництва («ноу-хау») як особливого об'єкта цивільного права [11, с. 207]. Єдине, з чим погодитись не можемо, – це отожднення ноу-хау та секретів виробництва, оскільки вважаємо ноу-хау більш широким поняттям, одним зі складників якого є секрети виробництва. У коментарі вказано, що інформація повинна бути комерційно цінною, тобто виступати об'єктом ринкового обороту, а умовою надання захисту є дотримання правокористувачем усіх необхідних заходів для забезпечення її конфіденційності. У коментарі також уточнено, що під час дотримання цих вимог під правила статті підпадають будь-які знання, а також практичний досвід спеціалістів, які використовуються не тільки на виробництві, а й у торгівлі, менеджменті, маркетингу й інших управлінських послугах [11, с. 207]. Указано, що інформація, яка охороняється, може бути використана іншими особами за умови дотримання умов (отримання інформації законним шляхом і отримання дозволу на таке використання, що оформляється ліцензійним договором). Права на комерційну інформацію входять до комплексу виключних прав, які складають предмет договору комерційної концесії. Крім того, уточнено, що елементи ліцензійного договору можуть бути включені в інші цивільно-правові договори – договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт, підряду, на створення акціонерного товариства; і в усіх договорах, які передбачають передачу на використання відомостей, що складають комерційну таємницю, на користувача має бути покладений обов'язок дотримувати конфіденційності [11, с. 208].

Отже, ноу-хау є результатом інтелектуальної, творчої діяльності, який охороняється саме як конфіденційна інформація. Однак, на нашу думку, специфічність ноу-хау полягає в тому, що воно є не лише конфіденційною інформацією, але також і об'єктом права інтелектуальної власності. Свою позицію пояснюємо тим, що, по-перше, ноу-хау є результатом творчої, інтелектуальної діяльності людини, а відповідно до ч. 1 ст. 418 ЦК України право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений ЦК України й іншим законом; по-друге, ноу-хау, як і всі об'єкти права інтелектуальної власності, має ідеальну (нематеріальну) природу; по-третє, на ноу-хау, як і на об'єкти права інтелектуальної власності, поширюється теорія виключних прав; по-четверте, ноу-хау, як і інші об'єкти права інтелектуальної власності, має реальну або потенційну цінність; по-п'яте, на ноу-хау, як і на будь-який об'єкт права інтелектуальної власності, є критерії правової охорони. Не кожен результат інтелектуальної діяльності може вважатися об'єктом права інтелектуальної власності, а лише той, який є творчим і підпадає під критерії правової охорони. Відомо, що кожному об'єктові права інтелектуальної власності притаманні свої

критерії правової охорони. Не є виключенням і ноу-хау. Для того, щоб результат інтелектуальної, творчої діяльності можна було віднести до ноу-хау, він має відповідати таким критеріям: мати конфіденційний характер, реальну або потенційну цінність і обмежений доступ, що забезпечує його належне збереження в конфіденційності.

Натомість ноу-хау має низку ознак, які відрізняють його від інших об'єктів права інтелектуальної власності (за виключенням комерційної таємниці): відсутність державної реєстрації, відсутність строку чинності майнових прав, конфіденційний характер. Ноу-хау не підлягає державній реєстрації у зв'язку з тим, що основну суть його складає конфіденційна інформація. Відсутність державної реєстрації зумовлює відсутність строку охорони майнових прав на ноу-хау. Строк чинності майнових прав на ноу-хау діє доти, доки автор ноу-хау вживає належних заходів щодо збереження його в конфіденційності.

Як зазначає О.В. Стовпець, основними об'єктами інтелектуальної власності є знання, інформація та матеріальні результати всіх видів творчості. Автор указує, що в процесі розвитку суспільства в технологічному та гуманітарному аспектах ці об'єкти набувають різноманітних організаційно-правових форм, які зводяться до окремих універсальних категорій, а в нормативно-правових актах закріплена юридична термінологія окремих видів об'єктів інтелектуальної власності [16, с. 145].

Питання співвідношення інформації об'єктів права інтелектуальної власності досліджував А.О. Кодинець. Зокрема, із цього приводу автором виділено три погляди, які й сьогодні є в правовій науці:

- 1) об'єктом права інтелектуальної власності є будь-яка інформація;
- 2) інформація та результати інтелектуальної творчості є окремими об'єктами цивільних прав;
- 3) об'єкти права інтелектуальної власності є різновидом інформації, а творчої діяльності – різновидом інформаційного процесу [17, с. 16–17].

Ми поділяємо позицію, що об'єкти права інтелектуальної власності є різновидом інформації, і погоджуємося з автором, що не кожна інформація є об'єктом права інтелектуальної власності, а лише та, яка відповідає критеріям правової охорони.

Ноу-хау може існувати окремо як цілісний результат інтелектуальної, творчої діяльності і як складова частина винаходу, корисної моделі, раціоналізаторської пропозиції, компонування інтегральної мікросхеми, яка не розголошується. Особливістю правової охорони ноу-хау є збереження його в конфіденційності. Під час створення технічного рішення, яке відповідає критеріям правової охорони як винахід чи корисна модель, винахідник приймає рішення: або розкрити суть технічного результату й отримати охоронний документ – патент, який матиме обмежений строк чинності (20 років для винаходів і 10 років для корисних моделей від дати подання заявки) із наступним переходом прав на ці об'єкти в суспільне надбання, що дозволить винахіднику реалізувати лише своє особисте немайнове право на цей результат,



однак більше не сприятиме отриманню прибутків, або винахідник може не подавати свій творчий результат на реєстрацію, а залишити інформацію як конфіденційну, тобто як ноу-хау, строк охорони якого буде тривати стільки часу, наскільки довго його автор зможе зберегти його в конфіденційності. Аналогічно, якщо йдеться про службовий об'єкт, рішення про збереження результату як конфіденційної інформації приймає роботодавець. Зокрема, в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи й корисні моделі» від 15.12.1993 р., ч. 2 ст. 7 Закону України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р. описано право роботодавця щодо службового винаходу чи корисної моделі чи топографії інтегральної мікросхеми прийняти рішення щодо збереження об'єкта як конфіденційної інформації замість подачі заявки на реєстрацію результату інтелектуальної діяльності [18; 19]. Трапляються випадки, коли винахідник, описуючи формулу винаходу чи корисної моделі, навмисне розкриває її частково, залишаючи конфіденційним особливо цінний результат. Винахідник отримує патент, але жодна особа вже не зможе в повному обсязі відтворити результат через брак

повної інформації. Буває, що технічне рішення є недостатньо охороноспроможним для отримання патенту на винахід чи корисну модель, тому його автор приймає рішення залишити свій результат як ноу-хау. Говорити про переваги та недоліки таких способів охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності некоректно, оскільки все залежить від мети винахідника, вагомості технічного рішення та його охороноспроможності.

**Висновки.** Таким чином, на підставі проведеного аналізу вважаємо ноу-хау особливим об'єктом цивільних прав, оскільки такий результат інтелектуальної, творчої діяльності являє собою не лише об'єкт права інтелектуальної власності, але належить також до конфіденційної інформації, що надає її автору перевагу над конкурентами. На наш погляд, усі результати інтелектуальної, творчої діяльності можна віднести до інформації. Тому ноу-хау й інші об'єкти права інтелектуальної власності є інформацією. Однак не кожна інформація може бути об'єктом права інтелектуальної власності, а тільки та, яка відповідає певним критеріям правової охорони. Вважаємо це питання складним і актуальним, тому воно потребує подальшого вивчення, аналізу й узагальнення.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Копилов В.О. Інформація і знання – тотожність або відмінність (спроба експлікації кореспондування понять) / Гуманітарний часопис. 2011. № 2. С. 62–70.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. №435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. С. 356.
4. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.
5. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 р. № 2210-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.
6. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13, № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.
7. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України від 14.09.2006 р. №143-V. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 45. Ст. 434.
8. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-XII. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 47. Ст. 646.
9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / за відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. 1. 832 с.
10. Кохановська О.В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія. К: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 463 с.
11. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. Е.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої. Х.: ТОВ «Одісей», 2009. 1208 с.
12. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_018).
13. Про науково-технічну інформацію: Закон України від 25.06.1993 р. № 3322-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 33. Ст. 345.
14. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 32. Ст. 314.
15. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 28.03.2007 р. №01-8/184. Вісник господарського судочинства. 2007. № 3. С. 46.
16. Стовпець О.В. Соціально-філософські аспекти розвитку сучасної концепції інтелектуальної власності: українські та світові реалії. Актуальні проблеми філософії та соціології. 2016. Вип. 10. С.145–149.
17. Кодинець А.О. Інтелектуальна власність та інформаційні відносини: теоретичні засади правового регулювання. Підприємство, господарство і право. 2016. № 8. С. 16–20.
18. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 7. Ст. 32.
19. Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України від 05.11.1997 р. № 621/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 8. Ст. 28.



Колесников Б. М.,  
аспірант  
Київського університету права  
Національної академії наук України

## ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СТЯГНЕННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В УКРАЇНІ

### THE PROBLEM ASPECTS OF COMPENSATING INTANGIBLE DAMAGES IN UKRAINE

Стаття присвячена дослідженню складнощів і перепон, які виникають під час звернення до суду за відшкодуванням моральної шкоди. Проаналізовано практичні ситуації, законодавство.

**Ключові слова:** моральна шкода, збиток, моральна компенсація, незаконність рішень, незаконність.

Статья посвящена исследованию сложностей и преград, которые возникают при обращении в суд за возмещением морального ущерба. Проанализированы практические ситуации, законодательство.

**Ключевые слова:** моральный ущерб, ущерб, моральная компенсация, незаконность решений, незаконность.

The article concerns issues that take place, when a person try to claim intangible damages. Here were analyzed some practical situations and national legislation of Ukraine in the matter of the issue.

**Key words:** intangible damage, intangible, damage, unlawful solutions.

**Постановка проблеми.** Україна дуже цілеспрямовано направляє шлях розвитку до європейських стандартів, чому підтвердженням є законодавство, що постійно змінюється, програми розвитку законодавства, систематичні зміни в органах державної влади.

Проте, не зважаючи на такий розвиток, на постійне впровадження нових норм, задля покращення життя українців законодавець, тим не менш, окремим проблемам увагу не приділяє, і, власне, як не приділяв його до курсу на євроінтеграцію, так не приділяє і зараз.

Однією з таких окремих проблем, які законодавець залишив поза своєю увагою, є проблема моральної шкоди, яка в Україні, незважаючи на достатню кількість кваліфікованих суддів, стягується далеко не у всіх випадках, а якщо і стягується, то в надзвичайно малих розмірах, і виникає думка про відсутність чіткого врегулювання законодавством цього питання.

**Стан дослідження.** Проблематиці компенсації моральної шкоди приділяли увагу такі вчені діячі, як: В.Д. Примак, С.В. Селезень, С.І. Клім, І.М. Забара, Н.Л. Полішко та інші.

**Постановка завдання.** Виокремити сучасні загальні проблеми відшкодування моральної шкоди, які виникають в особи під час звернення до суду, та запропонувати подальші дії з покращення існуючої ситуації в зазначеному контексті.

**Виклад основного тексту.** Перш за все, слід виокремити поняття моральної шкоди, оскільки це є необхідним для подальших висновків.

Згідно із приписами статті 23 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), моральна шкода полягає: у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; у душевних стражданнях,

яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна; у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи; моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування; моральна шкода відшкодовується одноразово, якщо інше не встановлено договором або законом [1] ЦК України.

Відповідно до статті 611 ЦК України, у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: відшкодування збитків та моральної шкоди [1].

З вищенаведеного можна дійти висновку, що моральна шкода може виражатися в незчисленній кількості форм, оскільки стаття 23 ЦК України не дає чіткого формулювання, а також висновку, що стаття 611 ЦК України фактично вказує на можливість стягнення моральної шкоди в будь-якому випадку відшкодування збитків за порушення прав, оскільки в зазначеній статті законодавець встановлює відшкодування збитків та моральної шкоди, тобто словосполучення не «та/або», а саме «та».

Проте на практиці все зовсім не так просто, як здається. Так, деякі судді роблять прив'язку моральної шкоди або виключно до спеціального закону, який передбачає можливість стягнення моральної шкоди за те чи інше правопорушення, або виключно до умов договору, яким начебто має передбачатися в обов'язковому порядку можливість відшкодування моральної шкоди. Тобто вже судження суддів є помилковим, оскільки питання, що не регулюються укладеним між сторонами договором, за загальним правилом регулюються чинним законом, і, в свою чергу, можна зробити висновок, що якщо стягнення моральної шкоди не передбачено умовами договору, то врегульовуватися це питання буде за допомогою закону. Але зараз в Україні не так вже й багато спеціальних

законів, що передбачають таку можливість, а отже, фактично законодавець відсилає нас до положень ЦК України, якщо такими спеціальними законами не врегульовується проблема моральної шкоди.

Чинником даної проблематики є і те, що наразі в Україні відсутня чітка практика стосовно задоволення вимог, пов'язаних з моральною шкодою. Так, наприклад, в Справі «Скройбіж проти Товариства з обмеженою відповідальністю «Прайм-Девелопмент» [2] суд першої інстанції відмовився задовольняти вимогу про відшкодування моральної шкоди, зазначивши при цьому: «Що стосується позовних вимог про стягнення коштів у відшкодування моральної шкоди, то суд дійшов висновку про відмову в їх задоволенні, оскільки умовами договору завдатку не передбачено її відшкодування в разі порушення чи невиконання умов договору завдатку», тобто якщо дана можливість не передбачена відповідним договором, то і стягнути не є можливим. На дане рішення була подана апеляційна скарга, на тій підставі, що:

– ст. 23 ЦК України встановлює право особи на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав.

Дана стаття не ставить можливість стягнути моральну шкоду в залежності від передбачуваності її в договорі.

– ст. 611 ЦК України передбачає, що в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом.

Тобто в разі посилення на моральну шкоду не є обов'язковим їх передбачення в договорі, якщо відповідне право надає закон. І в даному випадку суд дійшов помилкового висновку про відмову в її стягненні, оскільки таке право не передбачено договором, проте воно є передбаченим законом.

– постанова Верховного Суду України (далі – ВС України) по справі 6-111цс13, в якій суд зробив наступну правову позицію «<...>Правові наслідки порушення зобов'язання настають тільки у випадках, коли це передбачено законом або договором. Покладення на сторону договору відповідальності за невиконання зобов'язання, яка не встановлена цим договором або законом, є порушенням ст. 611 ЦК України» [3].

Тобто відповідальність має бути передбачена або договором, або законом, а отже, якщо вона не передбачена договором, проте передбачена законом, то особа має право її застосовувати.

– ст. 1167 ЦК України, яка встановлює, що моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини, крім випадків, встановлених частиною другою цієї статті [1].

Тобто з вищенаведеного можна дійти висновку, що відшкодування моральної шкоди є можливим, якщо така можливість передбачена в законодавстві, навіть якщо вона не передбачена договором.

Проте Апеляційний суд міста Києва притримувався того ж висновку, що його зробив суд першої інстанції, а саме – відмови у стягненні моральної

шкоди [2]. І прикладів таких справ можна привести ще багато (№ 761/1630/15-ц – за позовом Зубчевської С.В. до ТОВ «Віа авто» – в рішенні судів першої та апеляційної інстанції відмовлено відшкодування моральної шкоди на підставі того, що це не передбачено ні законодавством, ні договором [4]; № 539/2778/15-ц – також інстанції відмовили на підставі того, що не було такої умови в договорі [5]; № 0610/2-2039/11 – також відмовлено на тій підставі, що відшкодування моральної шкоди не передбачено договором [6]). Зважаючи на формулювання рішень деяких судів, можна дійти висновку, що в певних справах законом все ж було передбачено відшкодування моральної шкоди, проте не договором.

Але наразі в реєстрі відносно невелика кількість справ, де була відсутня саме відповідна умова у відповідному договорі, причому значно більша, де робиться прив'язка саме до закону, проте знову ж таки суди відмовляють у стягненні моральної шкоди через недоведеність її завдання. Але навіть тоді в нормах вказувати на прив'язку до закону, якщо фактично саме від сприйняття судів, які буквально слідує Постанові Пленуму Верховного суду України «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [7], в якій зазначено, що суду необхідно в кожній справі з'ясувати характер правовідносин сторін і встановлювати, якими правовими нормами вони регулюються, чи допускає відповідне законодавство відшкодування моральної шкоди при даному виді правовідносин, коли набрав чинності законодавчий акт, що визначає умови і порядок відшкодування моральної шкоди в цих випадках, та коли були вчинені дії, якими заподіяно цю шкоду, залежить чи присудять особі моральні відшкодування?

Тобто тут встановлюється, що з кожного виду правовідносин має бути спеціальна норма у відповідному нормативно-правовому акті, яка передбачає можливість відшкодування моральної шкоди.

І тут особливо доречною видається справа «Новоселецький проти України» від 22.02.2005 року [8], в якому Європейський Суд з Прав Людини (далі – ЄСПЛ) «висловив особливе здивування» відхиленням позову національним судом про відшкодування моральної шкоди з посиланням на те, що «відшкодування моральної шкоди в житлово-правових спорах законом не передбачено». **Фактично даним рішенням ЄСПЛ вказав, що непередбачуваність законом відшкодування моральної шкоди не є причиною для відмови в її стягненні** (особливо зважаючи на той факт, що ніяких конкретних коментарів, окрім як непередбачуваності законодавством, уряд України в цій справі не надав), але й більш того, є твердженням незаконності такої відмови, не кажучи вже про непередбачуваність подібного в договорі. Дане рішення є прикладом, який має юридичну силу для України та, відповідно, для українських судів, з огляду на Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», а саме – статтю 17, яка передбачає, що Конвенція «Про захист прав

людини та основоположних свобод» та практика ЄСПЛ є джерелом права в Україні [9].

Також видається незрозумілим, як моральну шкоду, підстави її стягнення, розміри взагалі можна передбачити договором, (не передбачаємо ж ми стягнення коштів на підставі ч. 2 ст. 625 ЦК України, і тоді незрозумілим є те, чому суди задовольняють стягнення на підставі цієї статті, оскільки даний вид відповідальності (інфляційні втрати та 3% річних) рідко коли передбачається, якщо передбачається взагалі в договорах, проте суди такі вимоги задовольняють, і тому прикладом є тисячі або ж десятки тисяч справ) а отже, виникає питання: що ж все ж таки є неправомірним – рішення, якими відмовляють у стягненні моральної шкоди (з підстави непередбачуваності законодавством, непередбачуваності договором) чи рішення, якими задоволено стягнення на підставі ч. 2 ст. 625 ЦК України? На нашу думку, відповідь очевидна.

Проте зазначене не стосується окремих договорів, які, власне, й укладаються з метою уникнення судової тяганини в разі стягнення моральних відшкодувань, тобто які укладаються задля морального відшкодування в погоджених сторонами розмірах.

З наведеного можна дійти висновку, що судді й самі однозначно не розуміють, яким чином їм ставитись до вимог про відшкодування моральної шкоди. Гарним прикладом слугує Постанова ВС України № 6-210цс17 [10], оскільки вона повністю ґрунтується на вимозі про стягнення моральної шкоди. У даній справі особа вимагала відшкодування моральної шкоди, незважаючи на те, що між позивачем та відповідачем вже були відносини з приводу моральної шкоди, які засвідчувалися письмовим правочином та були виконані відповідачем у повному обсязі. А наскільки ми пам'ятаємо, за статтею 23 ЦК України моральна шкода стягується одноразово. Цікавим в даному випадку є те, що суд першої інстанції на цю обставину увагу звернув та відмовив у позовній вимозі, проте суди апеляційної та касаційної інстанції вирішили позовну вимогу під час перегляду задовольнити, водночас у відповідних рішеннях суди не зазначали про існуючий між сторонами спору договір, яким моральну шкоду вже було сплачено. Відповідно, ВС України залишив у силі

рішення суду першої інстанції. Здавалося, що це – нескладна справа, але, тим не менш, судді вищих інстанцій неправильно застосували закон.

Також прикладом можуть слугувати обставини справи, описані в Постанові ВС України № 6-104цс16 [11], яка є цікавою тим, що вищі суди мало того, що значно зменшили розмір стягненої моральної шкоди, постановленої судом першої інстанції, так ще й застосували сучасне законодавство до відносин, яке регулюється більш ранніми законами.

Тобто, виходячи з вищенаведеного, можна зробити наступні висновки: 1) вкрай необхідним є витлумачення положень закону, які стосуються можливості стягнення моральної шкоди в контексті того, в яких випадках вони застосовуються (в зв'язку з тим, що ст. 23 та ст. 1167 ЦК України є досить широкими та абстрактними в цьому плані і фактично дозволяють за будь-яке порушення прав її стягнення) або ж навпаки – не застосовуються, що конкретно має доводитись і яким чином (в зв'язку з тим, що наразі склалась така ситуація, що навіть якщо особа надасть усі документи та докази завдання їй моральної шкоди, суд може відмовити за недоведеністю або присудити малу суму відшкодування, і водночас задовольнити, виходячи зі слів особи), визначити найбільш загальний перелік документів, на які має спиратися суд під час вирішення питання стосовно доведеності завдання моральної шкоди та визначення її розмірів (стосовно розміру – у згаданій Постанові Пленуму ВС України є окремий пункт щодо визначення її розміру, проте це не заважає суддям значно зменшувати її розмір у випадку задоволення, але підстав для такого зменшення суд, як правило, не вказує), оскільки позиція багатьох судів зводиться до того, що особа кожного разу має доводити своє право на стягнення моральних відшкодувань, тобто фактично доводити наявність у неї передбачуваного законом права;

2) про незаконність Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» в пп. 3 п. 2, який стосується випадків розгляду спорів, пов'язаних з моральною шкодою, зважаючи на позицію Європейського Суду з Прав Людини в цьому контексті.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України в редакції від 19.07.2017 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print>
2. Рішення судів по справі «Скройбіж проти ТОВ «Прайм-Девелопмент» №757/6864/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>
3. Постанова Верховного Суду України № 6-111цс13 від 06 листопада 2013 року. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/017E33C8ED278B1FC2257C92003A6DE5](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/017E33C8ED278B1FC2257C92003A6DE5)
4. Рішення судів по справі «Зубчевська про ТОВ «Віа-авто» №761/1630/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>
5. Рішення судів по справі № 539/2778/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>
6. Рішення суду по справі «Конотоп проти Лісовського та Лісовського» №0610/2-2039/11. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>
7. Постанова Пленуму Верховного суду України «Про судову практику у справах про відшкодування моральної(немайнової) шкоди» в редакції від 27.02.2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>
8. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Новоселецький проти України» від 22.02.2005 року. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_238](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_238)
9. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» в редакції від 02.12.2012 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
10. Постанова Верховного Суду України №6-210цс17 від 22 березня 2017 року. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/2E51A5F339BB9784C2258115004CF99F](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/2E51A5F339BB9784C2258115004CF99F)
11. Постанова Верховного Суду України №6-104цс17 від 14 червня 2017 року. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/CEE6230970E71E7CC2258147004EAD2C](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/CEE6230970E71E7CC2258147004EAD2C)



**Коршакова О. М.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри правового регулювання економіки  
Харківського національного університету імені Семена Кузнеця

## ПРОБЛЕМАТИКА ОХОРОНИ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ

### PROBLEMS OF PROTECTION OF PHOTOGRAPHIC CREATIVES

Розглянуто проблемні питання, що виникають у процесі використання фотографічних творів як об'єкта авторського права. Особливу увагу приділено визначенню критерію творчості як невід'ємної ознаки фотографії. Досліджено використання фотографій без згоди автора. Запропоновано шляхи вдосконалення механізму регулювання фотографій в Україні на прикладі інших держав.

**Ключові слова:** міжнародне право, фотографія, творчість, інтелектуальна власність, Бернська конвенція.

Рассмотрены проблемные вопросы, возникающие в процессе использования фотографических произведений как объекта авторского права. Особое внимание уделено определению критерия творчества как неотъемлемого признака фотографии. Исследовано использование фотографий без согласия автора. Предложены пути совершенствования механизма регулирования фотографий в Украине на примере других стран.

**Ключевые слова:** международное право, фотография, творчество, интеллектуальная собственность, Бернская конвенция.

The problematic issues that arise in the process of using photographic works as an object of copyright law are considered. Particular attention is paid to determining the criterion of creativity as an integral feature of photography. The use of photographs without the consent of the author are explored. The ways of improving the mechanism of regulation of photographs in Ukraine on the example of other states are offered.

**Key words:** international law, photography, creativity, intellectual property.

Перелік творів, що охороняються авторським правом, характеризується мінливістю та розширенням відповідно до потреб сьогодення. Найбільш поширеною є Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів – міжнародний договір, який регулює зобов'язання держав щодо захисту на своїй території авторських прав іноземних громадян. Конвенція про охорону літературних і художніх творів була прийнята в 1886 році в швейцарському місті Берн, отримавши за місцем ухвалення більш поширену і коротку назву – Бернська конвенція. Перелік об'єктів, що охороняються Бернською конвенцією, є відкритим. Так, відповідно до положень статті 2 (1) охорона повинна поширюватися на всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, незалежно від способу і форми, в яких вони отримали вираз.

Актуальність даного дослідження визначена недостатньо проаналізованою динамікою розвитку норм про охорону та використання об'єктів авторських прав на фотографії в українському законодавстві та, загалом, у міжнародному праві.

#### Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Окремі аспекти авторського права та фотографічних творів стали предметом дослідження таких вітчизняних науковців, як: С. Сліпченко, Ю.М. Капіца, Г.О. Андрощук, Р.В. Дроб'язко, Л.Т. Комзюк, О.П. Орлюк та інші. Але більшість питань, пов'язаних із використанням фотографічних творів та їх охороною, залишається недослідженими та потребує більш детального врегулювання.

Метою статті є визначення основних положень міжнародного регулювання охорони фотографій як об'єкта авторських прав.

**Виклад основного матеріалу.** Доволі тривалий час фотографія не визначалась як об'єкт, що підлягає охороні авторським правом. Це пояснювалося сприйняттям фотографії як механічного копіювання за допомогою спеціальних речовин, позбавленого творчого характеру. Лише на початку ХХ століття в національних системах почала формуватися думка про необхідність закріплення міжнародної охорони на фотографічні твори. Бернська конвенція закріпила фотографію в якості об'єкта міжнародної охорони авторським правом лише у третій редакції у 1908 році. Але, не зважаючи на те, що фотографію віднесено до кола об'єктів авторського права, термін охорони на неї передбачено мінімальний. Так, якщо на літературні та художні твори термін охорони передбачено не менше 50 років, то відповідно до ст. 7 п. 4 держави-учасниці Конвенції можуть визначити термін охорони фотографічних творів не менше 25 років з моменту створення [1].

Але навіть визначення Бернською конвенцією фотографії об'єктом авторського права не надало чіткого визнання потреби її міжнародної охорони. Так, Всесвітньою конвенцією про авторське право 1952 року термін охорони фотографій було передбачено менший за Бернську Конвенцію. Відповідно до п. 3 ст. IV положення щодо охорони об'єктів авторського права не поширюються на фотографічні твори та твори прикладного мистецтва, і термін їх охорони не може бути меншим ніж 10 років [2].

Варто звернути увагу і на безпосереднє визначення фотографії. Бернська конвенція передбачає охорону лише тим фотографіям, що охороняються в якості художніх творів. Тобто кожна держава



самостійно визначає, чи відносяться фотографії до художніх творів, а отже, мають творчий характер. Це означає, що не в кожній державі фотографії підлягають охороні авторським правом. Водночас відсутні жодні критерії для віднесення фотографії до таких, що мають творчий характер. Загалом, поняття творчості є абстрактним. О.В. Луткова відмічає, що ці обставини призвели до відсутності в національному законодавстві єдиного підходу в охороні фотографій. Вчена звертає увагу, що термін охорони суттєво відрізняється: від 50 років у Великобританії, 25 років у Норвегії, 20 — у Туреччині, 15 — у Венесуелі [3]. В Україні термін охорони фотографічних творів співпадає із загальним, а саме виключні права на фотографії охороняються протягом життя автора та 70 років після його смерті [4].

Загалом, критерій творчості потребує більш детального та чіткого визначення. Неможливо визначити фотографіями, що охороняються в якості художніх творів, такі, що були зроблені без втручання людини. Це пояснюється поширенням застосування в житті людини цифрових технологій. Під інтелектуальною власністю розуміються об'єкти, що були створені розумовою творчою діяльністю людини. А відтак всі твори, в створенні яких не було безпосередньої участі людини, не можуть визнаватися об'єктами інтелектуальної власності. Тобто фотографії, створені механічно або випадково, відносяться до таких, що не охороняються як художні твори.

Визначним є загальновідомий спір щодо того, чи є супутникові фотографії з Google Maps і наземні фотографії з Google Maps Street View такими, що підлягають охороні авторським правом. Професор Гарвардського університету Дж. Хьюдж дійшов думки, що такі фотографії потрібно визнавати охороноздатними [5].

У законодавстві окремих країн вживається термін «проста фотографія». Це фотографії, які неможливо віднести до творів мистецтва, але вони мають певну вартісну цінність, а тим самим потребують певного правового режиму охорони. Отже, в міжнародній системі охорони фотографій варто ввести охорону для фотографічних творів, що не охороняються в якості художніх. За відсутності в національному законодавстві розмежування таких фотографій це означає, що охорона авторським правом поширюється на будь-які фотографії.

Відповідно до п. 10 ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» до об'єктів авторського права відносяться фотографічні твори, в тому числі твори, виконані **способами, подібними до фотографії**. Аналогічна позиція виражена й у Цивільному кодексі Російської Федерації. До того ж існує презумпція визнання фотографій з низьким рівнем творчості, неестетичних, поганої якості та з відсутністю художньої цінності як створених у результаті інтелектуальної діяльності творчою працею, що закріплено в п. 28 спільної постанови ВС РФ і ВАС РФ № 5/29 [6]. Це фактично означає, що використання будь-якої фотографії потребує отримання згоди правовласника, поки не буде доведено,

що конкретна фотографія не створена творчою працею людини.

Інша думка виражена в законодавстві США. Так, не всі фотографії підлягають захисту авторським правом, для цього необхідний певний ступінь оригінальності «modicum of creativity». Більшість фотографій, за винятком чисто технічних, наприклад з камер спостереження, захищені копірайтом. Конкретні критерії законом не встановлені, суди вирішують конкретні спори за прецедентами, базуючись на здоровому глузді.

Отже, питанням захисту авторського права на фотографічні зображення є відсутність чіткого визначення терміна «фотографічний твір», та момент виникнення права інтелектуальної власності на такий твір залишається проблемним. Відповідно до п. 1 ст. 2 Бернської конвенції [1] про охорону літературних і художніх творів, термін «Літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-то: книги, брошури та інші письмові твори, лекції, звертання, проповіді та інші подібного роду твори; драматичні й музично-драматичні твори; хореографічні твори і пантоміми, музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним кінематографії; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки і літографії; фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії; твори прикладного мистецтва; ілюстрації, географічні карти, плани, ескізи і пластичні твори, що відносяться до географії, топографії, архітектурі або науки. Дане визначення співпадає із положеннями Закону України «Про авторське право та суміжні права».

Ще одним проблемним аспектом охорони фотографій є можливість охороноздатності і доцільність авторсько-правової охорони творів з незначним рівнем творчого характеру. Такі твори отримали *small change* (букв. з англ. — невеликі зміни) або *works of low authorship* (букв. з англ. — твори з низьким (незначним) авторством). Американська доктрина авторського права демонструє схильність до надання зазначеним творам охорони авторським правом. Як зазначає А.В. Кашанін [7], така позиція обумовлена особливостями формування англо-американської системи, що отримала своє закріплення в п. 8 розділу 8 ст. 1 американської Конституції, згідно з яким Конгрес США отримував право сприяти розвитку наук і корисних ремесел, забезпечуючи на певний термін авторам і винахідникам виключні права на їх твори і відкриття. Тобто позиція американської доктрини протилежна європейській, яка надавала охорону творам лише за умови, якщо в них втілена частина унікальної особистості творця, його своєрідність, талант, здібності.

Таким чином, логіка системи копірайт дозволяє поширити правову охорону на неоригінальні елементи і такі, що можуть повторюватися. А отже, дана система більш пристосована для правової

охорони works of low authorship, однак не надає повноцінної охорони традиційним творам з високим рівнем творчості. Показовим є рішення британського суду з інтелектуальної власності у березні 2015 р. по справі *Bodo Sperlein Ltd v Sabichi Ltd and Another* [8] щодо фотографій, на яких лондонський автобус перетинає Темзу через Вестмінстерський міст. Суд дійшов висновку, що відбулось порушення прав, адже була зкопійована творчо підібрана композиція. Дана позиція суду була жорстко критикована як вченими, так і тими, хто в практичній діяльності стикається з проблемами охорони фотографій. На жаль, американська доктрина знайшла своє місце і в європейському праві. Наразі спостерігається розвиток законодавства в сфері охорони творів загалом і фотографій зокрема, в бік відмови від вимоги оригінальності твору, розширенням об'єктів авторського права, комерціалізацією авторського права.

Подібні спори з часто уживаними прийомами та елементами фотографування виникають і в Україні. Так, наприклад, у справі № 761/35397/16-ц про визнання авторського права на фотографічний твір із зображенням саду квітучих кущів бузку, суд спирався на наявність елемента творчості у фотографії [9]. У своєму рішенні суддя посилався на Директиву 93/98/ЄЕС, в якій зазначено, що фотографічний твір повинен розглядатися як самобутній, якщо він є продуктом індивідуальної творчості автора, що відображає його особистість, але без урахування інших критеріїв, таких як цінність або призначення. Фотографія підпадає під авторсько-правову охорону, але охороняється лише самобутня оригінальна фотографія, що становить інтелектуальний витвір автора. Рішення суду було на користь позивача і базувалось на визнанні обґрунтованими доводами про оригінальність створеної фотографії, яка полягає у незвичному авторському підході до композиційного розміщення частин зображення на нестандартному підході до передачі кольорів.

Така ознака, як наявність результатів творчої діяльності є безумовною для визначення об'єкта авторського права. Проте творінням, яке не є результатом творчої праці, є переважно технічна робота, без творчої складової, така як копіювання, передрук та інше. Таким чином, до неоригінальних фотографічних творів відносяться репродукції малюнків, карт, планів, креслень, gobеленів, вітражів та інші похідні фотографії, які передають суть сфотографованого об'єкта, не вносячи до зображення творчої складової.

Орієнтація на комерціалізацію інтелектуальної власності призводить до абсурдних наслідків. Так, Коледж мистецтва та дизайну в м. Торонто надав своїм студентам власний підручник з історії мистецтва. Даний підручник не містить жодного зображення. На місці фотографій пусті рамки. Вивчати історію розвитку мистецтва епохи Античності, Відродження, сучасності студенти мають без зображень. Така ситуація виникла через те, що зображення є фотографіями, авторські права на які коштують дуже дорого, через це вартість підручника

зросла б у п'ять разів. Самі твори мистецтва не охороняються, але їх фотографії охороняються. Отже, постає проблема в розгляді фотографії як форми відтворення іншого твору.

Існують так звані «швидкотривалі твори», термін існування яких обмежений, і єдиним способом їх збереження є фотографування. До таких творів можна віднести малюнки на асфальті крейдою, малюнки на людському тілі фарбами, «піщані замки». Постає питання: чи повинен фотограф отримати дозвіл у автора такого твору? Відповідно до ст. 15 Закону «Про авторське право та суміжні права» будь-яке використання твору можливе лише за згодою автора. Але в окремих країнах законодавство дозволяє використання творів без згоди правовласника, якщо такі твори розміщені в публічних місцях. Таке право отримало назву – свобода панорами. Варто відзначити, що єдиної точки зору немає. Так, деякі країни дозволяють будь-яке використання таких творів (Великобританія, Бразилія), інші – лише щодо будівель чи пам'яток (США), в більшості країн свобода панорами розповсюджується лише на некомерційне використання, а в Італії взагалі відсутнє право свободи панорами. Щодо України, то відповідно до ст. 21 Закону України «Про авторське право та суміжні права» [4] без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення, допускається відтворення з метою висвітлення поточних подій засобами фотографії або кінематографії, публічне сповіщення або інше публічне повідомлення творів, побачених або почутих під час перебігу таких подій, в обсязі, виправданому інформаційною метою. Тобто свобода панорами розповсюджується тільки на сповіщення в якості новин.

Цікавою є справа за позовною заявою до видавництва з вимогою припинити дії, що порушують права позивача шляхом вилучення з цивільного обороту книги «Євромайдан – історія в процесі її звершення» загальним тиражем 8000 примірників, виготовленої та введеної в цивільний оборот з порушенням авторського права щодо використання малюнків. У книзі використані твори образотворчого мистецтва без зазначення автора. Відповідач заперечував вимоги, посилаючись на те, що в книзі опубліковано лише фотографічні твори, а відтак відповідач під час публікації вказаної книги дотримався норм українського та міжнародного законодавства в сфері захисту авторських прав і жодним чином не порушив особистих немайнових прав автора. Крім того, як зазначає відповідач, фотографічні твори, використані ним у книзі, є окремим і самостійним об'єктом авторського права, які було законно використано під час публікації визначеного видання. Такі фотографічні твори є оригінальними та не є репродукціями творів позивача, оскільки під час їх створення професійним фотографом було внесено його власну творчу складову. Тому відповідач вважає, що під час публікації книги використано саме фотографічні твори, а не твори образотворчого мистецтва позивача [10].

Особливої уваги заслуговують доводи відповідача щодо протиправності самих творів позивача. Так, позивач створив два зображення на фасаді будинку, що є об'єктом культурної спадщини. Відповідач вважає, що у позивача не могло виникнути авторське право на твори, оскільки їх було створено та обліковано шляхом завдання шкоди громадському порядку, в порушення чинного законодавства. Суд не вважає дані обставини такими, що заслуговують на увагу. Те, що було опубліковано лише фотографічні твори, вичерпний список авторів яких наведено в книзі, суд до уваги не приймає, оскільки там дійсно вказано ім'я автора фотографічного твору, але не вказано автора твору та не отримано його згоди на публікування його малюнків. Суд також не приймає до уваги посилання відповідача на порушення автором малюнків вимог чинного законодавства щодо

здійснення написів, позначок на нерухомому об'єкті культурної спадщини без письмового дозволу відповідного органу культурної спадщини. Отже, приймаючи рішення, суд виходив з того, що зображення на будинку та фотографії цих малюнків є різними об'єктами авторського права і потребують окремої один від одного охорони.

Отже, очевидним є відсутність чіткого інструментарію щодо визначення основних категорій фотографічних творів. Залишаються неврегульованими численні питання щодо так званих простих фотографій, фотографій, зроблених у публічних місцях та інші. Зважаючи на широке розповсюдження фотографічних творів та можливість їх здійснення різними способами, доцільним буде доопрацювання положень законодавства з метою захисту майнових та особистих немайнових прав їх авторів.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24.06.1971 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_051](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_051)
2. Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_052](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_052)
3. Луткова О.В., Терентьева Л.В., Шахназаров Б.А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве: уч. п-е для магистров. Московский гос. юр. ун-т им. О. Е. Кутафина. Учеб. узд. М.: Проспект, 2017. 224 с.
4. Про авторське право і суміжні права: Закон України № 3792-ХІІ від 23.12.1993 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>
5. Harvard Journal of Law & Technology Volume 25, Number 2 Spring 2012 Justin Hughes. URL: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech327.pdf>
6. Довгалюк А. Фотография как объект авторских прав. URL: [https://zakon.ru/blog/2015/05/06/fotografiya\\_kak\\_obekt\\_avtorskix\\_prav\\_chast\\_1](https://zakon.ru/blog/2015/05/06/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_1)
7. Кашанин А.В. Минимальные стандарты охраноспособности объектов копирайт. URL: <http://cat.convdocs.org/docs/index-90677.html>
8. England and Wales Patents County Court . Temple Island Collection Ltd v New English Teas Ltd & Anor. – EWPC 21 (29 July 2011) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWPC/2011/21.html>
9. Справа № 761/35397/16-ц від 03.09.2017 р., Шевченківський районний суд м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69804288>
10. Справа № 757/23223/15-ц від 04.12.2015 р., Печерський районний суд міста Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54434785>

**Кузьмич О. Я.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри судочинства  
Навчально-наукового Юридичного інституту  
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

## ВПЛИВ ТРЕТІХ ОСІБ НА ДИНАМІКУ (РУХ) ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН З ОПОСЕРЕДКОВАНОЮ ЇХ УЧАСТЮ

### INFLUENCE OF THE THIRD PERSONS ON DYNAMICS (RUH) OF CIVIL LEGAL RELATIONSHIPS WITH MEDIATED THEIR PARTICIPATION

Стаття присвячена дослідженню динаміки (руху) цивільних правовідносин з опосередкованою участю третіх осіб як окремої форми їх участі в цивільних правовідносинах. Аналізуються способи впливу третіх осіб на динаміку (рух) відповідних правовідносин та їх правові наслідки. Особлива увага також присвячена можливостям впливу основних (головних) цивільних правовідносин на динаміку (рух) додаткових, однією зі сторін якої є третя особа.

**Ключові слова:** *третя особа, договір, цивільне правовідношення, динаміка (рух) цивільного правовідношення, право вимоги, обов'язок.*

Статья посвящена исследованию динамики (движения) гражданских правоотношений с опосредствованным участием третьих лиц как отдельной формы их участия в гражданских правоотношениях. Анализируются способы влияния третьих лиц на динамику (движение) соответствующих правоотношений и их правовые последствия. Особенное внимание также посвящено возможностям влияния основных (главных) гражданских правоотношений на динамику (движение) дополнительных, одной из сторон которой есть третье лицо.

**Ключевые слова:** *третье лицо, договор, гражданское правоотношение, динамика (движение) гражданского правоотношения, право требования, обязанность.*

The article is sanctified to research of dynamics(to motion) of civil legal relationships with the mediated participating of the third persons as separate form of their participating in civil legal relationships. The methods of influence of the third persons are analysed on the dynamics(motion) of corresponding legal relationships and them law consequences. The special attention is also sanctified to possibilities of influence and basic(main) civil legal relationships on the dynamics(motion) of additional, one of parties of that there is the third person.

**Key words:** *third person, agreement, civil legal relationship, dynamics(motion) of civil legal relationship, right in an action, duty.*

**Постановка проблеми.** Як відомо, однією із форм участі третіх осіб у зобов'язальних правовідносинах є форма, якою охоплюються правовідносини з їх опосередкованою участю, якими є відносини щодо покладення виконання (ч. 1 ст. 528 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України), суброгації (ч. 3 ст. 528 ЦК України), участі третіх осіб у забезпеченні виконання зобов'язань (порука, гарантія, майнова порука), правовідносини з участю додаткових (субсидіарних) боржників тощо. Однак з огляду на специфіку таких правовідносин питання щодо можливості та способів впливу третіх осіб на динаміку (рух) таких правовідносин й на сьогодні залишається відкритим, що й зумовило актуальність обраної тематики для наукового дослідження.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** В юридичній літературі неодноразово піднімалися питання динаміки (руху) цивільних правовідносин, про що свідчать праці таких авторів, як: С.М. Бєрвено, А.В. Коструба, Т.В. Боднар, М. Сібільов тощо, однак що стосується питання динаміки (руху) цивільних правовідносин з опосередкованою участю третіх осіб, а саме – впливу останніх на динаміку (рух) основних (головних) цивільних правовідношень, то такі питання на сьогодні, як правило, не знаходили належної уваги серед науковців.

Метою цієї статті є аналіз способів впливу третіх осіб на динаміку (рух) цивільних правовідносин з їх опосередкованою участю та правові наслідки такого впливу.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Традиційно в науці цивільного права виникнення, зміну та припинення цивільного правовідношення розглядають як динаміку (рух) відповідного правовідношення з особливостями, які випливають зі специфіки того чи іншого юридичного факту як підстави виникнення відповідного правовідношення. Так, М.М. Сібільов, аналізуючи динаміку договірних зобов'язань після їх виникнення як структурні елементи договірного зобов'язання, виділяє не тільки їх виконання і припинення, але й також їх зміну [5, с. 86]. А.В. Коструба в динаміці правовідносин виділяє виникнення, зміну та припинення, які, як зауважується автором, нерідко віддалені один від одного в часі та просторі. Водночас виникнення, зміну та припинення правових відносин, на думку автора, слід розглядати саме як етапи єдиного процесу розвитку правовідносин, а не як певні ізольовані стадії [3, с. 40]. Враховуючи сказане, а також специфіку наведеної форми участі третіх осіб у цивільних правовідносинах динаміку (рух) таких правовідносин доцільніше, як нам видається, розглядати крізь призму виникнення, зміни, виконання та їх припинення.



Загалом, що стосується виникнення основного (головного) цивільного правовідношення, то необхідно відзначити наступне: маючи безпосереднє відношення до виникнення додаткового правовідношення, третя особа, будучи однією з його сторін, не є такою, яка може брати участь у виникненні основного (головного) цивільного правовідношення як безпосередньо, так і опосередковано, оскільки в протилежному випадку, будуть відсутні як такі передумови для визнання її в якості третьої особи. Цей висновок стосується всіх без винятку правовідносин з участю третіх осіб у межах аналізованої форми, однак наведене не є характерним для виникнення додаткових правовідношень, оскільки в окремих випадках одна зі сторін основного (головного) цивільного правовідношення може брати участь у виникненні додаткового, підтвердженням чого слугують відносини з договорів поруки, застави з участю майнового поручителя, покладення виконання обов'язку боржника (ч. 1 ст. 528 ЦК України) тощо. Крім того, і невиконання чи неналежне виконання боржником обов'язку з основного (головного) цивільного правовідношення в окремих випадках матиме своїм правовим наслідком надання існуючому правовідношенню ознак додаткового, прикладом чого можуть слугувати відносини, які опосередковуються конструкцією суброгації (ч. 3 ст. 528 ЦК України), участю додаткового (субсидіарного) боржника у відшкодуванні шкоди, яка заподіяна неповнолітньою особою тощо.

Таким чином, правовідношення, яке нами йменується як основне (головне), може бути передумовою для виникнення іншого правовідношення, яке нами йменується як додаткове, однак у жодному випадку виникнення правовідношення, яке нами йменується як основне (головне), не є таким, що може автоматично призвести до виникнення додаткового. Інше питання, коли з виникненням основного (головного) цивільного правовідношення існуюче правовідношення може набути ознак додаткового. Тільки з виникненням додаткового правовідношення, за загальним правилом, будуть передумови для визнання іншого правовідношення як основного (головного), і навпаки.

Що стосується наступної стадії динаміки (руху) цивільного правовідношення, а саме його зміни, то в цьому випадку слід звернути увагу на наступне: не беручи участі у виникненні основного (головного) цивільного правовідношення, треті особи в межах аналізованої форми їх участі в цивільних правовідносинах, володіючи суб'єктивними правами та (або) обов'язками, не мають можливості впливу на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення в частині його зміни. Інше питання, що така можливість може з'явитися в силу волевиявлення сторін останнього, якщо з цього приводу не впливатиме жодних обмежень зі специфіки кожного із правовідношень.

Однак наведене не є характерним для впливу основного (головного) цивільного правовідношення на динаміку (рух) додаткового в частині його зміни,

підтвердженням чого слугує ч. 1 ст. 559 ЦК України, зокрема, як передбачено положенням наведеної правової норми, порука припиняється із припиненням забезпеченого нею зобов'язання, а також у разі зміни зобов'язання без згоди поручителя, внаслідок чого збільшується його обсяг виконання обов'язку боржника. Як випливає з наведеного, зміна основного (головного) цивільного правовідношення в частині, яка пов'язана зі зменшенням обсягу виконання обов'язку боржника поручителем за договором поруки, має своїм правовим наслідком і зміну додаткового правовідношення, зокрема в частині зменшення для поручителя обсягу виконання обов'язку боржника, що зумовлено правовим зв'язком між наведеними правовідношеннями.

Проте висновки, зроблені з приводу поруки, не є характерними для інших видів правовідносин з участю третіх осіб у межах аналізованої форми, зокрема гарантії, застави тощо, що обумовлено правовою природою останніх. Отож, що стосується аналізованої стадії динаміки (руху) основного (головного) цивільного правовідношення та її впливу на динаміку (рух) додаткового, в частині зміни останнього, то такий вплив можливий, і він залежатиме від специфіки кожного із правовідношень, тобто в окремих випадках зміна основного (головного) цивільного правовідношення може як мати своїм правовим наслідком зміну додаткового правовідношення, так і навпаки.

Водночас в частині виконання однієї зі стадій динаміки (руху) основного (головного) цивільного правовідношення третя особа як сторона додаткового правовідношення має можливість в такий спосіб впливати на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення. Як випливає зі специфіки відповідної форми участі третіх осіб у цивільних правовідносинах, здійснюючи суб'єктивні права та (або) обов'язки, якими третя особа може володіти як сторона додаткового правовідношення, вона в такий спосіб впливає і на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення в частині його виконання, що є наслідком правового зв'язку між наведеними правовідношеннями. Так, виконуючи обов'язок з договору, яким опосередковувалося покладення виконання (ч. 1 ст. 528 ЦК України), третя особа в такий спосіб впливає як на припинення правовідношення з такого договору, так і основного (головного), оскільки виконання обов'язку з договору, яким опосередковувалося покладення виконання (ч. 1 ст. 528 ЦК України), має, за загальним правилом, призводити до припинення як додаткового, так і основного (головного) правовідношень.

Хоча можливі й винятки до прикладу, виконання поручителем обов'язку з договорів поруки матиме своїм правовим наслідком припинення додаткового, але не основного (головного) цивільного правовідношення, що обумовлено переходом до нього в такому правовідношенні прав кредитора (ч. 2 ст. 556 ЦК України). Таким прикладом є також відносини, які виникають у зв'язку із виконанням третьою особою обов'язку боржника у власному інтересі

(ч. 3 ст. 528 ЦК України). В цьому випадку, як впливає зі специфіки відповідного правовідношення, одним з елементів такого правовідношення буде право третьої особи як сторони відповідного правовідношення на виконання обов'язку замість боржника з основного (головного) цивільного правовідношення з переходом до неї прав кредитора. Привертає до себе увагу й те, що якщо у випадку з порукою виконання обов'язку боржника з основного (головного) цивільного правовідношення буде змістом обов'язку поручителя, то в останньому випадку – суб'єктивного права суброганта як третьої особи.

Отож, як впливає з наведеного, припинення додаткового правовідношення у зв'язку зі здійсненям прав чи виконанням третьою особою обов'язку із такого правовідношення може як мати своїм правовим наслідком вплив на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення, так і навпаки, що впливає зі специфіки кожного з них.

Якщо у вищенаведених випадках йшлося про вплив третьої особи на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення в частині його виконання з відповідними правовими наслідками, також і для додаткового правовідношення (зокрема, його припинення у зв'язку з належним виконанням), то в окремих випадках виконання третьою особою як стороною додаткового правовідношення свого обов'язку матиме правовим наслідком не припинення останнього, а втрачає ним ознак додаткового, прикладом чого є окремі види правовідносин, якими опосередковується участь додаткових (субсидіарних) боржників.

З іншого боку, не беручи участі ні безпосередньо, ні опосередковано у виникненні основного (головного) цивільного правовідношення, окрім впливу на останнє в частині його виконання, треті особи можуть впливати на його динаміку (рух) й в інші способи, які є суміжним до виконання, прикладом чого є відносини з договорів застави. Так, згідно з ч. 1 ст. 592 ЦК України заставодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, в разі : 1) передання заставодавцем предмета застави іншій особі без згоди заставодержателя, якщо одержання такої згоди було необхідним; 2) порушення заставодавцем правил про заміну предмета застави; 3) втрати предмета застави за обставин, за які заставодержатель не відповідає, якщо заставодавець не змінив або не відновив предмет застави. Як впливає з наведеного, обставини, про які йдеться в положеннях наведеної правової норми, є такими, настання котрих як може залежати від волі майнового поручителя як третьої особи, так і навпаки, однак об'єднуючим їх фактором є те, що вони впливають зі специфіки додаткового правовідношення, і є такими, що впливають безпосередньо на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення в спосіб, який є суміжним із виконанням останнього, оскільки з їх настанням у кредитора забезпеченого зобов'язання як основного (головного) виникає право на дострокове виконання боржником обов'язку.

Водночас настання обставин, які впливають з додаткового правовідношення, може впливати не тільки на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення як забезпеченого, але й також на саму третю особу та динаміку (рух) додаткового правовідношення зокрема, підтвердженням чого слугує ч. 2 наведеної статті. Так, відповідно до її положень у заставодержателя у таких випадках, як: а) порушення заставодавцем правил про наступну заставу; б) порушення заставодавцем правил про розпорядження предметом застави; в) а також у випадках, встановлених договором, виникає не тільки право вимагати достроково виконання обов'язку із забезпеченого зобов'язання, але й також право звернення стягнення на предмет застави, якщо його вимога не буде виконана. Тобто настання обставин, про які йдеться в межах аналізованого додаткового правовідношення, може потягнути за собою як припинення основного (головного), так і додаткового правовідношень.

В даному випадку йшлося про вплив майнового поручителя як третьої особи на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення, особливості якого обумовлені майновим характером заставного правовідношення як додаткового, однак наведені способи впливу третіх осіб на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення не є характерними для інших видів додаткових правовідношень. Наприклад, в силу особистого характеру поруки поручитель як третя особа може впливати на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення як забезпеченого винятково через виконання свого обов'язку з договору поруки, правовим наслідком чого буде виконання обов'язку з основного (головного) цивільного правовідношення, але не його припинення (ч. 2 ст. 556 ЦК України).

Слід звернути увагу, що поручитель як третя особа має можливість впливати на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення й в тому випадку, якщо кредитором останнього не прийнято належне виконання, яке запропоноване поручителем, оскільки в цьому випадку, згідно з ч. 2 ст. 559 ЦК України, настання такого юридичного факту буде підставою для припинення поручительського правовідношення як додаткового. Наведену підставу припинення основного (головного) цивільного правовідношення слід також розглядати в якості суміжної з виконанням як однією зі стадій динаміки (руху) цивільного правовідношення. З іншого боку, випадок, про який йдеться, є таким, що породжує невизначеність із приводу можливості переходу прав кредитора до такого поручителя (ст. 556 ЦК України). Однак, як нам видається, відмова кредитора прийняти належне виконання, яке запропоновано поручителем як третьою особою, має бути підставою з настанням якої як основне (головне), так і додаткове правовідношення мають припинитися, інше питання, коли йдеться про зобов'язання, виконання яких здійснюється частинами, в цих випадках можливість переходу прав кредитора до такого поручителя може

мати місце винятково щодо частин, виконання яких матиме місце в майбутньому. Зроблений висновок не є таким, який суперечить правовій позиції, висловленій Верховним Судом України у справі 6-932-цс-15 від 7 жовтня 2015 року, зокрема, як відзначено Верховним Судом України, за наслідками правового аналізу норм частин першої та другої статті 556 ЦК України наслідки, передбачені в цій нормі, настають лише в разі повного виконання поручителем забезпеченого порукою кредитного зобов'язання. Цей висновок узгоджується з положенням пункту 3 частини першої статті 512 ЦК України, яке передбачає подібний спосіб заміни кредитора в зобов'язанні внаслідок виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем).

Часткове виконання поручителем зобов'язань за кредитним договором не породжує перехід до нього прав кредитора за цим договором [4].

Необхідно звернути увагу, що й відмова кредитора основного (головного) цивільного правовідношення після настання строку його виконання прийняти належне виконання, яке запропоноване боржником основного (головного) цивільного правовідношення, матиме безпосередній вплив на динаміку (рух) поручительського правовідношення як додаткового, оскільки в цьому випадку як і у випадку, який пов'язаний з відмовою кредитора щодо поручителя, матиме місце припинення поручительського правовідношення як додаткового (ч. 2 ст. 559 ЦК України).

Зокрема, в частині припинення поручительського правовідношення як додаткового динаміка (рух) основного як забезпеченого, окрім підстави, про яку йдеться в ч. 2 ст. 559 ЦК України, має безпосередній вплив і в інші способи, про які йдеться в ч. 4 ст. 559 ЦК України, зокрема, як передбачено положенням наведеної правової норми, порука припиняється після закінчення строку, встановленого в договорі. У разі, якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя. Якщо строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки. Як впливає з наведеного, саме непред'явлення кредитором права вимоги поручителеві з настанням обставин, про які йдеться в положенні

наведеної правової норми, буде підставою, з настанням якої матиме місце припинення поручительського правовідношення як додаткового.

Наведені висновки щодо впливу основного (головного) цивільного правовідношення на додаткове в спосіб, який є суміжним з виконанням, стосуються також правовідносин, якими опосередковується участь гаранта як третьої особи, зокрема, як передбачено п. 3 ч. 1 ст. 568 ЦК України зобов'язання гаранта перед кредитором припиняється в разі відмови кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією. Настання обставин, які впливають з динаміки (руху) основного (головного) цивільного правовідношення і водночас є такими, які впливають на динаміку (рух) додаткового правовідношення в частині його припинення, є юридичними фактами, з настанням яких той чи інший суб'єкт цивільного правовідношення як сторона додаткового правовідношення втрачає ознаки третьої особи.

Як впливає з наведеного, третя особа як сторона додаткового правовідношення має безпосередню можливість в той чи інший спосіб, який впливатиме зі специфіки останнього, впливати на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення в частині його виконання, оскільки саме для цього й виникають ті чи інші правовідносини, які нами йменуються як додаткові. Винятком з цього правила можуть бути обмеження, які впливають зі специфіки останніх до прикладу, що стосується тої ж таки гарантії, як одного зі способів забезпечення виконання основного (головного) цивільного правовідношення, то в силу її специфіки гарант як третя особа жодним чином не може вплинути на динаміку (рух) відповідного правовідношення в частині його виконання, що обумовлено її грошовим, самостійним та незалежним від забезпечуваного зобов'язання характером.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі.** Отож, як впливає з наведеного, в межах правовідносин з опосередкованою участю третіх осіб останні якщо і можуть впливати на динаміку (рух) основного (головного) цивільного правовідношення, то тільки через виконання свого суб'єктивного права чи обов'язку, що матиме своїм правовим наслідком для динаміки (руху) основного (головного) цивільного правовідношення.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Бервено С.М. Проблеми договірних права України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
2. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (заг. положення) : навч. посіб. Київ: Юстиніан, 2007. 280 с.
3. Коструба А.В. Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин: монографія. К.: Ін Юре, 2014. 376 с.
4. Постанова Верховного Суду України від 7 жовтня 2015 року у справі за № 6-932цс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents))
5. Сібільов М. Динаміка договірних зобов'язань після їх виникнення. Вісник академії правових наук України. 2005. № 1 (40). 79–88.

**Новосад А. С.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

**Положай К. І.,**  
студентка юридичного факультету  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

## ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ

## PROCEDURAL PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHT

Стаття присвячена порядку позбавлення батьківських прав в Україні, причинам та наслідкам позбавлення батьківських прав. Проаналізовано теоретичні питання процедурного порядку позбавлення батьківських прав, запропоновано заходи щодо покращення діяльності суду під час винесення рішення щодо позбавлення батьківських прав.

**Ключові слова:** процесуальний порядок, позбавлення батьківських прав, відповідальність батьків за неналежне виконання своїх обов'язків, процедура позбавлення батьківських прав, судова практика.

Стаття посвящена порядку лишення батьківських прав в Україні, причинам и последствиям лишення родительских прав. Проанализированы теоретические вопросы процедурного порядка лишення родительских прав, предложены меры по улучшению деятельности суда при вынесении решения о лишении родительских прав.

**Ключевые слова:** процессуальный порядок, лишение родительских прав, ответственность родителей за ненадлежащее исполнение своих обязанностей, процедура лишення родительських прав, судебная практика.

The article is devoted to the procedure for depriving parental rights in Ukraine, the reasons and consequences of depriving parental rights. The theoretical questions of the procedural order of deprivation of parental rights are analyzed, and proposals are made to improve the court's activity when deciding on the deprivation of parental rights.

**Key words:** procedural order, deprivation of parental rights, responsibility of parents for improper performance of their duties, judicial practice.

**Постановка проблеми.** Аналіз статистичних даних Державної судової адміністрації України свідчить про те, що у 2016 р. місцеві суди України розглянули понад 17 тис. справ про позбавлення батьківських прав; їх частка у структурі справ позовного провадження, які виникають із сімейних правовідносин, становить 5,5%. Найбільшу кількість справ цієї категорії розглянули суди Дніпропетровської (1314) та Харківської (1181) областей, найменше – Тернопільської (208) та Волинської (241). У більшості випадків позовні вимоги, заявлені позивачами у справах про позбавлення батьківських прав, судами задовольняються: так, у середньому по країні у 2016 р. місцеві суди задовольнили позовні вимоги понад 16 тис. справ, тобто 92,5% тих, що розглянуті з ухваленням рішення. Того ж року до апеляційних судів було подано 276 скарг на рішення місцевих судів, тобто було оскаржено 1,6% таких рішень. Апеляційні суди за скаргами щодо справ зазначеної категорії розглянули 245 справ. Найбільше таких справ розглянули апеляційні суди Дніпропетровської області (31) та міста Києва (24). За результатами розгляду апеляційними судами було скасовано 93 рішення місцевих судів (0,5% справ, розглянутих місцевими судами з ухваленням рішення). Рішення було змінено у 5 справах, що становить менше 0,1%. У 147 справах, або у 0,8% випадків, апеляційні суди відхиляли скарги і залишали рішення без змін [1].

Проаналізувавши статистичні дані, можна зробити висновок, що справи про позбавлення батьківських прав порушуються з таких підстав:

1) дитину не забрали з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я без поважної причини і протягом шести місяців не виявляли щодо неї батьківського піклування;

2) дитину експлуатують, примушують її до жебракування, бродяжництва, непосильної праці, заняття проституцією, злочинною діяльністю;

3) засудження за вчинення умисного злочину щодо дитини;

4) з дитиною жорстоко поводяться: вчиняють фізичне чи психічне насильство, принижують гідність дитини тощо.

5) батьки є хронічними алкоголіками або наркоманами, і це підтверджено відповідними медичними висновками;

6) ухилення від виконання своїх обов'язків із виховання дитини.

Стан наукового дослідження. Питання процесуального порядку позбавлення батьківських прав потребує глибокого аналізу та вивчення, що зумовлює актуальність теми даного дослідження.

Про порядок та наслідки позбавлення батьківських прав в своїх працях писали Л.В. Красицька, О.Ф. Лапчевська, З.В. Ромовська та інші провідні фахівці.

Мета дослідження полягає в аналізі питань, пов'язаних із застосуванням таких заходів примусового впливу, як позбавлення батьківських прав.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із основних напрямків щодо захисту прав дітей було



прийняття у 1924 р. Генеральною Асамблеєю Ліги Націй Женевської декларації прав дитини, яка була спрямована на створення належних умов, що забезпечують нормальний розвиток дитини, право дитини на допомогу, належне виховання, захист. Женевська Декларація прав дитини містить п'ять основних програмних пунктів:

1) дитині повинні надаватися всі засоби, потрібні для її нормального матеріального та духовного розвитку;

2) голодна дитина повинна бути нагодована; хвора дитина повинна отримати допомогу; сироті чи безпритульній дитині повинен бути наданий притулок і забезпечений догляд;

3) дитина перша повинна отримувати допомогу під час лиха;

4) дитина повинна мати дитинство і захист від усіх форм експлуатації;

5) дитину слід виховувати з усвідомленням того, що її кращі риси мають бути спрямовані на благо ближнім [6].

На думку Ю.В. Александрової, порядок розгляду справ про позбавлення батьківських прав регулюється цивільним процесуальним та сімейним законодавством України. Перше встановлює загальні, а друге – спеціальні правила судочинства [7, с. 22]. Правильне застосування норм законодавства, яке регулює порядок розгляду справ про позбавлення батьківських прав, покликане, з одного боку, запобігти багатьом негативним явищам, а з іншого – бути гарантією захисту прав та законних інтересів дітей, попередження дитячої бездоглядності, правопорушень неповнолітніх тощо.

Відповідно до чинного законодавства, позбавлення батьківських прав проводиться тільки судом у порядку цивільного судочинства. З огляду на те, що позбавлення батьківських прав торкається найважливіших прав батьків і дітей, у Сімейному кодексі України (далі – СК України) передбачений ряд спеціальних процесуальних гарантій. Справи про позбавлення батьківських прав розглядаються за обов'язкової участі органів опіки й піклування та прокурора. На практиці найчастіше з позовом у суд про позбавлення батьківських прав приходять органи опіки й піклування (точніше, відділи, створені при районних адміністраціях, тому що органи опіки й піклування є їх структурними підрозділами і виступають від їхнього імені). Це пов'язано з тим, що подібна міра сімейно-правової відповідальності застосовується до громадян, чії родини є неблагополучними і є на обліку в цих органах.

Як зазначає Ю.Ф. Беспалов, відповідачами у справах про позбавлення батьківських прав можуть виступати тільки батьки, щодо яких встановлено батьківство в передбаченому законом порядку. Якщо ж справа про позбавлення батьківських прав порушена щодо одного з батьків, участь другого з батьків у процесі є обов'язковою. З цього приводу позиція науковців одностайна. Більше того, непритягнення судами до участі у справі другого з батьків, якщо позов про позбавлення батьківських прав

пред'явлено до одного з них, деякі фахівці вважають суттєвим порушенням, що нерідко призводить до порушення прав дітей [8, с. 26].

Положення ст. 164 СК України передбачає підстави, за яких батьки або один із них можуть бути позбавлені судом батьківських прав, до яких належать залишення дитини в пологовому будинку, ухилення від виконання своїх обов'язків із виховання дитини, жорстоке поводження з дитиною, визнання батьків хронічними алкоголіками або наркоманами, використання в корисливих цілях своїх дітей для будь-яких видів експлуатації, засудження батьків за вчинення умисного кримінального правопорушення щодо власної дитини [3, с. 456].

Як наголошують О.Ф. Лапчевська, К.М. Романко та З.В. Ромовська, позбавлення батьківських прав (тобто прав на виховання дитини, захист її інтересів, на відібрання дитини в інших осіб, які незаконно її утримують, та ін.), що надані батькам до досягнення дитиною повноліття і ґрунтуються на факті спорідненості з нею, є крайнім заходом впливу на осіб, які не виконують батьківських обов'язків, і, водночас, є способом захисту прав та інтересів дитини [9, с. 75].

Рішення про позбавлення батьківських прав приймається судом за результатами розгляду відповідної позовної заяви.

Справи про позбавлення батьківських прав батька чи матері за загальним правилом розглядає місцевий суд за місцем реєстрації проживання того з батьків, якого хочуть позбавити прав.

Під час розгляду судом таких питань є обов'язковою участь органу опіки та піклування, який подає суду письмовий висновок щодо обставин справи. Такий висновок не є обов'язковим для суду, який може не погодитися з ним, якщо вважатиме, що він є недостатньо обґрунтованим чи суперечить інтересам дитини [5, с. 987].

Із позовом про позбавлення батьківських прав до суду має право звернутися:

- один із батьків;
- опікун чи піклувальник;
- особа, в сім'ї якої проживає дитина;
- заклад, у якому перебуває дитина (наприклад, лікарня, школа або інший навчальний чи дитячий заклад);
- орган опіки та піклування;
- прокурор;
- сама дитина, якщо вона досягла чотирнадцяти років [6, с. 37].

Будь-які інші особи не мають права порушувати перед судом питання про позбавлення батьківських прав.

За СК України, мати чи батько, яких було позбавлено батьківських прав, втрачають свої права щодо дитини, які за загальним правилом належать їм як батькам за фактом спорідненості з нею, а саме:

1) втрачають особисті немайнові права щодо дитини (наприклад, право вирішувати питання виховання дитини та навіть вільно спілкуватися з нею, право давати дозвіл на зміну дитиною свого прізвища чи імені, право визначати місце проживання

дитини та дозволяти чи забороняти її виїзд за кордон тощо), а також звільняються від обов'язків щодо її виховання;

2) перестають бути законними представниками дитини (не можуть представляти без окремої довіреності її інтереси в судах чи інших органах і т. п.);

3) втрачають права на будь-які пілги та державну допомогу, що надаються сім'ям із дітьми;

4) не можуть бути усиновлювачами, опікунами та піклувальниками (тобто не зможуть усиновити іншу дитину);

5) не можуть одержати в майбутньому тих майнових прав, пов'язаних із батьківством, які вони могли б мати у разі своєї непрацездатності (право на утримання від дитини, право на пенсію та відшкодування шкоди у разі втрати годувальника тощо);

6) втрачають інші права, засновані на спорідненості з дитиною (наприклад, їх дитина може бути усиновлена без їх згоди);

7) втрачають право на спадкування після дитини (крім випадків, коли їх спадкування передбачене заповітом дитини) [4, с. 789].

Слід зауважити, що особа, позбавлена батьківських прав, не звільняється від обов'язку щодо утримання дитини. Тобто батько, позбавлений батьківських прав, все одно зобов'язаний утримувати свою дитину. Також, одночасно з позбавленням батьківських прав, суд може вирішити питання про стягнення аліментів на дитину з боку такого батька.

Л.В. Красицька вказує, що особи можуть бути позбавлені батьківських прав лише щодо дитини, яка не досягла вісімнадцяти років, і тільки з підстав, передбачених законом. Мати, батько можуть бути позбавлені батьківських прав у разі ухилення

від виконання своїх обов'язків із виховання дитини, якщо вони є хронічними алкоголіками або наркоманами або вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, зокрема примушують її до жебракування та бродяжництва, лише у разі досягнення батьками повноліття [10, с. 496]. Перелік підстав для позбавлення батьківських прав передбачений ч. 1 ст. 164 СК України і є вичерпним. Найпоширенішими підставами для позбавлення батьківських прав, як свідчить практика, є зловживання спиртними напоями та ухилення батьків від виконання своїх обов'язків із виховання дитини.

**Висновки.** Аналіз процесуального порядку позбавлення осіб батьківських прав показує, що дослідження даного питання є несистемними, що заважає встановити чіткий структурований процесуальний порядок позбавлення батьківських прав. Це питання потребує удосконалення в процесуальній формі та забезпечення новими нормативними актами. Також потрібно враховувати роль самого суду в регулюванні даного питання. Для отримання судом висновку про доцільність або недоцільність позбавлення особи батьківських прав, який є обов'язковим доказом для розгляду цієї категорії справ, із часу його витребування судом із відповідного органу опіки та піклування минає більше чотирьох місяців. Такий строк значно перевищує термін, встановлений Цивільним процесуальним Кодексом України для розгляду судами цивільних справ, що призводить до порушення цього Кодексу. Також проблеми розгляду судами справ про позбавлення батьківських прав викликані змінами у законодавстві, відсутністю усталеної практики і тим, що справи зазначених категорій практично не оскаржуються.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Державна судова адміністрація України. URL: <http://dsa.court.gov.ua/dsa/>.
2. Конституція України: Редакція від 30 вересня 2016 р., підстава 14-01-19. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%2F96-вр>.
3. Сімейний кодекс України: Редакція від 08 липня 2017 р., підстава 2037-19. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
4. Цивільний кодекс України: Редакція від 15 грудня 2017 р., підстава 2147 а-19. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Редакція від 15 грудня 2017 р., підстава 2147-19. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
6. Декларація прав дитини: Резолюція від 20 листопада 1959 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_384](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_384).
7. Александрова Ю.В. Процесуальні особливості розгляду цивільних справ щодо позбавлення батьківських прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2012. 22 с.
8. Беспалов Ю. Основания и порядок лишения родительских прав. Рос. юстиция. 2000. № 12. С. 26–27.
9. Лапчевська О.Ф. Процесуальні особливості розгляду справ про позбавлення батьківських прав. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 3. С. 75–82.
10. Красицька Л. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: дис. ... док. юрид. наук. Вінниця, 2015. 496 с. URL: <http://www.ap.gp.gov.ua>.

**Погребняк В. Я.,**  
кандидат юридичних наук,  
докторант кафедри цивільного права № 2  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
суддя Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду

## СИНЕРГЕТИЧНИЙ ПІДХІД У МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПЕРЕХОДУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ОBOB'ЯЗКІВ

### SYNERGETIC APPROACH IN METHODOLOGY OF RESEARCH OF MECHANISM OF TRANSFER RIGHTS AND OBLIGATIONS

У статті аналізується зміст синергетичного підходу як засобу наукового пізнання та його основні положення, визначається можливість дослідження з його допомогою правової реальності. Окреслюються особливості використання синергетичного підходу під час розгляду механізму переходу цивільних прав та обов'язків.

**Ключові слова:** синергетика, методологія, перехід прав, перехід обов'язків, механізм.

В статье анализируется содержание синергетического подхода как средства научного познания и его основные положения, определяется возможность исследования с его помощью правовой реальности. Очерчиваются особенности использования синергетического подхода при рассмотрении механизма перехода прав и обязанностей.

**Ключевые слова:** синергетика, методология, переход прав, переход обязанностей, механизм.

Essence of synergetic approach as mean of scientific cognition and its main provisions are analyzed; possibility to use such an approach in research of legal reality is determined. Main features of application synergetic approach in researches devoted to rights and obligations transfer mechanism are defined.

**Key words:** synergy, methodology, rights transfer, obligation transfer, mechanism.

**Постановка проблеми.** У сучасних цивілістичних дослідженнях правники мають можливість і повинні використовувати різноманітні відомі методи наукового пізнання. Адже саме різноманітність методологічного інструментарію, вдалий підбір належних засобів дослідження конкретної теоретичної проблеми або практичного питання здатні відкрити нові аспекти сутності явищ цивільно-правової дійсності, які досі вважалися достатньо вивченими. Крім того, необхідність використання різноманітного дослідницького інструментарію обумовлюється процесами постійного виникнення у сфері цивільно-правового регулювання нових, іноді нетипових юридичних конструкцій і правових механізмів, науковий розгляд яких вимагає нетрадиційних підходів до аналізу їх особливостей.

Попри свою поширеність, категорія переходу цивільних прав і обов'язків не знайшла широкого розкриття в цивілістичній літературі, а механізм його здійснення не піддавався комплексному науковому аналізу, що залишає за дослідником право вибору доступних методів наукового пізнання, однак розкрити вказане правове явище з урахуванням усієї різноманітності його специфіки можливо тільки за допомогою правильно підбраної їх сукупності. Серед новітніх методів, які активно використовуються в сучасній юриспруденції, на особливу увагу заслуговує синергетичний підхід.

Основні питання напрямків використання синергетичного підходу в наукових пошуках розглядалося такими правниками, як Л.А. Корунчак, С.Ю. Лукашевич, М.М. Тарасов, В.В. Шишкін, В.Л. Яроцький, С.В. Ясечко та ін.

Мета статті полягає в окресленні основних положень синергетичного підходу як засобу наукового пізнання, визначенні основних напрямків його використання в процесі розгляду правової природи і механізму переходу суб'єктивних цивільних прав і обов'язків.

**Виклад основного матеріалу.** Потреба у постійній модернізації методологічного інструментарію юридичної науки є однією з нагальних тем, що ніколи не залишається поза увагою науковців. Безумовно, ефективність формально-догматичного та інших найбільш широко застосовуваних методів наукового пізнання знаходить своє визнання серед цивілістів. Однак, у контексті практичної орієнтованості цивільного права як галузі вітчизняного права, це не повинно провокувати обмеження цивілістичної методології лише найбільш відомими і часто застосовуваними у цивілістиці методами пізнання, тим більше, у разі появи методологічного інструментарію, здатного вдосконалити пануючі методологічні підходи. К.В. Шундіков цілком слушно зазначає, що одним із традиційних дослідницьких підходів протягом всієї історії розвитку юридичної науки залишається інструменталізм (інструментальний підхід), у межах якого право розглядається як інструмент досягнення відповідних соціальних цілей. Водночас, на переконання вченого, синергетичний підхід, що є міждисциплінарним напрямком досліджень, може відчутно модернізувати методологічний базис і в межах застосування інструментальної концепції істотно активізувати розгляд правознавцями тих проблем, що раніше знаходилися на периферії юридичних досліджень або не досліджувалися взагалі,

зокрема нестійкість правового порядку, співвідношення закономірного і випадкового в правовому регулюванні, порогові, кризові та перехідні стани в правовому житті суспільства, циклічність правового розвитку та ін. [1, с. 160–161]. У контексті зазначених міркувань немає жодних підстав нівелювати потенціал використання синергетичного підходу для дослідження окремих галузевих проблем та практичних питань, зокрема і в межах науки цивільного права, адже синергетичний метод може використовуватися не лише для розгляду раніше не досліджених чи малодосліджених явищ і процесів, а й для ревізії існуючих наукових положень із нових ракурсів.

Синергетика як окремий напрямок методології наукових досліджень знайшла розкриття в межах теоретичної фізики в працях Г. Хакена [2], визнаного автором відповідного терміну і напрямку досліджень [3, с. 3; 4, с. 3; 5, с. 111–112]. У сучасній науковій літературі синергетику також називають теорією самоорганізації [6, с. 316; 7, с. 142] або теорією складності (complexity) [8, с. 48]. Наразі синергетика розглядається як міждисциплінарна наука, що займається вивченням теорії самоорганізації, появи, підтримання і стабільності систем різної природи, включаючи філософську та соціальну сфери [7, с. 142] і будується на таких принципах, як: 1) гомеостатичність; 2) ієрархічність; 3) нелінійність; 4) нестійкість; 5) незамкнутість; 6) динамічна ієрархічність; 7) спостережуваність [9, с. 158–168] тощо.

Представники фізико-математичного напрямку науки скептично сприймають можливість використання синергетичного методу поза цією цариною знань. Однак критика, що стосується неможливості використання наведеного засобу пізнання в інших наукових сферах і позиції щодо його органічності належності виключно до інструментарію математичної фізики, не зупиняє активну інтервенцію синергетики в гуманітарну, соціальну і природничу сфери знань. Свідченням цього є активне проведення досліджень із використанням зазначеного методу практично у всіх напрямках розвитку вітчизняної науки. Не є винятком і юриспруденція. Ще у 2007 р. російським вченим В.В. Шишкіним була захищена кандидатська дисертація в межах спеціальності 12.00.01 за темою «Синергетичний підхід в теорії права» [10], результати якої можуть слугувати потужним базисом для подальшого розвитку дослідження специфіки та напрямків застосування синергетичного методу в науці теорії держави та права і галузевих сферах юриспруденції. Більше того, сам Г. Хакен нерідко у своїх роздумах звертається до прикладів, що становлять предмет розгляду різних наук, виходячи далеко за межі суто фізико-математичної площини та демонструючи універсальність сфери застосування синергетики.

Очевидно, що ефективність використання зазначеного методу в царині фізико-математичної науки жодним чином не ставить під сумнів можливість долучення його вихідних положень до палітри пізнавального інструментарію, що застосовується у сфері правових досліджень. Його використання у

юриспруденції дозволяє розширити грані наукового осмислення правової реальності і по-новому поглянути на давно відомі та ретельно досліджені явища і процеси. Незважаючи на те, що наразі синергетичний підхід використовується переважно у науці загальної теорії права, його використання в галузевих сферах юриспруденції є можливим і доречним, враховуючи самоорганізаційні засади сфери цивільно-правового регулювання в цивільних правовідносинах.

Як предмет синергетики, у контексті права розглядаються зафіксовані в досвіді і залучені до процесу практичної діяльності людини сторони, властивості й відносини системних об'єктів, досліджувані з метою визначення закономірностей самоорганізації (самодезорганізації) систем, факторів, що впливають на них, і загальних умов перебігу в даних ситуаціях і обставинах [10, с. 11–12].

У своїй праці Г. Хакен наводить приклади організації і самоорганізації на рівні групи працівників. В якості організації вчений розглядає ситуацію, коли кожен працівник діє чітко визначеним чином після одержання вказівки ззовні, наприклад, від керівника. У такому разі під словом «організація» також розуміють, що регульована таким чином поведінка призводить до об'єднаних дій з метою створення певного продукту. Той самий процес називається самоорганізацією, якщо ззовні упорядковується вплив відсутній, а працівники працюють колективно завдяки взаєморозумінню, що встановлюється між ними, причому у виробництві продукту кожен виконує свою функцію [2, с. 226].

В окресленому соціально-правовому розумінні наведених прикладів вбачається тісний зв'язок теорії Г. Хакена із теорією систем, а звідси і її зв'язок із проявами системності в праві, що підтверджує можливість використання сформованого вченим методу і в суспільних дослідженнях. У сучасній філософії також відзначається тісний зв'язок синергетики з теорією систем, щонайменше в частині запозичення нею із системного підходу поняття відкритості і відкритої системи [3, с. 164] та переймання в порядку наступництва методологічного інструментарію теорії систем [9, с. 148], а деякі правники відкрито стверджують, що предметом вивчення синергетики можуть бути тільки системи, тобто сукупності елементів, що мають внутрішні (внутрішньосистемні) зв'язки, проте в контексті центральної проблеми цього напрямку постає питання, як завдяки кооперації елементи системи можуть спонтанно продукувати впорядковані структури або ж координовану поведінку без специфічного керівництва ззовні [5, с. 112].

На прикладі, пропонованому Г. Хакеном, вбачається, що критерієм розмежування організації і самоорганізації є фактор упорядкування. У контексті права це призводить до такого умовиводу. Якщо певний процес упорядковується регулятором, під яким у суспільних відносинах ми розуміємо суб'єкта нормотворчості, то має місце організація. Якщо ж такий процес упорядковується учасниками правовідносин самостійно, то має місце самоорганізація.



Важливу роль у визначенні напрямків застосування синергетики у цивільних дослідженнях відіграє та обставина, що самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціально-правових управлінських систем є похідними від диспозитивних і обумовлені особливостями галузевих предмета, методу та механізму правового регулювання [11, с. 116]. У зв'язку із цим варто підкреслити, що імперативний метод правового регулювання є способом організації, водночас, диспозитивний метод є способом самоорганізації, що не виключає і його організаційний, зовнішній, нормативно-впорядкувальний вплив на відносини, що складають предмет цивільного права. Але в окремих випадках імперативний метод може позначати перехід від самоорганізації до організації, зокрема, коли певна юридична конструкція, створена шляхом самоорганізації, набуває поширення і демонструє свою безальтернативність настільки, що зрештою закріплюється в якості соціально-правового нормативного регулятора як необхідна для існування в конкретних соціально-економічних, організаційних чи інших умовах. У зв'язку із цим такий нормативний регулятор у межах дії імперативного методу правового регулювання може перетворити продукт самоорганізації осіб шляхом його формалізації в імперативних нормативних положеннях на результат їх організації. Тобто, для забезпечення існуючого результату самоорганізації нормативний регулятор може надати йому безальтернативної форми правового буття шляхом прийняття імперативних нормативних положень, що забезпечуються різними правовими засобами, включаючи відповідальність.

Прояви самоорганізації простежуються всюди на всіх рівнях правового регулювання відносин, що становлять предмет цивільного права, і сфера цивільно-правового забезпечення переходу суб'єктивних цивільних прав та обов'язків від однієї особи до іншої не є винятком.

У сучасній юридичній літературі механізм переходу суб'єктивних прав і обов'язків між учасниками майнового обороту розглядається в контексті наукових положень, що складають теорію транзитивності або, як її ще називають, континуальну теорію, та теорію дискретності. Останню правники все частіше критикують за те, що в її межах отожднюється перехід прав із їх припиненням в одного суб'єкта та виникненням в іншого. Транзитивний (континуальний) підхід ґрунтується на науковій позиції, вперше висловленій Б.Б. Черепакінім у контексті правонаступництва, згідно з якою ним є «перехід права (в широкому сенсі – також правового обов'язку) від однієї особи (праводавця) до іншої ( правонаступника) у порядку похідного правонабуття (у відповідних випадках – похідного набуття правового обов'язку) [12, с. 162–163; 13, с. 3–4].

Зважаючи на те, що Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), хоч і оперує термінами «перехід прав та обов'язків» та «передача прав», не розкриває їх змісту, вбачається за можливе в одному із аспектів визначити перехід прав як теоретичну, умоглядну

модель дослідження однойменного явища в теорії та практиці цивільного права. Всебічне розкриття переходу суб'єктивних цивільних прав та обов'язків між учасниками майнового обороту як правового засобу забезпечення динаміки цивільних правовідносин може здійснюватися в контексті іншої теоретичної моделі – механізму правового регулювання суспільних відносин, що охоплюються предметом цивільного права.

Враховуючи наведене, можна стверджувати, що для застосування синергетичного підходу для дослідження механізму переходу цивільних прав і обов'язків є цілком істотні передумови. Механізм правового регулювання є системним утворенням [14, с. 66; 15 с. 4], а механізм переходу прав та обов'язків є складовою частиною (підсистемою) зазначеного вище механізму, і може розглядатися як окрема сукупність його елементів. Крім того, перехід прав та обов'язків може бути результатом самоорганізації учасників цивільних правовідносин, наслідком саморегулювання, зокрема і з використанням договору або інших правових засобів. Практично будь-який перехід прав та обов'язків, що ґрунтується на договорі, є результатом самоорганізації учасників цивільних правовідносин. Абстрактні правові моделі, закріплені в нормах цивільного права справляють потужний організаційний та стимулюючий вплив на відносини, що складають предмет цивільно-правового регулювання, запроваджуючи можливі орієнтири розвитку цивільного правовідношення. Підставою їх реалізації часто виступає договір. Однак учасники правовідношення самі обирають модель, що відповідає їх потребам і вимогам, як базовий нормативно визначений орієнтир. Вони мають право самостійно його доповнити відповідними положеннями договору, і в цьому вбачається ще один прояв самоорганізаційних засад сфери цивільно-правового регулювання.

Учасники цивільних правовідносин можуть конкретизувати нормативну модель шляхом визначення підстав здійснення переходу прав та обов'язків, ускладнюючи їх відкладальними і скасувальними умовами, визначаючи обсяг прав та обов'язків, що переходять, тощо. Водночас окремі теоретичні конструкції переходу прав та обов'язків, напрацьовані практикою в межах саморегулювання і нею ж втілені в життя у конкретних правовідносинах, можуть згодом знаходити відображення в нормах права, про що зазначалося вище в контексті переходу від самоорганізації до організації. Прикладом можна вважати виникнення похідних речових прав на предмет цивільних правовідносин і їх припинення внаслідок переходу прав власності на річ до носія таких прав за єдиною юридичною підставою – договором оренди житла з викупом (ст. 810-1 ЦК України) [16, ст. 810-1]. До 2008 р. існування такої моделі розвитку правовідношення забезпечувалося самоорганізаційними засадами і положеннями про свободу договору і змішаний договір, а з формалізацією одержало статус нормативної моделі. Надалі використання такої конструкції може бути визнано державою для окремих сфер правовідносин обов'язковою, що замінить самоорганізаційні засади розвитку таких правовідносин на організаційні.

Не слід виключати і того, що закріпленню окремих механізмів переходу прав та обов'язків на рівні джерел права передувало створення відповідної теоретичної конструкції і її запровадження в правових звичаях, багато з яких були започатковані у Стародавньому Римі.

**Висновки.** Таким чином, слід визнати, що синергетичний підхід є досить ефективним інструментом дослідження переходу прав та обов'язків між учасниками цивільних правовідносин в широкому сенсі. Адже, як теоретична конструкція, він є результатом умоглядного сприйняття правової дійсності, що є методологічною моделлю розгляду досліджуваного правового явища; як процес – він є втіленням визначеної, зокрема в порядку самоорганізації, правової моделі, результатом саморегулювання, здійснюваного учасниками цивільних правовідносин. Процес переходу прав та обов'язків характеризується наявністю таких елементів, як: особи, між якими здійснюється трансфер; правовідношення, в якому перебуває ауктор; права (обов'язки), що переходять, ґрунтуючись на відповідній правовій підставі такого переходу. У цьому разі вбачається, що домовленість ауктора і сукцесора або односторонні дії першого можуть детермінувати зв'язки між відповідними елементами і призводити до переходу прав (обов'язків). Однак розгляд причин такої самоорганізації досліджуваних відносин і встановлення наявності або відсутності в ній закономірностей обумовлює вихід на інший рівень наукового пізнання і включення в нього елементів механізму цивільно-правового регулювання і зв'язків між ними. Необхідно також залучати в якості предмету дослідження такі явища, як правові стимули, обмеження, правосвідомість, волю осіб, існуючий правопорядок тощо.

Але це обумовлюватиме вихід за межі традиційної для цивілістики позитивістської парадигми і може призвести до розмивання прикладної орієнтованості одержуваних наукових результатів. Таким чином, наведене не виключає можливості використання синергетичного підходу для дослідження механізму переходу цивільних прав та обов'язків, однак досягнення найбільш вагомих наукових результатів можливе лише за умови комплексного застосування інструментарію всієї цивілістичної методології. Інструментальний підхід дозволить розглянути процеси формування правових моделей переходу, а в контексті дослідження результативного впливу механізму правового регулювання – окреслити коло суспільних відносин, що потребують включення до цієї сфери регулювання.

Крім того, варто зауважити, що, у контексті прикладної орієнтації цивільного права, для дослідження механізму переходу прав та обов'язків найбільш продуктивним є формально-догматичний (позитивний) метод та інструментарій теорії систем, які здатні пояснити природу переходу цивільних прав та обов'язків з урахуванням приписів положень чинного цивільного законодавства України, а також визначити співвідношення між елементами системи з урахуванням їх цільової спрямованості, запрограмованої законодавцем або самими учасниками правовідносин, з урахуванням породжуваних наслідків, недоступних для окремих елементів системи. Слід враховувати, що, хоча перехід прав є теоретичною, умоглядною категорією цивілістики, з його допомогою досліджується відповідний сегмент реальної правової дійсності, врегульованої на рівні положень чинного цивільного законодавства України

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Шунди́ков К.В. Юридический инструментализм в методологии синергетики. Ленингр. юр. журн. 2014. № 4 (38). С. 160–167.
2. Хакен Г. Синергетика / пер. с англ. В.И. Емельянова; под. ред. проф. Ю.Л. Климонтовича и С.М. Осовца. М., Изд-во «Мир», 1980. 404 с.
3. Аршинов В.И. Синергетика как феномен пост-неклассической науки. М.: Рос. Акад. Наук. Ин-т философии, 1999. 203 с.
4. Никитенков Н.Н., Никитенкова Н.А. Синергетика для инженеров: учеб. пособ. Томск: Изд-во Томск. политех. ун-та. 2009. 168 с.
5. Ясечко С.В. Синергетичний підхід в цивільному праві. Пробл. цив. права та процесу: наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О.А. Пушкіна, 27 трав. 2016 р.: матеріали. Х.: ХНУВС, 2016. С. 111–113.
6. Малинецкий Г.Г. Теория самоорганизации. На пороге IV парадигмы. Компьютерные исследования и моделирование. 2013. Т. 5, № 3. С. 315–366.
7. Кравець К.А. Синергетика – теория самоорганизации. Управління розвитком. 2013. № 14 (154). С. 141–142.
8. Буданов В. Синергетика: мировоззрение, методология, наука. Экономич. стратегии. 2010. № 5. С. 48–56.
9. Буданов В. Методология и принципы синергетики. Філософія освіти. 2006. № 1 (3). С. 143–172.
10. Шишкин В.В. Синергетический подход в теории права: автореф. дис ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история прав и государства; история учений о праве и государстве». Н. Новгород, 2007. 35 с.
11. Яроцький В. Самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціальних управлінських систем. Вісн. Акад. прав. наук України. 2007. № 4 (51). С. 115–123.
12. Носов Д.В. К вопросу о понятии «правопреемство» в гражданском праве. Lex Russica. 2006. Т. LXV, № 1. С. 162–166.
13. Черепакhin Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. М.: Горькириздат, 1962. 162 с.
14. Альберда Т.Г. Механізм як загальнонаукова і правова категорія («Правовий механізм»). Молодий вчений. 2013. № 2 (02). С. 64–68.
15. Зоріна О.Ю. Права і свободи людини та механізм їх реалізації. Митна справа. 2013. № 3 (87), ч. 2, кн. 2. С. 3–10.
16. Цивільний кодекс України: за станом на 01 грудня 2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

Поліщук М. Г.,  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

## ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СПАДКОВОГО ПРАВА ДАВНЬОГО РИМУ ТА СПАДКОВОГО ПРАВА СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

### COMPARATIVE CHARACTERISTICS SUCCESSION OF ANCIENT ROME AND THE SUCCESSION OF MODERN CIVIL LAW UKRAINE

Стаття присвячена висвітленню питання розвитку спадкового права з часів Давнього Риму до сьогодення. Стародавній Рим – колиска цілісної системи норм та понять, яка є базою для сучасного законодавства. Римська держава створила самобутню культуру, одним із основних надбань якої є римське приватне право, що стало взірцем високої правової культури.

**Ключові слова:** цивільне право, спадок, спадщина, спадкодавець, спадкоємець, спадкування за законом, спадкування за заповітом.

Статья посвящена рассмотрению развития наследственного права со времен Древнего Рима до наших дней. Древний Рим является колыбелью целой системы норм и понятий, которые стали базой для современного законодательства. Римская империя создала самобытную культуру, одним из основных достижений которой является римское право, ставшее образцом высокой правовой культуры.

**Ключевые слова:** гражданское право, наследство, наследователь, наследование по закону, наследование по завещанию.

The article is devoted to highlighting issues of succession since Roman times to the present. Ancient Rome – the cradle of a coherent system of rules and concepts that are the basis for modern law. Roman state created a distinct culture, one of the main achievements which the Roman private law, which was a star high legal culture.

**Key words:** civil law, inheritance, legacy testator, heir, hereditary succession, inheritance by will.

Дослідження теоретико-історичного аспекту виникнення та формування спадкового права дає змогу проаналізувати перспективи його розвитку та шляхи вдосконалення. Опановуючи спадкове право Давнього Риму, ми дійшли висновку, що з ним тісно пов'язане спадкове право сучасної України. Основні його поняття з'явилися ще в римському праві, пізніше вони були відтворені цивільним правом нових народів, заклавши основи спадкового права більшості сучасних правових систем.

Вивченню спадкового права присвячено багато праць радянських та українських учених, зокрема Є. Харитонов, В. Серебровського, О. Підпригори, Б. Антимон, К. Граве, А. Азімова, Т. Коваленко, В. Васильченко, В. Макаруча, В. Томсинова та ін.

У Стародавньому Римі основним інститутом спадкового права було спадкування (*hereditas*). Спадкування (*hereditas*) – це перехід майна померлої особи до іншої особи (осіб). За допомогою цього інституту забезпечувалося збереження цілісності майна померлого і перехід цього майна до правонаступника. Цим правом забезпечувалося загальне (універсальне) майнове наступництво після смерті особи. Універсальне правонаступництво (*sucessio universitas, universales*) мало місце, якщо одна особа брала на себе майнові права і обов'язки другої (*universitas*). Тобто, не можна було погодитися на наступництво лише в правах, відмовившись від обов'язків (боргів), чи покласти на одного спадкоємця борги спадкодавця, а іншому передати тільки права [1, с. 346].

У системі римського приватного права спадкове право було тісно пов'язане з усіма видами майнових

прав. Римські юристи вважали: помирає власник, але залишається його власність; помирає боржник, але продовжує «жити» його борг. У римському приватному праві склався цілий комплекс правових приписів, які регулювали перехід майна власника після його смерті до інших осіб. До них належали такі категорії та положення: спадкування, спадщина, спадкоємець, спадкодавець, універсальне та сингулярне наступництво, відкриття і набуття спадщини, легати, фідейкоміси тощо [2, с. 221].

Спадуванням за римським правом називалися такі правовідносини, за якими одна особа після смерті іншої особи отримувала певний обсяг прав та обов'язків, що переходили від останньої [1, с. 349]. За Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), спадкування – це перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) (ст. 1216 ЦК). Як бачимо, українське законодавство запозичило багато понять із римського права.

Якщо спадкодавець помирає, то, згідно із Законом XII таблиць, він втрачає свої суб'єктивні права та не може брати участь у будь-яких правовідносинах. Людина після смерті вважається неправоздатною. Важливий правовий принцип римського права полягав у тому, що спадщина до прийняття її спадкоємцем (за відсутності живого, фізичного суб'єкта) зберігає статус майна відомої, хоча і померлої особи; тому дане майно не визнається безгосподарним (нічим), воно «само собі хазяїн». Це майно «охороняється» особою померлого власника. Воно здатне зменшуватися та збільшуватися у своєму складі,



якщо для цього не знадобляться дії фізичної особи (наприклад, збільшення майна за допомогою рабів). Про спадщину, що не була прийнятою, римляни говорили: спадщина лежить, покоїться (*hereditas jacet*) [5, с. 149]. Цей аспект є дуже цікавим у вивченні, бо спадщина вважалася частиною самої себе, тобто була ніби «живою», могла змінюватися, збільшуватися або зменшуватися. На сьогодні цей процес передається до державних установ, у яких вирішується подальша доля спадку (якщо немає спадкоємців).

Римське право зробило важливий крок, поклавши відповідальність за борги на спадкоємців, до яких переходило майно померлого. Спадковому правонаступництву було надано характеру не тільки майнової відповідальності за спадщину, а й особистої відповідальності самого спадкоємця – навіть його власним майном. Причиною цього стало давнє уявлення римлян про правонаступництво особистості, що виробилося на ґрунті релігійних вірувань. Поряд із цим існувала і сингулярна наступність як перехід виключно майна і майнових прав, але не обов'язків. Це правонаступництво відбувалося у двох історичних формах: цивільній – легаті (*legatum*) і загальнонародній – фідейкомісі (*fideicommissum*). Сутність обох цих форм становить розпорядження спадкодавця, яке вигідне для третьої особи і має бути обов'язково виконане спадкоємцем. У праві Юстиніана ці форми були об'єднані в окремий інститут [4, с. 271].

У Давньому Римі порядок покликання до спадкування визначався ступенем родинності: хто був ближче до померлого в порядку патріархальної родинності, тому і залишалося майно. Тобто у давні часи існувало тільки спадкування за законом. Такий «законний» порядок стояв вище за будь-яку волю. Якщо померлий мав дітей, то вони вступали у володіння його майном. Якщо дітей не було, то спадщина переходила до тих осіб, з якими померлий раніше становив одну сім'ю. У цьому полягав природний закон спадкування, тому можна вважати, що в стародавні часи спадкування встановлювалося тільки за законом [5, с. 246].

Щодо черги на спадкування, то тут у римському й українському законодавстві помітні розбіжності. Класифікація черги на спадок у римському законодавстві мала такий вигляд:

- 1 черга: діти, внуки, правнуки;
- 2 черга: мати, батько, дід, баба;
- 3 черга: дядько, тітка, сестра, брат;
- 4 черга: далекі родичі (племінник, троюрідні брати та сестри тощо);
- 5 черга: чоловік або дружина спадкодавця.

Якщо ж розглядати українське законодавство, то тут картина дещо відмінна:

- 1 черга: діти спадкодавця, у т. ч. зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті, чоловік або дружина спадкодавця, батьки (ст. 1261 ЦК України).
- 2 черга: рідні брати та сестри спадкодавця, його баба та дід як із боку батька, так і з боку матері (ст. 1262 ЦК України).

– 3 черга: рідні дядько та тітка спадкодавця (ст. 1263 ЦК України).

– 4 черга: особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менше, як п'ять років до часу відкриття спадщини (ст. 1264 ЦК України).

– 5 черга: інші родичі до шостого ступеня спорідненості включно, утриманці спадкодавця, які не були членами його сім'ї (ст. 1265 ЦК України).

І це є дуже цікавим питанням, оскільки в римському суспільстві значний час утискалися права жінок, тож дружина спадкодавця могла не отримати нічого.

У римському праві поряд із наступництвом між чергами та ступенями спадкоємців існувало т. зв. прирощення часток (*ius accrescendi*). Якщо до спадкування закликалося кілька осіб одного ступеня споріднення (наприклад, три сина), одна з яких не набувала своєї частки у спадщині, ця частка приростала до часток інших одночасно закликаних спадкоємців (у разі відмови від спадщини одним із синів двоє інших отримують по половині) [6, с. 78].

Розглядаючи таке питання, як право на спадкування, слід також звернути увагу на ще один важливий аспект: момент відкриття спадщини виникає в день відкриття спадщини.

Відкриття спадщини – це настання певних обставин, за яких у відповідних осіб виникає право спадкоємництва. До обставин, що зумовлюють відкриття спадщини, закон відносить смерть особи та оголошення особи померлою (ст. 1220 ЦК). Часом відкриття спадщини є день смерті особи або день, з якого її оголошено померлою. Встановлення часу відкриття спадщини має важливе значення, оскільки на час відкриття спадщини визначається коло спадкоємців, склад спадкового майна.

Якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б успадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно й окремо щодо кожної з них. Відповідно, якщо кілька осіб, які могли б успадкувати одна після одної, загинули внаслідок спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. У цьому випадку спадщина відкривається одночасно й окремо щодо кожної з цих осіб [2, с. 149].

Місцем відкриття спадщини є останнє місце проживання спадкодавця, якщо ж місце проживання спадкодавця невідоме, то місцем відкриття спадщини є місцезнаходження нерухомого майна або основної його частини; якщо немає нерухомого майна – місцезнаходження основної частини рухомого майна (ст. 1221 ЦК).

Слід зауважити, що сукупність правових норм, які регулюють правовідносини, що виникають внаслідок переходу прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців), становить підгалузь спадкового права.

Спадкування буває двох видів: спадкування за заповітом та спадкування за законом. Законодавець надає перевагу спадкуванню за заповітом, в якому особа може висловити свою волю щодо



розпорядження належним їй майном на користь будь-якої іншої особи. Щодо спадкування за законом, то воно може мати місце лише за умов:

- а) відсутності заповіту;
- б) визнання його недійсним;
- в) неприйняття спадщини або відмова від її прийняття;
- г) неохоплення заповітом усієї спадщини.

Згідно із ЦК України, суб'єктами спадкових прав відносин є спадкодавець та спадкоємець.

Спадкодавець – це фізична особа, майно якої після її смерті переходить у спадщину до іншої особи чи до інших осіб. Спадкодавцем може бути лише фізична особа незалежно від віку, статі, стану здоров'я тощо.

Спадкоємець – особа, яка у разі смерті тієї чи іншої фізичної особи набуває права одержати її спадкове майно, тобто має право на спадкування. Спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Спадкоємцями за заповітом можуть бути також юридичні особи та інші учасники цивільних відносин [3, с. 206].

Спадкування в римському праві також здійснювалося двома шляхами: за заповітом та за законом. Із появою спадкування за заповітом виникає потреба встановити співвідношення закону і заповіту як підстав спадкування. Спадкування за законом здійснювалося, якщо спадкодавець не залишав заповіт, відмовлявся від нього або ж останній визнавався недійсним. Спадкування за заповітом здійснювалося, якщо спадкодавець залишав заповіт, у якому було чітко вказано спадкоємця та частку, яку він має отримати. Заповіт повинен був відповідати всім нормам, встановленим римськими преторами.

Хоч українське спадкування і базується на римському, все ж римське право мало деякі особливості, зокрема неможливість спадкування одночасно і за законом, і за заповітом. Тобто, вважався неприпустимим перехід однієї частини спадщини до спадкоємця за законом, а іншої – за заповітом (*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* – Ніхто не може спадкувати одну частину за заповітом, а іншу за законом). Цей принцип римського спадкового права був закладений ще в Законах XII таблиць і зберігся в праві Юстиніана [4, с. 207].

Дана особливість присутня в українському законодавстві, однак допускається спадкування як за законом, так і за заповітом [3, с. 107].

У римському приватному праві необхідною умовою виникнення прав відносин спадкування було відкриття спадщини (*delatio hereditatis*). Моментом відкриття спадщини вважався момент смерті спадкодавця. Спадщина відкривалася не всім особам, а лише тим, які вчинили відповідні дії для прийняття спадщини (*aditio hereditatis*). Спадкоємець повинен був висловити свою волю щодо спадку (прийняття або відмову).

Правом на спадщину можна було поступитися на користь іншої особи у формі поступки перед

магістратом – *in iure cessio hereditatis* (Gai. 2.34–37). Особливістю такої поступки було те, що по-перше, її можна було здійснити тільки після прийняття спадщини особою, що поступається, а по-друге, до отримувача за поступкою переходили тільки речі зі спадкового майна, обов'язки залишалися у спадкоємця [4, с. 371]. Законодавець визначав умови, за яких особу може бути усунено від права на спадкування. [2, с. 207]. Не мали права на спадкування ні за законом, ні за заповітом особи, які умисно позбавили життя спадкодавця чи будь-кого з можливих спадкоємців або вчинили замах на їхнє життя, крім випадку, коли спадкодавець призначив таку особу своїм спадкоємцем за заповітом, знаючи про це. Також не мали права на спадкування за заповітом особи, які умисно перешкоджали спадкодавцеві скласти заповіт, внести до нього зміни або скасувати, і цим сприяли виникненню права на спадкування у них чи в інших осіб або збільшенню їхньої частки у спадщині.

Дані особливості законодавства дають нам зрозуміти, що вже у ті часи спадкування було на високому рівні; законодавство передбачало різноманітні випадки, які можна було вирішити та усунути.

Згідно із ЦК України, не мають права на спадкування за законом:

- 1) батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав, і їхні права не було поновлено на час відкриття спадщини;

- 2) батьки (усиновлювачі) та повнолітні діти (усиновлені), а також інші особи, які ухилялися від виконання обов'язку щодо утримання спадкодавця, якщо цю обставину встановлено судом;

- 3) одна після одної особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду. Однак, якщо шлюб визнано недійсним після смерті одного з подружжя, то за другим із подружжя, який його пережив і не знав та не міг знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, суд може визнати право на спадкування частки того з подружжя, хто помер, у майні, яке було набуто ними за час цього шлюбу;

- 4) особа, яка ухилялася від надання допомоги спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані, – за рішенням суду. Таке правило поширюється на всіх спадкоємців, у т. ч. і на тих, хто має право на обов'язкову частку у спадщині, а також на осіб, на користь яких зроблено заповідальний відказ.

У римські часи форма заповіту була різною. У найдавніші часи було створено вербальні договори, які були не завжди зручними та надійними. Пізніший, юстиніанівський період позначився прогресом у цьому питанні, однак заповіти все ще залишалися складними і потребували 7 свідків. На той час письмові контракти не були обов'язковими і їх укладали лише ті люди, в яких були гроші.

Встановлений порядок укладання заповіту з умовою, яка повинна існувати на момент відкриття спадщини, обмежує право заповідача на вільне розпорядження майном на випадок смерті.

Глибокі історичні корені спадкування зумовлюють потребу не лише констатації досягнень цивілістичної

доктрини і практики минулих років, а й докладнішого вивчення історії розвитку та становлення основних інститутів спадкового права, ретельного обговорення аргументів наших попередників, без чого не можна об'єктивно створити загальнотеоретичну базу проблем, які досліджуватимуться [4, с. 146].

Історичний процес створення спадкового права у римському праві відбувався протягом декількох століть. У свою чергу, українське право вже мало певну базу, розроблену ще давньоримськими юристами, тож для покращення та створення власного права знадобилося одне століття. Незважаючи на те, що наш цивільний кодекс є кваліфікаційно розробленим, він залишається недосконалим і містить прогалини. Як слушно зауважував Генрі Філдінг, «Поряд із законами держави є ще закони сумління, які заповнюють прогалини законодавства».

Спадковий процес неможливо уявити без спорів. Сьогодні спори про спадок не є рідкістю. У кожному з цих процесів було щось особливе, що визначало справу. Через деякий час у юристів і римського, і українського права з'явилися прецеденти, які допомагали вирішувати питання, навіть не розглядаючи їх по суті.

Важливим питанням залишається захист прав спадкоємця і спадкодавця. Хоча ми й живемо у розвиненій європейській державі, трапляються випадки, коли люди вляштовують афери, порушуючи права спадкоємців і спадкодавців, втручаючись до цивільного процесу, що призводить до негативних наслідків. У часи Римської Імперії таких випадків було не менше. Щоб зменшити частоту подібних афер, слід ретельно розглядати кожен закон, який приймається.

Отже, розглядаючи та порівнюючи питання спадкування, можна зробити висновок, що українське спадкове право сформоване на основі римського спадкового права. Звісно, у ньому присутні розбіжності і деякі вдосконалення, що роблять українське спадкове право детальнішим і простішим за римське, однак воно ще не досягло того етапу розвитку, коли кількість недоліків буде мінімальною. Вдосконалення всієї системи зменшить частку афер і подібних до них злочинів. Здійснений нами аналіз показує, що спадкове право було і залишається важливою частиною цивільного права – як у часи Стародавнього Риму, так і в сучасній Україні.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Підпригора О.А. Римське приватне право: підручник. К.: Ін Юре, 2001. 440 с.
2. Макарчук В.С. Основи римського приватного права: навч. посібник. К.: Атіка, 2003. 255с.
3. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 3. / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Х.: Страйд, 2014. 240 с.
4. Федущак-Паславська Г. Основні засади спадкування за римським приватним правом. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні / редкол. П.М. Рабінович та ін. Л., 2004. С. 69–70.
5. Орач Є.М., Тищик Б.Й. Основи римського приватного права: курс лекцій. К.: Юрінком Інтер, 2000. 272 с.
6. Римское частное право: учебник / под. ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М.: Юриспруденция, 2001. 560 с.
7. Савельев В.А. Римское частное право. М.: Юристъ, 1995. 356 с.

**Тубольцева Я. С.,**  
аспірант кафедри цивільного процесу  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО УСИНОВЛЕННЯ: ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ

### LEGAL REGULATION OF REVIEWS OF CASES ON ADOPTION: BASIC PROVISIONS

Стаття присвячена аналізу сучасного національного законодавства України та міжнародних документів, що регулюють процедуру розгляду судами справ про усиновлення. У статті доведено необхідність правової регламентації розгляду судом справ про усиновлення. На основі дослідження наукової літератури сформульовано окремі пропозиції щодо вдосконалення правової регламентації процедури усиновлення в Україні.

**Ключові слова:** усиновлення, судовий розгляд, окреме провадження, правова регламентація, найвищий інтерес дитини.

Статья посвящена анализу современного национального законодательства Украины и международных документов, регулирующих процедуру рассмотрения судами дел об усыновлении. В статье доказана необходимость правовой регламентации рассмотрения судом дел об усыновлении. На основе исследования научной литературы сформулированы отдельные предложения по совершенствованию правовой регламентации процедуры усыновления в Украине.

**Ключевые слова:** усыновление, судебное разбирательство, отдельное производство, правовая регламентация, высший интерес ребенка.

The article is devoted to analysing the modern national legal system of Ukraine and the international documents which regulate the procedure of reviewing the cases on adoption. The analysis of legal statistics revealed gaps of reviews of cases on adoption. The need for legal regulation of reviews of cases on adoption is stressed and proved. On the basis of the analysis of the scientific literature the recommendation on the improvement of a legal regulation of the procedure of adoption in Ukraine is provided.

**Key words:** adoption, court hearing, separate prosecution, legal regulation, high interest of the child.

**Вступ.** Інститут усиновлення був і залишається на сьогодні найвдалішою, життєво виправданою та пріоритетною формою влаштування дітей, які втратили батьків або з інших причин позбавлені батьківського піклування. Ніякі форми державного піклування про дитину (дитячі будинки, інтернати тощо) не можуть зрівнятися з вихованням дитини в сім'ї.

Актуальність теми дослідження порядку розгляду справ про усиновлення за правилами цивільного процесуального законодавства пояснюється також великою кількістю справ зазначеної категорії, що були предметом розгляду судами цивільної юрисдикції. За даними Державної судової адміністрації України, викладеними в довідці від 06 жовтня 2017 р., кількість матеріалів про усиновлення, що розглядалися судами цивільної юрисдикції впродовж 2013–2016 рр., становить 12 543 справи. Необхідно також відзначити, що протягом зазначеного періоду під час розгляду 145 справ встановлено порушення термінів їх вирішення за правилами Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Актуальність дослідження процедури усиновлення пояснюється й необхідністю вдосконалення оперативності розгляду справи, враховуючи наведену вище статистику, яка свідчить про порушення термінів розгляду справ.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі сучасні аспекти інституту усиновлення та порядку його здійснення аналізуються в працях фахівців сімейного та цивільного процесуального права: О.О. Грабовської, С.С. Журила, Л.М. Зілков-

ської, В.В. Комарова, Г.О. Світличної, Т.А. Стоянової, С.Я. Фурси та ін.

Метою і завданням статті є аналіз правової регламентації інституту усиновлення та визначення процесуальних особливостей розгляду справ про усиновлення в сучасних умовах.

**Виклад основного матеріалу.** Преамбула Конвенції ООН про права дитини 1989 р., ратифікована Україною у 1991 р., робить акцент на тому, що кожна дитина має право на сім'ю. У вищезазначеному нормативно-правовому акті підкреслюється, що дитині для повного і гармонійного розвитку найкраще виховуватися у сім'ї, в атмосфері щастя, любові та розуміння. Саме за таких умов дитина може бути повністю підготовлена до самостійного життя в суспільстві й вихована у дусі найвищих гуманістичних ідеалів і цінностей [1].

Сучасна державна політика спрямована на максимальне забезпечення права дитини на сім'ю, що передбачає як попередження сирітства, так і влаштування дітей, які вже стали сиротами або позбавлені батьківського піклування, до сімейних форм виховання. На цей час інформація про кожну таку дитину заноситься до Єдиної інформаційно-аналітичної системи (ЄІАС) «Діти». Це єдина організаційно-технічна, інформаційно-аналітична система, призначена для накопичення, зберігання, обліку, пошуку та використання даних про дітей-сиріт; дітей, позбавлених батьківського піклування; дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах; кандидатів в усиновлювачі, опікуни, піклувальники, прийомні

батьки, батьки-вихователі; усиновлювачів, опікунів, піклувальників, прийомних батьків, батьків-вихователів [2]. Такий порядок ведення даних дає змогу проводити моніторинг із питань соціального захисту зазначеної категорії осіб. Так, станом на листопад 2017 р. система налічує 15 656 електронних обліково-статистичних карток дитини, з них лише у Харківській області на обліку в службах у справах дітей перебуває 1 090 дітей, що також свідчить про доцільність подальших досліджень як матеріально-правового аспекту інституту усиновлення, так і процесуального порядку розгляду судами справ про усиновлення [3].

В Україні усиновлення дітей визначено пріоритетною формою влаштування вищевказаних дітей [4]. Пріоритетною зазначену форму робить те, що усиновлена дитина прирівнюється в правах і обов'язках до рідних дітей, що є важливим у правовому та соціальному аспектах.

Закріпивши пріоритет сімейного виховання в нормативно-правових актах, держава зобов'язана забезпечити його реалізацію. Також держава сприяє розвитку усиновлення, встановивши обов'язковий судовий порядок його проведення, заборону посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей, передання їх під опіку, піклування чи на виховання в сім'ї громадян України, іноземців, можливість застосування до усиновлювача такої санкції, як позбавлення батьківських прав [5].

Соціальний інститут усиновлення є одним із найстаріших, однак судовий порядок усиновлення є відносно новим процесуальним інститутом. Він запроваджений Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України» від 30 січня 1996 р., а також Законом України «Про внесення доповнень до Цивільного процесуального кодексу України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України» (зміни щодо порядку усиновлення дітей)» від 12 липня 1996 р. саме у процесуальному законодавстві. Адміністративна процедура усиновлення перестала відповідати вимогам часу. Введення судового порядку обумовлено тим, що суд у здійсненні правосуддя вирішує питання про зміну юридичного стану особи. Важливим є те, що судові рішення, яке набрало законної сили, забезпечує стабільність встановлених правовідносин між усиновлювачем та усиновленою дитиною чи повнолітньою особою.

Процесуальні питання, пов'язані з розглядом та вирішенням відповідних справ, підстави та порядок усиновлення дітей в Україні регулюються такими нормативно-правовими актами: ЦПК України (ст. 251–255); Сімейним кодексом (далі – СК) України (ст. 207–242, 282–287); Законами України «Про охорону дитинства» (ст. 24), «Про відпустки» (ст. 18–19), «Про державну допомогу сім'ям із дітьми» (статті 12.1–12.3); Постановами Кабінету Міністрів України від 08 жовтня 2008 р. № 905 «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей» (зі змінами) та від 27 грудня 2001 р.

№ 1751 «Про затвердження Порядку призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми» (зі змінами); наказом Міністерства України у справах сім'ї, молоді та спорту від 05 лютого 2007 р. № 313 «Про порядок та умови прийому громадян України, які проживають за межами України, та іноземців, які бажають усиновити дитину в Україні, для подання ними справ», зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 24 жовтня 2008 р., № 1022/15713; наказом Міністерства охорони здоров'я України від 20 серпня 2008 р. № 479 «Про затвердження Переліку захворювань, за наявності яких особа не може бути усиновлювачем», зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 24 жовтня 2008 р., № 1022/15713. Процедура розгляду судами справ про усиновлення регулюється ЦПК України в редакції Закону України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів».

Основним документом у галузі міжнародного усиновлення є Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута), ратифікована Законом України № 3017-VI (3017-17) від 15 лютого 2011 р., що була прийнята на зміну Конвенції Ради Європи з питань усиновлення 1967 р. Вищевказаний документ пропонує державам-учасницям механізм співробітництва з метою забезпечення усиновлення з урахуванням найвищих інтересів дитини, а також передбачає порядок обміну інформацією між ними для попередньої перевірки щодо дитини або майбутніх усиновлювачів тощо [6]. Регулювання міжнародно-правовими актами досліджуваних відносин запроваджує певні принципи усиновлення з урахуванням сучасних тенденцій. Таким чином забезпечуються умови належного здійснення усиновлення та настання правових наслідків із максимальним урахуванням інтересів дитини.

На сьогодні процес удосконалення національного законодавства про усиновлення не завершено, про що свідчить встановлені у науковій літературі невідповідності положень сімейного та цивільного процесуального законодавств, із приводу яких проводяться дослідження. Не можна обійти увагою й необхідність дослідження можливих умов забезпечення гармонізації міжнародних стандартів дотримання прав і свобод людини та національних правових норм України в сфері усиновлення.

У сімейному законодавстві «червоною ниткою» проходить положення, що будь-які дії відносно дитини проводяться в її найвищих інтересах для забезпечення стабільних та гармонійних умов її життя, у т. ч. й усиновлення. Європейський суд з прав людини під час вирішення справ також приділяє особливу увагу принципу пріоритету найвищих інтересів дитини у тлумаченні ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (рішення ЄСПЛ у справі «Піні і Бертані та Манера і Атрипальді проти Румунії» від 22 червня 2004 р. та у справі «Шнейдер (Schneider) проти Німеччини»



від 15 вересня 2011 р.). Визначення змісту та критеріїв таких «найвищих інтересів» не надано у національних нормативно-правових актах. Вони віддаються на визначення суду, а тому можуть виникнути труднощі у тлумаченні судом даного оціночного поняття. Так, у науковій літературі міститься визначення інтересів дитини, під яким пропонується розуміти фактори, що обов'язково повинні бути дотримані у разі усиновлення – забезпечення умов, необхідних для повноцінного фізичного, психічного і духовного розвитку дитини [7, с. 542]. На думку Т.А. Стоянової, принцип відповідності усиновлення найвищим інтересам дитини – це один із фундаментальних, комплексних принципів інституту усиновлення, що включає дотримання усиновлювачем усіх умов усиновлення та здатність надати дитині належне сімейне виховання. Такий принцип, на її думку, слід віднести до принципів окремих інститутів цивільного процесу, а саме до принципу розгляду судом справ про усиновлення [8, с. 42].

Також Законом України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III «Про охорону дитинства» у ст. 24 встановлено, що усиновлення допускається виключно в інтересах самої дитини. Втім, усиновлення проводиться також в інтересах усиновлювачів, хоча дане положення законодавець у нормативно-правових актах не визначив. Усиновлення дає можливість особам, котрі не мають власних біологічних дітей, задовольнити потреби в материнстві та батьківстві. Інтереси учасників справи поєднуються з метою реалізації їх природного права на сім'ю, а, отже, справи даної категорії характеризуються відсутністю сторін із протилежними інтересами. Таким чином, справи про усиновлення дитини розглядаються судами загальної юрисдикції в порядку окремого провадження, яке є різновидом непозовного цивільного судочинства (п. 4. ст. 234 ЦПК України).

Як зазначає Г.О. Світлична, коло справ окремого провадження цивільного судочинства змінювалося, що свідчить про унікальність цього провадження, складність визначення концептуального критерію його законодавчого регулювання. Не можна не погодитися з висновком авторки щодо природи окремого провадження, що його специфікою є відсутність спору про право, наявність особливого суб'єктного складу учасників; об'єктом судового захисту є інтерес, що охороняється законом, а предметом судової діяльності – встановлення певних юридичних фактів і станів з метою подальшого здійснення особами суб'єктивних справ, а також особлива судова процедура.

За способом судового захисту справи окремого провадження зазначена авторка поділяє на такі групи:

- 1) про зміну правового статусу фізичних осіб;
- 2) про встановлення фактів, що мають юридичне значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов для здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав;
- 3) про відновлення чи визнання неоспорюваних суб'єктивних прав фізичних, юридичних осіб або держави;

4) про примусове здійснення певних правових дій [9, с. 637–656].

Відповідно, справи, про які йдеться у цій науковій статті, належать до першої групи, оскільки наслідком розгляду справи про усиновлення є зміна правового становища як заявника, так і усиновленого.

Особливістю правової регламентації судового розгляду цих справ є також безспірний характер предмету судового розгляду. Безспірний характер передбачає формальний підхід до визначення відсутності спору про право матеріальне. Не має бути спору про цивільне право між суб'єктами правовідносин, на встановлення яких направлена судова діяльність. Якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах (ч. 6 ст. 235 ЦПК України).

Засобом звернення до суду є заява особи (осіб), яка бажає усиновити дитину. Аналіз положень законодавства дає змогу зробити висновок, що усиновлення є добровільним актом і може бути здійснене лише за умови волевиявлення особи, яка бажає усиновити дитину.

Деякі вчені обґрунтовано пропонують вважати проходження державного обліку громадянами України, які постійно проживають на території України і бажають усиновити дитину, досудовим етапом усиновлення внаслідок того, що він є обов'язковим для проходження у разі усиновлення, за результатами якого отримується висновок про доцільність усиновлення, що свідчить про дотримання усіх необхідних умов усиновлення та про досягнення мети усиновлення, тобто, відповідність усиновлення найвищим інтересам дитини [10, с. 10–11].

Підготовка справ про усиновлення до розгляду (на час подачі статті до редакції) проводиться відповідно до вимог, встановлених ЦПК України 2004 р. Вона розпочинається з моменту постановлення ухвали про відкриття провадження у справі та закінчується винесенням ухвали про закінчення дій із підготовки до судового розгляду справи. Останні законодавчі зміни до процесуального кодексу запроваджують проведення підготовчого засідання для виконання завдання підготовчого провадження у кожній судовій справі, яка розглядатиметься за правилами загального позовного провадження. Нині, згідно із п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 5 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду», попереднє судове засідання не проводиться у наказному та в окремому провадженнях. Виняток із загального правила становлять справи про обмеження цивільної дієздатності чи визнання фізичної особи недієздатною, про визнання фізичної особи безвісти відсутньою або оголошення її померлою, про відновлення прав на втрачені цінні папери, у яких здійснюються певні підготовчі дії, визначені законом [11].

Однак, після відкриття провадження у справі про усиновлення, виникає низка питань щодо виклику зацікавлених осіб, тобто відповідного органу опіки та піклування, а в справі, провадження в якій відкрито за заявою іноземця, – уповноваженого органу виконавчої влади, витребування додаткових документів та інші питання, які під час судового розгляду призводять до перенесення розгляду справи та затягування процесу. Доречною є пропозиція С.С. Журила щодо необхідності включення до списку справ окремого провадження, у яких проводяться попередні судові засідання, справи про усиновлення, в т. ч. іноземними громадянами, українських дітей для своєчасного розгляду справи та забезпечення належного захисту прав і свобод усиновлюваної дитини [12, с. 79–80].

У розгляді справи предметом судової діяльності є перевірка підстав усиновлення, його відповідність інтересам особи, а також відсутність порушення інтересів інших осіб. Як у провадженні в справі про усиновлення до судового розгляду у попередньому судовому засіданні, так і під час судового розгляду справи увага має бути зосереджена на з'ясуванні умов та обставин, за наявності яких усиновлення може бути здійснене [13]. Суд зобов'язаний перевірити наявність передбачених законом підстав для усиновлення, а саме: згода батьків дитини на усиновлення (якщо є необхідність); відповідність заявника вимогам до осіб, які можуть бути усиновлювачами; чи є дитина або повнолітня особа відповідно до законодавства суб'єктом усиновлення; наявність згоди дитини на усиновлення (якщо це можливо); відповідність висновку органу опіки та піклування і дозволу на усиновлення уповноваженого органу виконавчої влади необхідним вимогам [14].

Суд під час судового розгляду обов'язково встановлює згоду усиновлюваного, адже, згідно з положеннями сімейного законодавства та Конвенції ООН про права дитини, думка дитини має бути врахована у вирішенні питань, що стосуються її життя. Така згода дитини на її усиновлення дається у формі, яка відповідає її вікові, стану розвитку та здоров'я. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 та 3 ст. 229 СК України, у разі усиновлення дитини, яка досягла семи років, для запису усиновлювача матір'ю або батьком потрібна згода дитини, крім випадку, передбаченого СК України. Суд повинен задовольнити заяву про такий запис усиновлювача рішенням про усиновлення, якщо це відповідає інтересам дитини.

Для забезпечення таємниці усиновлення та запобігання втручання в особисте життя і розголошення відомостей про особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, суд розглядає справи цієї категорії в закритому судовому засіданні. Цивільне

процесуальне законодавство України встановлює, що у випадках, встановлених ст. 226 СК України, суд розглядає справу в закритому судовому засіданні, не пов'язуючи це із заявленням клопотання осіб, які беруть участь у справі, забезпечуючи таким чином таємницю усиновлення. Як зазначає Л.М. Зілковська, таємницею є не тільки факт усиновлення але й окремі етапи його проведення. На думку вказаної авторки, таємниця усиновлення – це сукупність відомостей щодо усиновлення, що охороняються законом і повне чи часткове розголошення яких призводить чи може призвести до встановлення того факту, що усиновлювачі не є кровними батьками усиновленого [15, с. 73–74].

Судові рішення у справах про усиновлення мають загальнообов'язковий характер, але не підлягають примусовому виконанню. Рішення реалізується через внесення змін до актового запису про народження дитини або повнолітньої особи з видачею відповідного свідоцтва органом державної реєстрації актів цивільного стану.

Особливістю ухвалення судового рішення у справах про усиновлення особами є те, що до набрання законної сили судового рішення про усиновлення батьки дитини можуть відкликати свою згоду на усиновлення. У такому разі суд, згідно із ч. 5 ст. 255 ЦПК України, скасовує це рішення і поновлює розгляд справи, проте подальші процесуальні дії суду щодо розгляду поновленої справи є невизначеними.

**Висновки.** ЦПК України в редакції Закону України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» не передбачає суттєвих змін у правовій регламентації судового розгляду справ про усиновлення. Однак це не зумовлює необхідність відмови від проведення провадження у справі до судового розгляду у зазначеній категорії справ з підстав, наведених вище. Необхідність вдосконалення правової регламентації розгляду судами справ про усиновлення потребує приведення у відповідність національні норми вимогам Європейської конвенції про усиновлення дітей. Так, наприклад, зміст ст. 252 чинного ЦПК України щодо переліку документів у справі має містити вимогу обов'язкової наявності письмової нотаріально засвідченої згоди на усиновлення іншого з подружжя.

Дослідження правових норм, що регулюють розгляд судами справ про усиновлення, сприятиме більш чіткому дотриманню вимог законодавства, а відповідність вказаної процедури міжнародно-правовим стандартам здійснення правосуддя сприятиме підвищенню якості судочинства в цілому, з метою забезпечення найвищих інтересів дитини.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Конвенція про права дитини ООН від 20 листопада 1989 р., ратифіковано Постановою ВР № 789-XII від 27 лютого 1991. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_021).
2. Про ведення банку даних про дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, і сім'ї потенційних усиновлювачів, опікунів, піклувальників, прийомних батьків, батьків-вихователів: Наказ Міністерства соціальної політики України від 28 грудня 2015 р. № 1256. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0380-16>.

3. Офіційний веб-сайт Міністерства соціальної політики України. URL: <http://www.msp.gov.ua/children/motherhood.php>.
4. Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей : Постанова Кабінету Міністрів України від 08 жовтня 2008 р. № 905. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/905-2008-%D0%BF>.
5. Сімейний кодекс України: Закон від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
6. Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р., ратифіковано Законом України № 3017-VI (3017-17) від 15 лютого 2011 р. із застереженням та заявою. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a17](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a17).
7. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: КНТ, 2008. 1248 с.
8. Стоянова Т.А. Аналіз впливу окремих положень європейської конвенції про усиновлення при розгляди судами справ про усиновлення. Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні: матеріали круглого столу (Одеса, 16 травня 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 40–43.
9. Комаров В.В., Гусаров К.В., Сакара Н.Ю. Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: монографія / за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2016. 848 с.
10. Стоянова Т.А. Процесуальні особливості розгляду справ про усиновлення громадянами України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2009. 17 с.
11. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду: Постанова Верховного суду України від 12 червня 2009 р. № 5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-09>.
12. Журило С.С. До питання попереднього розгляду судом справ про усиновлення. Методологічні засади вдосконалення цивільного процесуального права: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. до 150-річчя від дня народження Є.В. Васьковського (8 квітня 2016 р.) / уклад.: І.В. Андронов, Н.В. Волкова, О.В. Сатановська. Одеса: Юрид. л-ра, 2016. С. 78–80.
13. Правова позиція Верховного суду України «Судова практика у справах про усиновлення». URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1A49974B2155F9D1C227B7C004A99C](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1A49974B2155F9D1C227B7C004A99C).
14. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав: Постанова Верховного суду України від 30 березня 2007 р. № 3. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-07>.
15. Зілковська Л.М. Правове регулювання усиновлення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2002. 177 с.

**Ушинський В. О.,**  
здобувач відділу авторського права та суміжних прав  
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності  
Національної академії правових наук України

## ДОТРИМАННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ВИДАВЦЯМИ

## THE OBSERVANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS BY VENDORS

У статті розкриваються проблеми дотримання прав інтелектуальної власності суб'єктами видавничої справи – видавцями, видавничими організаціями тощо. Аналізуються положення чинного законодавства стосовно видавничої справи та інтелектуальної власності. Доводиться, що для твору право на відтворення найбільш успішно реалізується завдяки видавництвам. Робляться пропозиції у частині покращення дотримання прав інтелектуальної власності та удосконалення законодавства.

**Ключові слова:** авторське право, видавець, інтелектуальна власність, твір.

В статті розкриваються проблеми соблюдення прав інтелектуальної собственисти суб'єктами издательского дела – издателями, издательскими организациями и т.д. Анализируются положения действующего законодательства в отношении издательского дела и интеллектуальной собственности. Доказывается, что для произведения право на воспроизведение наиболее успешно реализуется благодаря издательствам. Делаются предложения в части улучшения соблюдення прав интеллектуальной собственности и совершенствования законодательства.

**Ключевые слова:** авторское право, издатель, интеллектуальная собственность, произведение.

The article reveals the problems of observance of intellectual property rights by the publishers, publishers, publishing organizations, etc. The provisions of the current legislation on publishing and intellectual property are analyzed. It turns out that the right to a play for a work is most successfully realized through publishing houses. Proposals have been made to improve the enforcement of intellectual property rights and improve legislation.

**Key words:** copyright, publisher, intellectual property, essay.

**Постановка проблеми.** Нині досить важко уявити сучасне людство, яке б не читало книжок й газет, не знайомилося з інформацією у будь-який спосіб, у тому числі за допомогою електронних ресурсів. Книга є стимулом до ефективної праці. А інформація є рушійною силою прогресу людства. У цьому сенсі набуває значення місце й роль видавців у донесенні інформації, у виданні книжок, газет, журналів, дайджестів новин тощо. Адже саме видавничу діяльність є однією з компонентів сталого розвитку людства. Стан видавничої галузі, з одного боку, напряду залежить, а з іншого, здійснює безпосередній вплив на загальні тенденції економічного, соціального, політико-правового та гуманітарного розвитку України, особливо з врахуванням загроз і ризиків, обумовлених, зокрема, кризовими процесами у сучасному світі. На думку професора О. П. Орлюк, «інтелектуальні досягнення у сфері художньої літератури, мистецтва і культури у цілому формують моральні засади суспільства, його світогляд, ставлення до навколишнього середовища, його бачення, тобто ті засади, які ми називаємо людськими цінностями і які визначають духовний світ людини і суспільства» [1, с. 7]. І цілком можна погодитися з твердженням, що «видавничу справу на всьому шляху свого розвитку завжди залишалася вагомим елементом культурного життя суспільства, складовою його інтелектуального потенціалу» [2, с. 7]. Розвиток діалогу влади, бізнесу та громадянського суспільства, трансформація соціогуманітарної сфери – це ті питання, що також знаходять відображення в інтелектуальному продукті, що є результатом видавничої діяльності.

У цьому сенсі значної уваги набувають різні аспекти здійснення видавничої діяльності, серед яких дотримання прав інтелектуальної власності посідає окреме, надзвичайно важливе місце. Особливо у сучасних умовах правового нігілізму в Україні та відсутності вихованої поваги у суспільстві до результатів інтелектуальної, творчої праці, а також, враховуючи наявні тенденції у вільному доступі до інформації завдяки мережі Інтернет.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Зауважимо у цілому, що питання дотримання авторських прав у видавничій діяльності є предметом хай і не багатьох, але тим не менше ряду правових та інших наукових досліджень та практичних розробок. Цим питанням присвячували у тій чи іншій формі свою увагу К. О. Афанасьєва, В. В. Коноваленко, О. В. Жилінкова, Л. Т. Комзюк, Л. Р. Майданик, О. П. Орлюк, І. І. Петренко, Г. О. Ульянова, О. І. Харитонова, А. С. Штефан, О. О. Штефан та ряд інших. Проблематиці євроінтеграції у сфері авторського права, імплементації європейських стандартів до національного законодавства, договірних відносин у цій сфері присвячені роботи Ю. М. Капіці, С. К. Ступака, а також наукові розробки, що випускаються під егідою НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Водночас й досі залишається не розробленою належним чином проблематика дотримання й захисту прав інтелектуальної власності у видавничій діяльності. При тому, що кількість порушень у цій сфері істотно зростає.

Мета статті полягає у розкритті проблем дотримання прав інтелектуальної власності видавцями.

**Виклад основного матеріалу.** Статтею 27 Загальної декларації прав людини закріплено, що «кожна



людина має право брати участь у культурному житті суспільства, насолоджуватися мистецтвом, брати участь у науковому прогресі та користуватися його благами» [3]. Це право реалізується через різноманітні аспекти, у тому числі завдяки інтелектуальному, творчому продукту, що оприлюднюється завдяки активній діяльності різноманітних видавництв. Зрозуміло, що видавничу продукцію пов'язана з різноманітними галузями людської життєдіяльності, адже вона може представляти не лише авторські твори (художні, наукові, публіцистичні), енциклопедичні видання, навчальні курси, відображення творів мистецтва, рекламні матеріали тощо. Це можуть бути засоби масової інформації. Видавництва нині випускають не лише друковану продукцію, все більшої масовості набувають електронні твори. Адже сьогоднішній світ все більше поглинається новими технологіями, інноваційним продуктом, цифровою економікою у кінцевому рахунку.

Далеко не завжди все, що випускається, має інтелектуальний характер, містить об'єкти авторського права. Але здебільшого видавничу продукцію характеризується творчим характером, а видавничу діяльність так чи інакше пов'язується з питаннями реалізації прав інтелектуальної власності. І характеризується, поряд з іншими ознаками, наявністю об'єктного та суб'єктного складу, притаманного правовідносинам у сфері інтелектуальної власності. При цьому, як зазначають фахівці, «із сутності правовідносин інтелектуальної власності випливає, що їх центральним суб'єктом є особа, якій належать права володіння, користування, розпорядження тощо результатами інтелектуальної, творчої діяльності – об'єктами інтелектуальної власності» [4, с. 170]. Зрозуміло, що центральним суб'єктом при цьому виступає автор, тобто особа, чиєю інтелектуальною, творчою працею створюється відповідний твір, який пізніше випускається видавництвом.

У цьому сенсі на увагу заслуговують класичні підходи, вироблені теорією авторського права, викладені, наприклад, у роботах Л. Бенглі, Б. Шегман, що «найвідомішою авторською правомочністю вважається право на відтворення. Адже право контролю за виготовленням примірників твору – найстаріший привілей володільця авторських прав. Не дивлячись на те, що правом цим наділені усі без виключення правоволодільці, його обсяг може варіюватися залежно від виду об'єкту, що охороняється» [5, с. 224–225]. І дійсно, саме завдяки цьому праву автор набуває можливості донести свій твір до необмеженої кількості користувачів. Однак для твору право на відтворення найбільш успішно реалізується завдяки видавництвам (не залежно від того, про які види видавництв чи види творів, чи форму їх випуску йде мова).

В Україні основним актом, що визначає правовий статус видавців та видавничих організацій у сфері професійної діяльності, є Закон України «Про видавничу справу» від 05.06.1997 р. № 318/97-ВР (зі змінами) [6]. Саме у цьому Законі прописано права та обов'язки видавців, у тому числі пов'язані

з необхідністю дотримуватися прав інтелектуальної власності. Ст. 18 Закону визначено перелік осіб, що можуть належати до видавців, а саме видавництва, видавничі організації та фізичні особи – підприємці, які здійснюють видавничу діяльність. Слід зауважити, що наявна редакція стосовно прав інтелектуальної власності була включена до цього закону відповідно до змін, внесених Законом № 1554-VII від 01.07.2014 р., що засвідчило підвищення рівня визнання значення інтелектуальної діяльності у правовому вимірі для видавничої галузі. На тлі триваючої всебічної законодавчої й інституційної реформи сфери інтелектуальної власності ці питання набувають особливої актуальності.

Зазначимо, що видавці стикаються з цілим пластом проблем у своїй діяльності, пов'язаних зі сферою інтелектуальної власності, – від широко розповсюдженого плагіату та незаконного розміщення видань у мережі Інтернет до необхідності розуміння таких базових для сфери інтелектуальної власності питань, але складних для суто юридичної, а тим більше видавничої діяльності, як правомірність використання малюнків та фотографій, зображень, взятих з мережі Інтернет, шрифтів, охорони оригінальності верстки та дизайн-макету, укладення авторських договорів та розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, перекладів, використання службових творів та творів на замовлення тощо. І кожна з цих дій досить часто вимагає розуміння, як мають застосовувати положення щодо охорони й захисту прав інтелектуальної власності. Прикладом може бути рекомендація В. В. Коноваленка стосовно однієї з дій видавця: «оригінал-макет книги, журналу чи іншої поліграфічної продукції повинен передаватися у друкарню лише після того, як «рукопис» твору пройшов юридичне «очищення» від прав третіх осіб. З цієї метою у творі виділяються елементи, які є об'єктами авторського права (текст, малюнки, фотографії, таблиці, схеми, карти і таке інше), і перевіряються наявності дозволів на їх використання. У тому випадку, якщо певного дозволу нема, редактор видавництва повинен запропонувати автору твір, видаливши з книги, статті чи елемент іншого твору, використання якого призведе до порушення авторського права» [7, с. 18–19]. У цьому сенсі надзвичайно важливо, аби і автори, і видавці мали розуміння, які об'єкти, що використовуються автором у своєму творі, є творами, що потребують дозволу від власників авторських прав, а які твори вже перейшли у суспільне надбання. Або стосовно яких творів існує можливість застосування вільної ліцензії. У кожному з цих випадків існують відповідні юридичні наслідки використання твору, при цьому посилання на автора (якщо він відомий, не залежно від того, чи відоме його ім'я, чи псевдонім, чи навіть анонімний твір) є обов'язковим.

Зазначений обов'язок щодо посилання на автора обумовлюється правовою природою особистих немайнових прав автора. Невідчужуваність особистих немайнових прав інтелектуальної власності є одним з основних принципів права інтелектуальної

власності (ч. 4 ст. 423 ЦК України [8]). Адже саме особисті немайнові права забезпечують зв'язок особистості автора зі створеним ним об'єктом інтелектуальної власності. Теорія права інтелектуальної власності доводить, що ці права не мають економічного змісту, невіддільні від автора і є абсолютними. Такі права впливають з факту авторства на об'єкт інтелектуальної власності, тобто вони невіддільно пов'язані з особою автора. Автор зберігає їх за собою впродовж усього свого життя, навіть у тих випадках, коли мова йде про ті об'єкти авторських прав, в яких закінчився строк правової охорони [9, с. 132–134]. Особисті немайнові права автора є невідчужувані: теорія права інтелектуальної власності наголошує на тому, що від цих прав не можна відмовитись або передати за договором. Хоча чинний ЦК України закріплює винятки з цього підходу із посиланням на окремі закони; при тому, що згадані винятки ніколи не застосовувалися на практиці, оскільки у жодному із законів з інтелектуальної власності відчужуваність особистих немайнових прав не передбачена. Саме з цих міркувань й слід підходити до реалізації особистих немайнових прав автора у будь-яких відносинах, у тому числі – коли долучаються видавці.

Права та обов'язки видавця закріплюються ст. 20 Закону «Про видавничу справу». Провідне місце інтелектуальної власності у видавничій діяльності обумовлюється вже тим, що дана стаття першою ж нормою містить наступний припис: «Права та обов'язки видавця у відносинах з автором (співавторами) твору у галузі науки, літератури і мистецтва, їх спадкоємцями чи з особою, якій автори чи їх спадкоємці передали авторські майнові права, чи з особами, яким належать права на інші об'єкти права інтелектуальної власності, визначаються законодавством України з питань інтелектуальної власності» [6]. У даному разі норма, як бачимо, є бланкетною, й напряду відсилає до законодавства у сфері інтелектуальної власності. Таким законодавством є Цивільний кодекс України (насамперед книга IV «Право інтелектуальної власності» та глава 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності») [8], а також спеціальні закони у цій сфері. Стосовно видавничої справи зрозуміло, що основним актом виступатиме Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ у редакції Закону № 2627-ІІІ від 11.07.2001 р. [10]. Стосовно останнього, слід враховувати й істотні зміни, внесені до нього Законом України «Про державну підтримку кінематографії в Україні» № 1977-VIII від 23.03.2017 р. [11].

Серед прав, якими наділений видавець, що обумовлюється специфікою видавничої діяльності, слід назвати наступні: формувати власну видавничу програму, визначати масштаби і тематичну спрямованість своєї діяльності; розповсюджувати її самостійно або користуватися послугами іншого розповсюдjuвача; випускати у світ як обнародувані, так і необнародувані твори науки, літератури і мистецтва незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, а також способу відтворення, виражені у письмовій

чи будь-якій іншій формі, набувати невиключних або виключних майнових прав на них; приймати від юридичних і фізичних осіб замовлення на підготовку і випуск у світ видань, надавати їм редакційно-видавничі та інші послуги відповідно до профілю своєї діяльності тощо (ст. 20 Закону). Як видно з наведених правомочностей видавця, такі права значною мірою пов'язані з реалізацією прав інтелектуальної власності.

Зокрема, серед питань, з якими стикаються видавці, виникають питання роботи з авторським договором. Адже саме завдяки йому здійснюється розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на твір. Авторський договір є предметом ряду наукових досліджень, хоча й не набув досі одностайного розуміння. Наприклад, О. В. Жилінкова як авторський договір пропонує розглядати «домовленість сторін, згідно з якою одна сторона – автор (інша особа, яка має авторське право) зобов'язується створити твір та (або) передати майнові права на твір, або надати дозвіл на використання твору іншій стороні – користувачеві, а друга сторона зобов'язується сплатити за це винагороду та (або) здійснити певні дії» [12, с. 11-12]. Натомість В. С. Дроб'язко та Р. В. Дроб'язко під авторським договором розуміють «договір, за яким автор передає або зобов'язується передати іншій стороні свої права на використання твору у межах і на умовах, погоджених сторонами» [13, с. 215]. Зазначимо, що кожне з наведених визначень має право на життя й обумовлює дещо різні підходи з позицій теорії права (через призму цивільно-правового регулювання або безпосередньо права інтелектуальної власності) на один і той же предмет. Безпосередньо Закон України «Про авторське право і суміжні права» передбачає як передачу прав на використання твору за авторським договором (ст. 32), так і безпосередньо передавання (відчуження) майнових прав на твір автором (або іншою особою, яка має авторське право) правонаступникові (ст. 31). Водночас, ЦК України не розкриває поняття «авторський договір». Він згадується лише у ст. 1072 при визначенні черговості списання грошових коштів з рахунку. Тобто, як бачимо, авторський договір відсутній як у Книзі IV ЦК України, так і у главі 75, натомість згадується у главі 72, присвяченій банківському рахунку. Це не є нормальним і, на наш погляд, потребує внесення змін до ЦК. Однак у будь-якому разі питання укладання та виконання авторського договору є одними з нагальних для видавничої діяльності.

При цьому слід зауважити, що предмет авторського договору сприймається на практиці у процесі роботи видавництва з авторськими текстами. Значно більш проблемним є текст усього авторського договору, або, що також буває, відсутність практики укладання таких договорів зі сторони видавництва. Особливо у тому разі, коли мова йде не про випуск окремого видання – книги, а про видавничу діяльність, пов'язану з випуском друкованої продукції на кшталт засобів масової інформації. Саме у таких випадках, коли з'являються інші форми об'єктів

авторського права (наприклад, інтерв'ю), виникають проблеми з оформленням авторських прав у цілому.

Разом із правами видавець наділяється й зобов'язаннями, обумовленими, як і права, специфікою видавничої діяльності. До таких зобов'язань законодавство відносить наступні: здійснювати свою діяльність відповідно до законодавства України, поважати права всіх суб'єктів видавничої справи та інших сфер господарської діяльності; сприяти утвердженню загальнолюдських гуманістичних цінностей, розвитку науки, культури, задоволенню духовних потреб українського народу, ставитися з повагою до національної гідності, національної своєрідності й культури всіх народів; дотримуватися норм авторського та патентного права, положень національних стандартів, чинних в Україні міждержавних стандартів, інших нормативно-правових актів, що регламентують видавничу справу, а також встановлюють вимоги щодо якості видавничої продукції; відшкодовувати збитки, заподіяні внаслідок порушення законодавства тощо (абз. 4 ч. 3 ст. 20 Закону «Про видавничу справу»). У даному разі слід акцентувати увагу на необхідності дотримання, насамперед, норм авторського права і зазначити, що вираз про необхідність дотримання норм патентного права у сучасному розумінні об'єктного складу патентного права навряд чи уявляється правильним. Скоріш, якщо вже допускати можливість порушення з боку видавців положень законодавства у сфері інтелектуальної власності у більш широкому обсязі, ніж просто норми авторського права чи суміжних прав, було б доцільно говорити про необхідність дотримання положень законодавства про промислову власність. У розумінні фахівців з інтелектуальної власності перелік прав інтелектуальної власності, які слід дотримуватися видавцям, буде розширений. Адже сюди увійдуть права на засоби індивідуалізації (насамперед, мова йде про торговельні марки). Оскільки використання прав на винаходи чи корисні моделі, що можуть порушуватися у процесі видавничої діяльності, досить важко уявити. Хіба що у даному разі можуть виступати як об'єкт промислової зразки, коли видавець буде порушувати можливо захищений дизайн. Натомість торговельні марки напряму впливають на доменні імена, які можуть використовуватися у процесі видавничої діяльності. Крім того, об'єкти промислової власності можуть виникати як елемент порушення і тоді, коли видавнича діяльність пов'язана з випуском електронної продукції.

У цілому аналіз чинного законодавства, правозастосовної та судової практики дозволяють зробити висновок щодо необхідності якісного забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності, насамперед, авторських прав у діяльності суб'єктів видавничої справи. У цьому сенсі вважаємо за доцільне включити до системного законопроекту, яким мають визначатися засади державної політики у сфері інтелектуальної власності, а саме до проекту Закону «Про Національну систему охорони інтелектуальної власності в Україні» статті, присвячені безпосередньо

питанням дотримання прав інтелектуальної власності у цій сфері. Доцільним є закріплення наступних положень у законопроекті: «Суб'єкти видавничої справи набувають та реалізують права інтелектуальної власності у порядку, передбаченому чинним законодавством у сфері охорони інтелектуальної власності, з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про видавничу справу» з метою сприяння національно-культурному розвитку українського суспільства. Суб'єкти видавничої справи зобов'язані добросовісно реалізовувати права інтелектуальної власності, не допускати зловживання цими правами, у тому числі не реалізовувати їх супроти мети, для якої вони набуваються». Такі положення, що знайшли закріплення у законопроекті, відображають загальне розуміння ролі права інтелектуальної власності для видавничої справи.

**Висновки.** У процесі удосконалення законодавства про видавничу діяльність у частині дотримання прав інтелектуальної власності слід виходити як із загальних стандартів охорони інтелектуальної власності та авторського права безпосередньо, так і враховувати сучасний стан руху Європейського Союзу до цифрової економіки. Відповідні зусилля проводяться й в Україні, у тому числі на рівні заходів як законодавчого врегулювання, так і на рівні політики, що здійснює Кабінет Міністрів України в особі уповноважених органів державної влади.

Суб'єкти видавничої діяльності мають чітко розумітися на суті авторських прав та дотримуватися положень авторсько-правового законодавства у процесі випуску та реалізації видавничої продукції. Необхідно чітко розумітися на суті авторського договору та намагатися його укласти у всіх можливих випадках, аби забезпечити себе від подальших проблем під час правозастосування. Автор має також дотримуватися «чистоти» твору у разі, якщо він передає його до видавництва, оскільки саме на авторові лежить основний обов'язок у доведенні його авторства (якщо виникнуть звинувачення у протилежному).

Чинний Закон України «Про видавничу справу» набув більш чіткого визнання необхідності дотримання прав інтелектуальної власності з боку суб'єктів видавничої справи. Водночас зміст права інтелектуальної власності та правова природа його об'єктів дозволяє говорити про доцільність внесення змін до абзацу четвертого частини третьої статті 20 Закону України «Про видавничу діяльність» із метою заміни вислову стосовно обов'язків видавців «дотримуватися норм авторського та патентного права» на «дотримуватися прав інтелектуальної власності». Такий підхід дає можливість у повному обсязі забезпечити дотримання прав інтелектуальної власності з боку суб'єктів видавничої справи, не залежно від того, на який безпосередньо об'єкт допускається порушення. Доцільним є також закріплення положень, що стосуються дотримання прав інтелектуальної власності з боку суб'єктів видавничої справи, у проекті Закону «Про Національну систему охорони інтелектуальної власності в Україні».

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Основи інтелектуальної власності: навч. посіб. / О. П. Орлюк (кер. авт. кол.), А. О. Кодинець, Ю. В. Носік та ін. ; за ред. О. П. Орлюк. К.: Інтерсервіс, 2016. 382 с.
2. Афанасьєва К. О. Право видавця та редактора: навч.-метод. посіб. К.: НДІ ІВ НАПрН України, Лазурит-Поліграф, 2013. 202 с.
3. Загальна декларація прав людини // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/318/97-%D0%B2%D1%80/page> (дата звернення: 20.12.2017).
4. Харитоновна О. І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності (концептуальні засади): монографія. Одеса: Фенікс, 2011. 346 с.
5. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / пер с англ. В. Л. Вольфсона. СПб: Юридический центр Пресс, 2004. 535 с.
6. Про видавничу справу: Закон України від 05.06.1997 р. № 318/97-ВР // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/318/97-%D0%B2%D1%80/page> (дата звернення: 20.12.2017).
7. Коноваленко В. Авторське право у видавничій справі: практичний посібник для авторів, редакторів, видавців. Тернопіль: Навчальна книга ; Богдан, 2010. 320 с.
8. Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (із зм. і доп.) // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. (дата звернення: 20.12.2017).
9. Липшик Д. Авторское право и смежные права: пер. с фр. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. 794 с.
10. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ у редакції Закону № 2627-ІІІ від 11.07.2001 р. // База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>. (дата звернення: 20.12.2017).
11. Про державну підтримку кінематографії в Україні: Закон України № 1977–VIII від 23.03.2017 р. // База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1977-19> (дата звернення: 20.12.2017).
12. Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2015. 280 с.
13. Дроб'язко В. С., Дроб'язко Р. В. Право інтелектуальної власності: навч. посіб. К. : Юрінком Інтер, 2004. 512 с.



**Черноп'ятов С. В.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри права  
Університету імені Альфреда Нобеля

## ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПОЗИТИВНОГО НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЧАСТІ ЕКСПЕРТА З ПИТАНЬ ПРАВА У ЦИВІЛІСТИЧНИХ СУДОВИХ ПРОЦЕСАХ

### SOME ISSUES OF POSITIVE NATIONAL LEGAL REGULATION OF EXPERT ON LAW PARTICIPATION IN THE CIVILIAN JUDICIAL PROCEDURES

У статті подано аналіз позитивного правового регулювання участі експерта з питань права (експерта у галузі права) у цивілістичних типах судового процесу в Україні. Демонструється недосконалість такого правового регулювання. Зокрема, йдеться про термінологічну та системну неузгодженість окремих правових норм, їх недостатню визначеність. Сформульовані відповідні пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства.

**Ключові слова:** цивілістичний судовий процес, інші учасники судового процесу, експерт з питань права, експерт у галузі права, процесуальна правосуб'єктність.

В статті представлено аналіз позитивного правового регулювання участі експерта по вопросам права (експерта в области права) в гражданских типах судебного процесса в Украине. Демонстрируется несовершенство такого правового регулирования. В частности, речь идет о терминологической и системной несогласованности отдельных правовых норм, их недостаточной определенности. Сформулированы соответствующие предложения по совершенствованию действующего законодательства.

**Ключевые слова:** гражданский судебный процесс, иные участники судебного процесса, эксперт по вопросам права, эксперт в области права, процессуальная правосубъектность.

The article presents an analysis of the positive legal regulation of the participation of an expert on legal issues (an expert in the field of law) in civilian types of judicial procedures in Ukraine. The imperfection of such legal regulation is demonstrated. In particular, we are talking about the terminological and systemic inconsistency of certain legal rules, their lack of certainty. Appropriate proposals have been formulated to improve the current legislation.

**Key words:** civilian type of judicial procedure, other participants of the judicial procedure, expert on legal issues, expert in the field of law, procedural legal personality.

**Постановка проблеми.** Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [1] (далі – Закон № 2147-VIII), серед іншого, містить новели стосовно участі у судовому процесі експерта з питань права (експерта у галузі права), його процесуального статусу та процесуальної діяльності.

Господарський процесуальний кодекс України [2] (далі – ГПК України), Цивільний процесуальний кодекс України [3] (далі – ЦПК України) та Кодекс адміністративного судочинства України [4] (далі – КАС України) у новій редакції згідно із Законом № 2147-VIII доповнюються текстуально тотожними нормами<sup>1</sup>, які містяться у статтях 62, 70, 108, 109 ГПК України, 65, 73, 114, 115 ЦПК України, 61, 69, 112, 113 КАС України<sup>2</sup>.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У зв'язку із новизною цього інституту науковий доробок щодо нього наразі не є великим. Слід згадати публікації таких авторів, як К. Гусаров, Д. Кушерець, І. Риженко, О. Кармаза, А. Рибас, Ю. Рябченко.

<sup>1</sup> За винятком редакційних розходжень у назві статей 62 ГПК України, 65 ЦПК України, 61 КАС України.

<sup>2</sup> Тут і далі зміст норм процесуальних кодексів подається в редакції Закону № 2147-VIII.

Стосовно нової редакції процесуальних кодексів у цілому та стосовно нової процесуальної фігури експерта з питань права (експерта у галузі права) зокрема точилася активна дискусія [5 с. 4–11]. Передусім піднімалося питання про доцільність та допустимість інституціалізації процесуального статусу та процесуальної діяльності експерта з питань права (експерта у галузі права). З огляду на те, що Закон № 2147-VIII, вочевидь, набуде чинності, ми у цій роботі опустимо саме цей аспект дискусії, обмежившись лише такою нашою позицією: в умовах, коли результати діяльності експерта з питань права (експерта у галузі права) не є доказами та не є обов'язковими для суду (а саме так передбачено у новій редакції ГПК України, ЦПК України, КАС України), з існуванням відповідних процесуальних інститутів можна примиритися, оскільки питання про його доцільність у цьому випадку значно втрачають у своїй гостроті.

Оскільки дуже вірогідно, що невдовзі цивілістичні типи судочинства функціонуватимуть в умовах існування процесуального інституту експерта з питань права (експерта у галузі права) та його процесуальної діяльності, вважаємо за доцільне сконцентруватися саме на змісті відповідних нових процесуальних правових норм.

Метою цієї статті є аналіз позитивного правового регулювання участі експерта з питань права

(експерта у галузі права) у цивілістичних типах процесу в Україні та подання відповідних пропозицій щодо удосконалення такого регулювання.

**Виклад основного матеріалу дослідження.**

1. Один чи два? Питання термінології та системних зв'язків правових норм.

У ст. ст. 62 і 70 ГПК України, 65 і 73 ЦПК України, 61 і 69 КАС України новий учасник судового процесу іменується «експерт з питань права». У ст. ст. 62 ГПК України, 65 ЦПК України, 61 КАС України експерт з питань права вірно зарахований до «інших учасників судового процесу».

У ст. ст. 70 ГПК України, 73 ЦПК України, 69 КАС України визначені вимоги до експерта з питань права, порядок його залучення, процесуальні права та обов'язки. Так, «1. Як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Рішення про допуск до участі у справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом.

2. Експерт з питань права зобов'язаний з'явитися до суду за його викликом, відповідати на поставлені судом питання, надавати роз'яснення. За відсутності заперечень учасників справи експерт з питань права може брати участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції.

3. Експерт з питань права має право знати мету свого виклику до суду, відмовитися від участі у судовому процесі, якщо він не володіє відповідними знаннями, а також право на оплату послуг та на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду».

У ст. ст. 108, 109 ГПК України, 114, 115 ЦПК України, 112, 113 КАС України вже вживається термін «експерт у галузі права» у контексті текстуально ширшого терміну «висновок експерта у галузі права». Ці статті присвячені змісту висновку експерта у галузі права та його оцінці судом. Передбачено, що:

[Статті 108, 114, 112 відповідних кодексів]

1. Учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо:

- 1) застосування аналогії закону чи аналогії права;
- 2) змісту норм іноземного права згідно з їхнім офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

2. Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи.

[Статті 109, 115, 113 відповідних кодексів]

1. Висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду.

2. Суд може посилається у рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які у ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань».

Виникає закономірне питання: чи йдеться у ст. ст. 62 і 70 ГПК України, 65 і 73 ЦПК України, 61 і

69 КАС України, з однієї сторони, та у ст. ст. 108, 109 ГПК України, 114, 115 ЦПК України, 112, 113 КАС України, з іншої сторони, про одного чи двох різних суб'єктів? Вірогідно, йдеться все ж таки про одного і того ж учасника судового процесу. Однак вживання різної термінології та деякі неузгодженості у змісті цих пар статей процесуальних кодексів дають можливість обґрунтувати і інші правові позиції.

Тому доходимо висновку про необхідність уніфікації термінології. Тут також слід звернути увагу на доречність термінологічної одиниці «експерт». Оскільки процесуальний статус, зміст та результати процесуальної діяльності експерта з питань права (експерта у галузі права) суттєво відрізняються від статусу та діяльності судового експерта, вживання термінів «експерт з питань права» («експерт у галузі права») видається недоречним та таким, що може спричинити невірне розуміння та тлумачення відповідних правових норм, ототожнення «експерта з питань права» («експерта у галузі права») та його діяльності із судовим експертом та його діяльністю. Як приклад наведемо судження К. В. Гусарова, помилковість якого, на нашу думку, якраз і спричинена таким хибним ототожненням через термінологічну недосконалість: «законодавче закріплення такого суб'єкта [експерта у галузі права – С.Ч.] та використання його висновку нівелюється вимогами п. 1 ч. 1 ст. 95 проекту [проект № 6232, пізніше прийнятий як Закон № 2147-VIII – С.Ч.], де в якості обов'язкової умови призначення судом експертизи є з'ясування обставин, що мають значення для справи, за допомогою необхідних спеціальних знань в іншій, ніж право, сфері, без яких встановлення відповідних обставин неможливо. Цьому правилу суперечить і положення проекту відносно можливої наявності висновку експерта у галузі права» [6, с. 34]. Така само термінологічна плутанина, на нашу думку, стоїть за висновком, що «завдяки свідкам та висновкам експертів у галузі права <...> розширено способи судового захисту та засоби доказування» [7, с. 121].

Варто звернути увагу на пропозиції народного депутата І. С. Алексеева, який у ході роботи над проектом Закону № 2147-VIII пропонував терміни «експерт з питань права», «експерт у галузі права» замінити на термін «консультант з питань права» [8]. Вважаємо таку позицію слушною: відповідного суб'єкта доцільно іменувати консультантом з питань права, а результат його процесуальної діяльності – висновком консультанта з питань права.

2. Порядок залучення та зміст процесуальної діяльності. Системні зв'язки правових норм

Небажаний дуалізм, втілений у термінології, продовжується і у нормах, які визначають зміст процесуальної діяльності експерта з питань права (експерта у галузі права) та порядок залучення експерта з питань права (експерта у галузі права).

Так, у частинах других статей: 70 ГПК України, 73 ЦПК України, 69 КАС України змістом процесуальної діяльності експерта з питань права визначено надання відповідей на поставлені судом питання та надання роз'яснень. У цих статтях міститься також

згадка про висновок експерта з питань права. При цьому зміст, тематика цих питань, роз'яснень, висновку не уточнюються.

У свою чергу, зі ст. ст. 108 ГПК України, 114 ЦПК України, 112 КАС України впливає, що змістом процесуальної діяльності експерта у галузі права є підготовка висновку, який має відповідати визначеним вимогам процесуального закону. При цьому вичерпно, способом, який не допускає розширювального тлумачення, визначено, яких питань може стосуватися такий висновок.

Щодо залучення експерта з питань права (експерта у галузі права) у різних статтях також містяться суперечливі норми. Так, ст. ст. 70 ГПК України, 73 ЦПК України, 69 КАС України до повноважень суду відносять питання «допуску до участі у справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи». При цьому не визначено меж суддівського розсуду. Натомість перші частини ст. ст. 108, 114, 112 відповідних процесуальних кодексів закріплюють безумовне (без вказівки на спеціальну ухвалу суду) право учасників справи подати до суду висновок експерта у галузі права щодо.

Зазначені розбіжності ще більше можуть схилити до переконання про наявність двох процесуальних фігур – експерта з питань права та експерта у галузі права – із різною процесуальною діяльністю.

3. Критерії правосуб'єктності експерта з питань права (експерта у галузі права)

Процесуальні кодекси містять вимоги лише до експерта з питань права. Відповідно до перших частин ст. ст. 70 ГПК України, 73 ЦПК України, 69 КАС України, «як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права».

Саме критерії правосуб'єктності мають найбільший відгук (після принципового питання про експерта з питань права як такого) у тих небагатьох працях, які присвячені розглядуваній темі. Наприклад, Г. М. Бузова вважає, що «перший критерій є занадто широким: отримати науковий ступінь кандидата юридичних наук особа має змогу вже протягом 1–2 років з моменту закінчення навчання у виші, втім це не гарантує отримання знань, достатніх для роз'яснення складних питань правозастосування, для яких потрібен досвід, тривала практика тощо. Тому більш доречним є обмеження першого критерію вимогою щодо отримання експертом наукового ступеня доктора юридичних наук» [10, с. 18].

Щодо критерію «визнаний фахівець у галузі права», то у літературі справедливо звертають увагу на його невизначеність [9, с. 18; 10, с. 33]. Зокрема, О. Кармаза та Д. Кушерець вважають, що «під час прийняття судом рішення про допуск експерта з питань права до участі у справі та долучення його висновку до матеріалів справи варто брати до уваги такі критерії, як досвід наукової роботи у галузі права; наявність наукових публікацій у фахових виданнях України й іноземних держав, включених до міжнародних наукометричних баз даних, та

опублікованих після присудження наукового ступеня; наявність документа, що підтверджує приєднання вченого звання; ступінь активності участі у конференціях, симпозіумах, круглих столах, яка підтверджується опублікуванням тез його виступу; стажування й навчання за кордоном, які підтверджуються відповідними документами та які легалізовані у порядку, встановленому чинними міжнародними договорами України, тощо» [10, с. 33]. Зазначимо, що пропонувані критерії так само є недостатньо визначеними, не гарантують фаховості експерта та можуть бути інструментами маніпуляції.

При цьому мало хто звернув увагу на те, що у текстуальному вираженні норми не йдеться про науковий ступінь саме з юридичних наук; а отже, за формальним тлумаченням, особа, яка має науковий ступінь за будь-якою науковою спеціальністю, є «особою, яка має науковий ступінь» у контексті розглядуваних положень процесуальних кодексів.

У цілому слід погодитися з Ю. Ю. Рябченко у тому, що «уточнення критеріїв допуску до участі у справі фахівця у галузі права має відбуватися у напрямку пом'якшення вимог до такої особи» [11].

**Висновки.** Аналіз позитивного правового регулювання участі експерта з питань права (експерта у галузі права) у цивільних типах процесу в Україні свідчить про недосконалість такого регулювання і необхідність його удосконалення. Останнє має відбуватися за такими ключовими напрямками: 1) усунення дуалізму у правовому регулюванні; 2) запровадження єдиної термінології; 3) дистанціювання від інститутів судової експертизи та доказів.

Таким чином, пропонуємо внести такі зміни до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України:

1. Всюди по тексту замінити слова «експерт з питань права», «експерт у галузі права» замінити словами «консультант з питань права» у відповідних відмінках.

2. Статті 70 ГПК України, 73 ЦПК України, 69 КАС України викласти у такій редакції:

«1. Консультант з питань права може залучатися для:

1) надання висновку щодо застосування аналогії закону, аналогії права;

2) надання висновку щодо змісту норм іноземного права згідно з їхнім офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі;

3) надання роз'яснень та відповідей на питання стосовно вказаних висновків, наданих ним.

2. Як консультант з питань права може залучатися особа, яка має процесуальну дієздатність і науковий ступінь у галузі науки «юридичні науки».

3. Консультант з питань права залучається до участі у справі за ініціативою будь-кого з учасників справи або суду.

4. Рішення про допуск до участі у справі консультанта з питань права ухвалюється судом у формі ухвали. Суд відмовляє у допуску до участі у справі

консультанта з питань права лише у випадку невідповідності особи вимогам частини другої цієї статті.

5. В ухвалі про допуск до участі у справі консультанта з питань права зазначаються питання, які ставляться перед консультантом з питань права, з дотриманням положень частин першої та десятої цієї статті. Учасники справи або суд мають право пропонувати питання до включення в ухвалу про допуск до участі у справі консультанта з питань права. Запропоновані учасниками справи питання можуть бути не включені до ухвали лише у випадку їх невідповідності частині першій або десятій цієї статті.

6. Консультант з питань права зобов'язаний:

1) після прийняття ухвали про допуск його до участі у справі як консультанта з питань права, підготувати висновок консультанта з питань права з питань, які поставлені перед ним у цій ухвалі, та подати його до суду;

2) з'явитися до суду за його викликом, відповідати на поставлені судом та учасниками справи питання та надавати роз'яснення стосовно підготовленого ним висновку та питань, які ставилися перед консультантом з питань права в ухвалі про допуск до участі у справі консультанта з питань права.

За відсутності заперечень учасників справи консультант з питань права може брати участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції.

7. Консультант з питань права має право:

1) знати мету свого виклику до суду;

2) відмовитися від участі у судовому процесі, якщо він не володіє відповідними знаннями;

3) знайомитися з матеріалами справи, які необхідні для виконання обов'язків консультанта з питань права, у суді та отримувати їх копії;

4) на оплату послуг та компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду.

8. Висновок консультанта з питань права, поданий ним до суду, долучається до матеріалів справи. Рішення про долучення висновку консультанта з питань права до матеріалів справи ухвалюється судом у формі ухвали. Суд відмовляє у допуску до участі у справі консультанта лише у випадку невідповідності висновку консультанта з питань права вимогам частин першої або десятої цієї статті.

9. Висновок консультанта з питань права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду.

10. Висновок консультанта з питань права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято.

11. Суд може посилатися у рішенні на висновок консультанта з питань права як на джерело відомостей, які у ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань.».

3. Статті 108, 109 ГПК України, 114, 115 ЦПК України, 112, 113 КАС України – виключити.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>
2. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
4. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>
5. Беззуб І. Реформа процесуального законодавства в Україні: оцінки експертів. Громадська думка про правотворення. 2017. № 13 (138). С. 4–11.
6. Гусаров К. В. Дискусійні питання проекту Господарського процесуального кодексу України. 25 років господарській юрисдикції в Україні: досвід та перспективи: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.). Харків: Право. 2016. 204 с. С. 32–35. С. 34.
7. Риженко І. М., Рибас А. В. Проблемні питання забезпечення ефективного господарського судочинства в умовах проведення судової реформи. 25 років господарській юрисдикції в Україні: досвід та перспективи: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.). Харків: Право. 2016. 204 с. С. 118–123. С. 121.
8. Порівняльна таблиця до розділу I проекту Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (реєстраційний № 6232 ч.1) від 10.07.2017. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61415&pf35401=429225>
9. Бурова Г. М. Новели інституту доказування за проектом Господарського процесуального кодексу України. 25 років господарській юрисдикції в Україні: досвід та перспективи: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.). Харків: Право. 2016. 204 с. С. 16–18. С. 18.
10. Кармаза О., Кушерев Д. Експерт з питань права в судовому процесі: новели законодавства України. Підприємство, господарство і право. 2017. № 10. С. 32–36. С. 33.
11. Рябченко Ю. Ю. Цивільний процесуальний статус експерта з питань права: питання вдосконалення правового регулювання. Електронний журнал «Правова просвіта». 2017. № 11. URL: [http://www.pravo.nayka.com.ua/pdf/11\\_2017/5.pdf](http://www.pravo.nayka.com.ua/pdf/11_2017/5.pdf)



**Ярошевська Т. В.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри філософії та історії України  
Дніпровського державного технічного університету

## СУБ'ЄКТИ ПРАВА НА ОБ'ЄКТИ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ

### SUBJECTS OF RIGHT TO INDUSTRIAL PROPERTY OBJECTS

У статті досліджуються суб'єкти права на об'єкти промислової власності. Обґрунтовується теза про те, що рівноправним суб'єктом майнового права на об'єкти патентного права повинна бути держава Україна.

**Ключові слова:** суб'єкти права, промислова власність, об'єкти патентного права, торговельна марка, комерційне найменування, географічне зазначення.

В статье исследуются субъекты права на объекты промышленной собственности. Аргументируется тезис о том, что равноправным субъектом имущественного права на объекты патентного права должно быть государство Украина.

**Ключевые слова:** субъекты права, промышленная собственность, объекты патентного права, торговая марка, коммерческое наименование, географическое обозначение.

The article researches the subjects of the right to industrial property objects. Substantiated the thesis that the state of Ukraine should be an equal subject of property right to patent law objects.

**Key words:** subjects of law, industrial property, objects of patent law, trademark, commercial name, geographical indication.

**Постановка проблеми.** У відносинах, пов'язаних зі створенням і набуттям прав на об'єкти промислової власності, бере участь велика кількість суб'єктів, представлених як фізичними, так і юридичними особами. Під суб'єктами інтелектуальної (промислової) власності нами розуміються особи, які можуть бути володільцями майнових і особистих немайнових прав на об'єкти інтелектуальної та промислової власності. На підставі ст. 421 ЦК України суб'єктами права інтелектуальної власності є: творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності.

**Аналіз сучасних досліджень.** У теоретичному аспекті правовідносини щодо прав суб'єктів на об'єкти промислової власності досліджувались недостатньо. Так, на сучасному етапі в Україні на рівні монографічних та періодичних статей цивілістів та інших науковців досліджувалися лише окремі аспекти правового регулювання даної сфери. Особливо варто зазначити роботи сучасних українських дослідників: Г. О. Андрощука, Ю. Л. Бошицького, Г. О. Михайлюк, О. П. Орлюка, Л. І. Ряботягової, О. Д. Святоцького, Р. Б. Шишки та інших. Роботи зазначених авторів заклали підґрунтя для вивчення широкого кола напрямків у сфері права промислової власності. Проте кількість наукових праць, що безпосередньо стосуються даного питання, є незначною. Тож, завдання розробити теоретичні аспекти із врегулювання цивільно-правових відносин щодо охорони прав суб'єктів на об'єкти промислової власності в Україні є актуальним.

**Виклад основного матеріалу.** Суб'єктом права промислової власності може бути будь-яка фізична особа незалежно від її віку, фізичного чи психічного стану. Отже, специфічною особливістю правосуб'єктності у сфері інтелектуальної (промислової) власності є те, що суб'єктом творчої діяльності може бути і недієздатна

особа. Для визнання творцем того чи іншого об'єкта інтелектуальної власності чинним законодавством не вимагається наявність його дієздатності. Творцем можуть бути не тільки неповнолітні діти, але і недієздатні особи. Адже здатність до творчості є у кожній людині, її просто треба розвивати. Р. Б. Шишка стверджує, що творчість притаманна людині з того моменту, відколи вона визнає себе такою [1, с. 16].

Суб'єктами права на промислову власність можуть бути і юридичні особи, у тому числі і роботодавці. При цьому слід враховувати, що інтелектуальні права можуть бути класифіковані на первинні та похідні. Первинні – це права, придбані за допомогою своїх власних дій (їх власником є людина, творчою працею якої створений об'єкт інтелектуальної власності). Суб'єкти похідного права отримують права від інших осіб і стають правонаступниками майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності. При переході суб'єктивних прав творця до інших осіб у всіх випадках за творцем залишаються його особисті немайнові права.

Суб'єктами права на винахід, корисну модель та промисловий зразок (об'єкти патентного права) є: винахідник, автор промислового зразка; інші особи, які набули прав на винахід, корисну модель і промисловий зразок за договором чи законом.

Первинним суб'єктом на об'єкт патентного права є творець даного об'єкту. Після державної реєстрації та проходження експертизи відповідні об'єкти права набувають правової охорони, а суб'єкт отримує охоронний документ (патент) та набуває статусу суб'єкта патентних прав.

Так, згідно зі ст. 8 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та ст. 7 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» право на одержання патенту на винахід, корисну модель чи промисловий зразок має творець об'єкта права. Якщо об'єкт є результатом спільної творчої

праці кількох осіб, такі особи мають рівні права на одержання патенту.

У передбачених законом випадках право на одержання патенту належить не творцю об'єкта права, а іншим особам (роботодавцю, іншому правонаступнику). Так, на підставі ст. 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та ст. 8 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» роботодавець має право на одержання патенту на службовий винахід, корисну модель чи промисловий зразок, якщо інше не передбачено договором. Варто звернути увагу на те, що у ч. 2 ст. 429 ЦК України закріплене інше правило – майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений працівником у зв'язку із виконанням службових обов'язків, належать працівникові і роботодавцеві спільно, якщо інше не обумовлено договором.

Отже, ЦК України принципово змінив порядок регулювання відносин з приводу створення службових об'єктів інтелектуальної власності. Нині майнові права на такий об'єкт належать їх творцю і роботодавцеві спільно, на відміну від раніше чинного законодавства, яке віддавало перевагу роботодавцеві. Це положення може бути змінене лише за домовленістю творця об'єкта права і роботодавця на підставі договору. Таким кроком законодавець намагався надати більше прав творцям результатів інтелектуальної праці. Проте, такий спосіб розподілу майнових прав на об'єкт права не зовсім притаманний патентному законодавству більшості країн Європи та світу.

На погляд автора статті, дана норма не здається вдалим розв'язанням складних відносин між сторонами. Визнання спільним права на об'єкт інтелектуальної власності ще більше ускладнює відносини між роботодавцем і творцем об'єкта права. Як будуть визначатися ці частки спільного права? При визначенні часток у спільному праві слід враховувати певні чинники, наприклад, творчий внесок винахідника (автора промислового зразка), обсяг матеріальних витрат роботодавця, передбачений прибуток від використання даного об'єкта права та інше. На практиці розрахувати це, а також спрогнозувати прибуток від використання даного об'єкту досить проблематично. Але ж може бути різний вклад у створення винаходу і незрозуміло, як розподілити використання цього об'єкту інтелектуальної власності між сторонами. Як зазначає В. М. Крижна [2, с. 39], з погляду права ідеальною є ситуація, коли на об'єкт права інтелектуальної власності має права лише один суб'єкт. Це спрощує процес реалізації прав. Автор статті згоден з позицією О. А. Підпригори [3, с. 404], що «...за творцем слід визнати право власності, а роботодавцеві надати право використовувати зазначений об'єкт протягом визначеного законом строку за невиключною ліцензією».

Патентне законодавство України передбачає, що право на одержання патенту має правонаступник винахідника (автора промислового зразка) чи правонаступник роботодавця. Таким чином, право на одержання патенту може переходити до іншої особи у порядку правонаступництва. Це може мати місце, зокрема у разі смерті творця об'єкта права,

реорганізації юридичної особи – роботодавця, переходу права на одержання патенту до правонаступника за договором.

Отже, положення законодавства України, яким встановлюється перелік осіб, що є суб'єктами на об'єкти патентного права відповідає положенням Європейської конвенції. Право на отримання європейського патенту також належить винахіднику (автору промислового зразка) або його правонаступнику. Подати заявку на одержання європейського патенту може будь-яка фізична або юридична особа.

На підставі ст. 493 ЦК України суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку є фізичні та юридичні особи. Автор статті погоджується з думкою фахівців [4, с. 88; 5, с. 197], які вважають, що оскільки мета торговельної марки – індивідуалізація товару і послуги, тому суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку мали б визнаватися лише ті фізичні та юридичні особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності. Проте, у ЦК України була збережена позиція Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», яка визнає суб'єктом права на торговельну марку фізичних та юридичних осіб без будь-яких обмежень.

Відповідно до ч. 2 ст. 493 ЦК України суб'єктами права на одну і ту саму торговельну марку (знак для товарів і послуг) можуть бути декілька осіб. І це положення відповідає ст. 7 Паризької конвенції про охорону промислової власності, де йдеться про надання охорони колективним знакам.

Суб'єктами права на комерційне (фірмове) найменування є юридичні особи. Так, у ст. 489 ЦК України йдеться про особу як суб'єкта прав на комерційне найменування. Погоджуюся з думкою науковців [4, с. 80–81], що ст. 489 ЦК України у частині визначення кола суб'єктів права на комерційне найменування слід тлумачити з урахуванням самої природи даного об'єкта права. Визнання будь-якої особи (фізичної чи юридичної) суб'єктом права інтелектуальної власності на комерційне найменування було б перебільшенням з таких міркувань. Насамперед, поняття «комерційне найменування» своїм змістом передбачає, що цей об'єкт права стосується лише суб'єктів підприємницької діяльності. Сказане відображено, зокрема, у ст. 90 ЦК України, яка закріплює право на комерційне найменування не за всіма юридичними особами, а лише за підприємницькими товариствами. До них ЦК України зараховує господарські товариства та виробничі кооперативи. Крім цього, на підставі ГК України до суб'єктів права на комерційне найменування відносяться приватні підприємства, що здійснюють підприємницьку діяльність, державні комерційні підприємства, комунальні комерційні підприємства. Таким чином, не є суб'єктами права на комерційне найменування юридичні особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Виникає питання, чи можуть бути фізичні особи-підприємці суб'єктами права інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування? Стаття 159 ГК України прямо передбачає, що суб'єкт

господарювання – юридична особа або громадянин-підприємець може мати комерційне найменування. При цьому громадянин-підприємець має право заявити як комерційне найменування своє прізвище або ім'я. Проте, таке вирішення питання не відповідає сутності комерційного найменування. На підставі ст. 28 ЦК України фізична особа набуває цивільних прав і обов'язків та здійснює їх під своїм ім'ям. Вказане повною мірою стосується участі фізичної особи у підприємницьких відносинах. Комерційне найменування є засобом індивідуалізації юридичної особи (ст. 90 ЦК України). І як вказує Н. О. Саніахметова, метою найменування юридичної особи є її індивідуалізація й виключення можливості сплутування з іншими суб'єктами підприємницької діяльності [6, с. 99]. Таким чином, комерційне (фірмове) найменування індивідуалізує саму юридичну особу, а не його власника.

Комерційне (фірмове) найменування пов'язане з юридичною особою, якій воно належить, і може бути відчужене лише разом з цією особою, за винятком випадків комерційної концесії. Відповідно до ч. 2 ст. 490 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування передаються іншій особі лише разом із цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або з його відповідною частиною.

Право на комерційне (фірмове) найменування діє стільки, скільки існує сама юридична особа, якій воно належить. Так, згідно зі ст. 491 ЦК України чинність майнових прав інтелектуальної власності на комерційне найменування припиняється у разі ліквідації юридичної особи та з інших підстав, встановлених законом.

На підставі ст. 502 ЦК України суб'єктами права інтелектуальної власності на географічне зазначення є виробники товарів, асоціації споживачів, інші особи, визначені законом. Розширений перелік суб'єктів права на географічне зазначення міститься у Законі України «Про охорону прав на зазначення походження товарів». Відповідно до ч. 1 ст. 9 даного Закону право на реєстрацію кваліфікованого зазначення походження товару мають особа чи група осіб, які у заявленому географічному місці виробляють товар, особливі властивості, певні якості, репутація або інші характеристики якого пов'язані з цим географічним місцем; асоціації споживачів; установи, що мають безпосереднє відношення до вироблення чи вивчення відповідних продуктів, виробів, технологічних процесів або географічних місць.

Визначаючи коло суб'єктів права на географічне зазначення, потрібно мати на увазі, що даний об'єкт має свою специфіку. Особливість цього об'єкта полягає у тому, що однакове право на одне й те саме зазначення може бути закріплене за різними особами за умови, що вони знаходяться та виробляють товар на території зазначеного географічного місця, особливі властивості товару визначаються виключно або головним чином характерними для цього географічного місця природними умовами або (та) професійними навичками місцевих виробників. Правом на використання географічного зазначення наділяються особи, які у встановленому законом порядку здійснили реєстрацію об'єкта та отримали свідоцтво про

реєстрацію. Права всіх суб'єктів за змістом є однаковими, незалежно від часу їх набуття. Власник прав на географічне зазначення має право перешкоджати неправомірному використанню відповідного зазначення, у тому числі забороняти таке використання.

Необхідно зазначити, що за національним законодавством визначення суб'єктів права на географічне зазначення відрізняється від положень Регламенту Ради ЄС № 510/2006 від 20 березня 2006 р. про охорону географічних зазначень та найменувань походження сільськогосподарських продуктів і продовольчих товарів. Відповідно до ст. 5 Регламенту 510/2006, право подавати заявку на реєстрацію має тільки група. При цьому термін «група» означає будь-яку асоціацію незалежно від правової форми або складу, виробників або переробників, які працюють з однаковою сільськогосподарською продукцією або продуктом харчування. Фізична або юридична особа може вважатися групою відповідно до норм, встановлених Регламентом Комісії ЄС 1898/2006.

Зокрема, фізична або юридична особа може вважатися групою, якщо, по-перше, встановлено, що така особа є єдиним виробником у зазначеному географічному місці. По-друге, характерні природні умови зазначеного географічного місця суттєво відрізняються від характерних природних умов інших регіонів, або особливі властивості товару, виготовленого на території зазначеного географічного місця, відрізняються від товару, який виготовлений в іншій місцевості.

З одного боку, за Регламентом ЄС 510/2006 вимога про обмежене коло осіб, які мають право на реєстрацію географічного зазначення, є виправданою, оскільки особливі властивості товару повинні бути уніфікованими та відповідати певним стандартам якості тієї місцевості, звідки походить цей товар. З іншого боку, особи, які створили групу, будуть вдаватися до різних перешкод для того, щоб завдати приєднанню нових членів. Це буде обмежувати права інших потенційних виробників та може призвести до монополізації ринку.

Розглянемо більш детально суб'єктів права на географічне зазначення. Практика свідчить, що у більшості випадків суб'єктами права інтелектуальної власності на географічне зазначення є саме виробники товару – особа чи група осіб, які у заявленому географічному місці виробляють товар, особливі властивості, певні якості, репутація або інші характеристики якого пов'язані з цим географічним місцем. Це пояснюється тим, що в умовах ринкової економіки виробники зацікавлені в охороні та захисті своєї продукції, виготовленої у місцевості з особливими природними умовами та недопущенні підробок. Суб'єкти підприємницької діяльності, зареєстровані в інших місцевостях, не мають права користуватися географічними зазначеннями, які не мають відношення до регіону їхньої діяльності.

Але виникає питання: які саме особи (юридичні чи фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності) можуть набути прав на використання географічного зазначення і чи доцільно наділяти таким правом фізичних осіб без статусу підприємницької діяльності? Якщо виходити з того, що основною



функцією географічного зазначення є індивідуалізація місця виготовлення товарів, то такими особами можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи (зі статусом суб'єкта підприємницької діяльності і без нього). Для того, щоб мати можливість контролювати особливі властивості та якості товару, обумовлені географічною місцевістю, де розташоване виробництво, власнику прав доцільно самому виготовляти товар, назва якого використовується для позначення. При тому, такими правочасниками можуть бути одночасно декілька осіб, які здійснюють свою діяльність незалежно одна від одної. У такому випадку, кожна з них окремо буде наділена правом на використання географічного зазначення.

Наступним суб'єктом права на використання географічного зазначення є асоціації споживачів та установи, що мають безпосереднє відношення до вироблення чи вивчення відповідних продуктів, виробів, технологічних процесів або географічних місць.

Так, основною умовою виникнення права на використання географічного зазначення є виробництво товару у певній географічній місцевості. Проте, оскільки асоціації споживачів і відповідні установи не виробляють товари і не надають послуги, у них відсутня потреба в отриманні позначення на індивідуалізацію товарів. Автор статті погоджується з думкою науковців [7, 153; 8, с. 132], що особами, які претендують на статус суб'єкта права на географічне зазначення, мають бути тільки ті, які займаються виробничою діяльністю. Товаровиробники є матеріально зацікавленими у належному використанні географічного зазначення. Тому наділення інших осіб елементом права на визнання позначення географічним зазначенням, по суті, є надання таким особам можливості щодо охорони чужих інтересів. Тим більше, немає потреби надання таким суб'єктам права перешкоджання незаконному використанню географічного зазначення, адже це контрольні повноваження, які мають здійснювати компетентні державні органи.

Таким чином, існування інших, крім виробників суб'єктів права на географічне зазначення є недоцільним. Суб'єкт права на географічне зазначення має сам виробляти товар з особливими властивостями. Інші суб'єкти не будуть мати жодного стимулу для здійснення своїх прав щодо географічного зазначення. Тому немає сенсу надавати права на геогра-

фічне зазначення суб'єкту, який займається лише посередницькою діяльністю щодо реалізації товару.

Далі доцільно визначити, чи може бути і в яких випадках суб'єктом права промислової власності держава Україна? На думку автора статті, головною зацікавленою стороною і рівноправним суб'єктом похідного права на об'єкти патентного права, може бути і держава Україна. Держава в особі законодавця повинна не тільки сприяти захисту приватних інтересів, а і відстоювати власні державні інтереси. Стаття 2 (ч. 2) ЦК України проголошує, що учасниками цивільних відносин є: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Таким чином, зазначені суб'єкти цивільних відносин можуть бути суб'єктами права інтелектуальної власності. На підставі ст. 1222 ЦК України держава може стати спадкоємцем будь-якого майна власника, у тому числі і на об'єкти права промислової власності.

Чинним законодавством у сфері промислової власності не передбачено право держави на подання заявки і на одержання охоронного документа на будь-який її об'єкт. Тому формально держава Україна не може бути суб'єктом права і на об'єкти патентного права, а це суперечить загальним засадам інвестиційної діяльності.

Автор статті вважає, що необхідно на законодавчому рівні визнати державу Україна суб'єктом права на об'єкти патентного права і у випадках припинення цього права достроково чи якщо строк правової охорони вже минув. У цих випадках об'єкти патентного права можуть використовуватися будь-якою особою і безоплатно. Але серед цих об'єктів промислової власності можуть бути досить цінні розробки, які не втратили своєї споживчої вартості. Такі об'єкти повинні стати державною власністю.

**Висновки.** Отже, суб'єктом майнових прав на об'єкти патентного права може і повинна бути держава Україна. Для цього у законодавстві України слід передбачити специфічні правові форми і способи набуття державою Україна прав на об'єкти, що охороняються у режимі державної або комерційної таємниці чи створені у результаті виконання робіт, як, наприклад, за державним замовленням, за бюджетні гроші, за державним контрактом. Держава Україна повинна розглядати регулювання цього питання як можливість поповнення бюджету та додаткового вкладення засобів в розвиток інноваційних технологій.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Шишка Р. Б. Охорона інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект: монографія. Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. 368 с.
2. Крижна В. Види договорів у сфері інтелектуальної власності. Інтелектуальний капітал. 2004. № 4. С. 39.
3. Підпригора О. А. Право інтелектуальної власності і новий Цивільний кодекс України. Вісник Академії правових наук. 2003. № 2, 3. С. 399–413.
4. Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності: підруч. для юрид. вищ. навч. закл. К.: Істина, 2007. 208 с.
5. Білоусов В. М. Правові аспекти регулювання відносин, пов'язаних із торговельними марками. Часопис Київського університету права. 2010. № 3. С. 196–199.
6. Саниахметова Н. Право суб'єкта підприємництва на фирменное наименование. Бизнес (Бухгалтерия). 2000. № 39 (402). С. 99–101.
7. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003. 415 с.
8. Мельниченко Ю. С. Цивільно-правова охорона права на географічне зазначення в Україні: монографія. Донецьк: НОУЛІДЖ, 2012. 214 с.



## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343: 222

Айдинян А. В.,  
кандидат юридичних наук

### РОЗУМІННЯ ВИНИ У ФІНАЛЬНІЙ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ

### UNDERSTANDING OF THE GUILT ACCORDING TO FINAL CONCEPT: GENERAL APPROACHES

У статті досліджуються підходи фінальної концепції кримінального права щодо базових кримінально-правових понять. З'ясовуються поняття діяння, злочину, складу злочину і протиправності. Також окреслюється загальне розуміння вини за фінальною теорією.

**Ключові слова:** *фінальна теорія, діяння, злочин, склад злочину, протиправність, вина.*

В статье исследуются подходы финальной концепции уголовного права к базовым уголовно-правовым понятиям. Изучаются понятия деяния, преступления, состава преступления и противоправности. Также дается общее понятие вины за финальной теорией.

**Ключевые слова:** *финальная теория, деяние, преступление, состав преступления, противоправность, вина.*

The article is deal with the approaches of the final theory to the main criminal law concepts. The concepts of an act, a crime, corpus delicti and wrongfulness are clarified. Also, a general understanding of the final theory about the guilt is outlined.

**Key words:** *final concept, act, crime, corpus delicti, wrongfulness, guilt.*

У межах фінальної теорії кримінального права більшість кримінально-правових категорій набувають специфічного змісту, і вина тут не є винятком. Мало-дослідженість такої теорії (концепції, доктрини) кримінального права в цілому та її підходів щодо вини зокрема, а також їх неоднозначне сприйняття в науці й обумовлюють актуальність нашого дослідження.

Оскільки фінальна концепція є прикладом загальних концепцій (детальніше про таку класифікацію – див. попередні зауваження) і вина тут є лише однією з її категорій, сутність останньої неможливо зрозуміти відірвано від деяких інших понять концепції. У зв'язку із зазначеним пропонуємо такий алгоритм дослідження: 1) попередні зауваження; 2) виклад ключових положень фінальної теорії; 3) загальне розуміння вини; 4) висновки.

У межах так званих попередніх зауважень доцільно звернути увагу на два моменти. Перший – усі кримінально-правові концепції, які пропонують свій підхід до розуміння вини, умовно можна поділити на загальні та спеціальні. Загальні теорії стосуються не лише вини і навіть переважно не вини. Вони дають власне тлумачення всіх або принаймні основних понять кримінального права. Натомість для спеціальних теорій ключовою категорією є саме вина, а інші поняття розглядаються в тій мірі, в якій це необхідно для обґрунтування підходу до неї. Фінальна теорія є прикладом загальних теорій, тому виникає потреба дослідити зміст інших категорій кримінального права, адже більшість з останніх у межах цієї концепції набувають специфічного змісту.

Другий важливий момент – це питання термінології, яка вживається для позначення фінальної теорії. В одних

джерелах використовується формулювання фінальна теорія (концепція) [1, с. 34; 2, с. 106] або фінальна теорія кримінального права [3, с. 40], в інших – фінальна теорія дії [3, с. 43; 1, с. 34; 4, с. 39; 5, с. 211], теорія фінального кримінального права [6, с. 97–106], концепція цілеспрямованого діяння [5, с. 213]. Така термінологічна розбіжність не становить предмету нашої наукової дискусії, тому відмітимо лише, що надалі ці словосполучення розглядатимуться нами як синонімічні.

До того ж, у деяких теоретичних джерелах фінальна теорія розглядається як різновид нормативної теорії [4, с. 39], а часом ці теорії взагалі отожднюються [5, с. 211]. У подальшому фінальна теорія буде розглядатись як самостійна по відношенню до інших теорій кримінального права, адже їй властиві певні специфічні характеристики.

Основоположником фінальної концепції вважається професор Боннського університету Ганс Вельцель. Серед прибічників теорії називають таких німецьких вчених, як Р. Маурах, Г. Майер, В. Майхофер.

Фінальна концепція або концепція «цілеспрямованого діяння» («purpose-orientated act») бере свій початок з 30-х років ХХ ст. Ця доктрина привела до радикальної переоцінки таких фундаментальних категорій кримінального права, як діяння і вина в кримінальному праві [5, с. 211]. Радянські вчені пов'язували виникнення фінальної теорії в Західній Німеччині з необхідністю переслідувати демократичні і прогресивні організації та їх діячів, а також з судовим терором останніх [6, с. 97].

Виклад ключових положень фінальної теорії передбачає необхідність з'ясування, як розуміються

в межах концепції такі ключові для кримінального права поняття, як діяння, злочин, склад злочину і протиправність. На нашу думку, лише на базі таких «вихідних даних» ми матимемо змогу розкрити зміст питання, означеного в темі публікації.

Вивчаючи поняття *діяння* за фінальною концепцією, доцільно пригадати, що методологічною основою фінального вчення вважається філософія Н. Гартмана. Ідеалістична концепція останнього лягла в основу фінального поняття діяння як цілеспрямованої, незалежної від «зовнішньої причинності» поведінки людини [7, с. 21]. На цілеспрямованому характері діяння, дійсно варто наголосити. Як зазначає С. Сниман, фінальна теорія ще називається концепцією «цілеспрямованого діяння» і зазвичай протиставляється так званій причинній теорії діяння («causal theory of an act»), за якою діяння становить бажане або принаймні добровільне м'язове скорочення людського тіла, внаслідок якого порушується кримінальний закон. Ця теорія повністю ігнорує ціль, з якою таке діяння вчиняється. На відміну від останньої, фінальна концепція ключову роль відводить саме наміру чи цілі діяння правопорушника [5, с. 213], що, очевидно, й обумовило її назву. Н.В. Лясс також підкреслює, що за фінальною теорією кожне діяння людини вчиняється з визначеною ціллю і протиставляється причинності. Вважається, що людина знає «закони причинності і результату», тому може спрямовувати своє діяння в певному напрямку задля досягнення попередньо визначеної нею цілі. Фінальна діяльність – це діяльність, що спрямовується усвідомленням цілі, в той час як чиста причинність є випадковим результатом взаємодії різних обставин [1, с. 35]. Г. Вельцель обґрунтував такий висновок: «Фінальність – у переносному сенсі – є «зрячою», а причинність – «сліпа» [8, с. 28].

Визначаючи діяння, прибічники фінальної теорії також надають важливого значення волі як вирішальному фактору діяння. Діяння за фінальною теорією не є лише механічним спричиненням шкоди. Навпаки, воно вважається таким, що демонструє волю [5, с. 213]. «Фінальна воля і фінальний прояв волі поєднуються в понятті діяння: діяння – це приборкування керівною волею, спрямована на визначений результат, поведінка людини» [9, с. 145]. Г. Вельцель називає волю основою фінального діяння, спрямовуючим фактором, що може змінити причинність і тим самим перетворити її в цілеспрямовану поведінку [8, с. 28]. Отже, *діяння за фінальною концепцією завжди є цілеспрямованим і вольовим*.

Якщо пригадати теорію кримінального права України, то тут діяння традиційно визнається обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину і вважається, що воно має бути суспільно небезпечним, протиправним, конкретним, свідомим та вольовим [11, с. 119; 12, с. 90; 12, с. 82], хоча часом відмічається, що суспільна небезпечність і протиправність більше характеризують не діяння, а злочин в цілому [13, с. 504].

Виходячи з того, що за фінальною теорією діяння є цілеспрямованим, не викликає сумнівів теза, що воно є свідомим і вольовим. Про конкретний характер діяння прямо не йдеться. Що стосується

протиправності і суспільної небезпечності, то вони не визнаються ознаками діяння.

Друге питання, яке виникає стосовно поняття діяння, полягає в тому, чи є діяння суто об'єктивною категорією, чи воно включає і суб'єктивні характеристики? Відповідь на це питання, на наш погляд, випливає з тези Г. Вельцеля: «Центр кримінально-правової неправди знаходиться в діянні суб'єкта. Воно є структурною єдністю об'єктивних і суб'єктивних моментів» [14, с. 78]. Більше того, далі буде показано, що умисел і необережність відносяться не до вини, а до діяння, що слугує ще одним аргументом на користь того, що *відповідно до фінальної теорії діяння має дві складові – об'єктивну і суб'єктивну*.

Щодо поняття злочину. Н.В. Лясс наводить такі його визначення, що надавались прибічниками фінальної концепції. Так, В. Майхофер зазначає, що злочин – це поведінка людини, спрямована на порушення соціальних благ. Г. Вельцель вважає, що злочином є соціально нетерпиме, вартє осуду порушення суспільного порядку. Н.В. Лясс вказує, що в іншій своїй праці Г. Вельцель веде мову про те, що кримінальне право забороняє діяння, цілі яких є соціально небажані. Звідси авторка робить висновок, що основною ознакою злочину є соціально засуджувана фінальність чи спрямованість діяння [2, с. 67].

На перший погляд може здатися, що наведені визначення поняття злочину В. Майхофера та Г. Вельцеля (друга дефініція автора) є так званими матеріальними (такими, що вирізняють соціальну сутність злочину), однак слід звернути увагу, що у В. Майхофера, наприклад, йдеться не про поведінку, що порушує соціальні блага, а про спрямованість поведінки на такі порушення. Аналогічно у Г. Вельцеля – заборонені діяння із соціально небажаними цілями.

На думку іншого представника фінальної концепції Р. Маураха, злочином є те, що чинним правом визнається злочином [9, с. 100]. Отже, цей автор пропонує так звану формальну дефініцію поняття злочину (вони відображають лише юридичні ознаки злочину).

Узагальнюючи наведені дефініції поняття злочину, можна зробити висновок, що *одні автори при його визначенні вирішальне значення надають спрямованості діяння особи, а інші – обмежуються так званим формальним визначенням*.

Не зупиняючись детально на понятті злочину, Г. Вельцель називає три його елементи: відповідність діяння складу злочину, протиправність та вини. Саме вони перетворюють діяння в злочин [8, с. 39].

Стосовно *поняття складу злочину* за фінальною теорією Б.С. Маньковський зазначає, що це поняття ґрунтується на вченні Є. Белінга (представника нормативної теорії вини). Б.С. Маньковський підкреслює, що складу злочину, на думку фіналістів, не властиві ознаки суспільної небезпеки, протиправності та вини. На думку цього радянського вченого, склад злочину тут є голою сукупністю ознак і зводиться до положення техніко-правового інституту [6, с. 99].

Із праці Є. Белінга дійсно випливає, що склад злочину – це тільки безтілесний опис типу злочину. Автор наголошує на абстрактному і чисто нормативному характері складу злочину, який «вимагає» конкретний

характер діяння з точки зору його відповідності ознакам, передбаченим в кримінальному законі. При цьому, як цитує основоположника нормативної теорії Н.В. Лясс, склад злочину в чистому вигляді не включає в себе момент діяння, він не містить (не повинен містити) вказівку на вольове діяння людини [1, с. 11]. З урахуванням зазначеного, слід погодитись у цій частині з Н.В. Лясс, на думку якої, склад злочину за підходом нормативної теорії не включає жодних суб'єктивних ознак, що характеризують зміст волі особи, її ставлення до вчиненого діяння. Тут склад злочину розуміється як зовнішня картина діяння, об'єктивний його опис, він не може містити суб'єктивних моментів. Для складу достатньо, щоб діяння зовні відповідало типу злочину, передбаченого в законі. Натомість зміст волі суб'єкта, його внутрішнє ставлення до діяння, що відповідає складу, є самостійною ознакою злочину, що знаходиться за межами складу злочину [1, с. 11].

У контексті зазначеного основне питання, що стосується складу злочину, – це питання щодо його змісту, а саме – чи включає склад злочину за фінальною концепцією лише об'єктивні ознаки, чи, можливо, до нього входять і суб'єктивні ознаки? На нашу думку, висновок про те, що склад злочину відповідно до фінальної концепції (за аналогією з нормативною теорією) включає лише зовнішні об'єктивні ознаки, не в повній мірі відповідає дійсності. Так, із праці основного з фіналістів – Г. Вельцеля – випливає, що в структурі складу злочину він виокремлює об'єктивні та суб'єктивні ознаки (§13) [8, с. 48–57]. При цьому, характеризуючи суб'єктивні ознаки, він, зокрема, називає умисел та аналізує його інтелектуальний і вольовий моменти [8, с. 48–57] (детальніше про інтелектуальні і вольові моменти – див. далі). Як буде обґрунтовано нижче, умисел і необережність включають елементи психічного ставлення особи до вчиненого, тому, базуючись на останньому, можна узагальнити, що склад злочину відповідно до фінальної теорії, на відміну від нормативної теорії, не позбавлений суб'єктивних елементів.

Аналізуючи висновки Н.В. Лясс щодо складу злочину відповідно до фінальної теорії, робимо висновок про деяку їх логічну неузгодженість. Так, спочатку авторка наголошує, що зміст волі суб'єкта знаходиться за межами складу злочину [1, с. 11]. Далі, роз'яснюючи поняття умислу, вона вказує, що під умислом фіналісти розуміють волю, спрямовану на здійснення соціально небажаних цілей [1, с. 40]. А в контексті питання віднесення умислу до діяння авторка наводить таку цитату Г. Вельцеля: «Умисел є елементом, що визначає не вину, а склад злочину» [1, с. 42].

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що склад злочину за Г. Вельцелем включає не лише об'єктивні, але і суб'єктивні ознаки.

До того ж, вивчаючи склад злочину в цілому за фінальною концепцією, варто зауважити, що Г. Вельцель розглядає це поняття не лише у вузькому значенні як набір характеристик, передбачених в кримінальному законі, але і в широкому значенні як сукупність умов злочинності діяння. У широкому розумінні склад злочину включає склад злочину у вузькому сенсі, протиправність, вину та «об'єктивні умови караності» (мовою оригіналу – «die objektiven

Strafbarkeitsbedingungen») [8, с. 43]. На наше переконання, можна поставити питання щодо доцільності використання в межах науки кримінального права двох значень одного словосполучення, однак у даному разі хотілося б наголосити на тому, що склад злочину в широкому значенні розглядається як підстава кримінальної відповідальності.

Ще одним базовим поняттям кримінального права, що набуває в межах досліджуваної концепції специфічного змісту, є поняття *протиправності*. Передусім слід відмітити, що представники фінальної теорії розмежовують відповідність складу злочину і протиправність, тобто наявність складу злочину ще не свідчить про протиправність діяння. Протиправність тут розглядається як протиріччя вчиненого складу злочину, забороненого нормою, всьому правопорядку. Правопорядком визнається належний суспільний життєвий лад, тому протиправне здійснення складу злочину є такою поведінкою, що порушує цей «соціальний життєвий лад» [8, с. 41].

Далі Г. Вельцель підкреслює, що протиправність – це завжди негативна оцінка діяння, вчиненого певним злочинцем (така оцінка здійснюється суддею, судом присяжних, мировим суддею тощо і дається на підставі усього правопорядку) [1, с. 45]. Як зазначає Н.В. Лясс, Г. Вельцелем протиправність описується такими формулюваннями: «несправедливість діяння», «порушення соціальних норм, необхідних для спільного суспільного існування», «порушення суспільного порядку» [1, с. 44]. Погоджуємось, що такі характеристики є оціночними. Таким чином, узагальнюючи зазначене вище, можна сформулювати висновок, що, на думку фіналістів, протиправність полягає в порушенні суспільного ладу, а відповідне поняття має оціночний характер.

**Загальне розуміння вини.** Таким чином, на підставі проведеного дослідження щодо розуміння фіналістами таких базових понять кримінального права, як діяння, злочин, склад злочину і протиправність, ми маємо змогу підійти до поняття вини в межах даної доктрини. Перша і, мабуть, основна теза полягає в тому, що вина, з точки зору фіналістів, знаходиться за межами складу злочину і її зміст не визначається умислом чи необережністю [1, с. 43].

Наведемо кілька дефініцій вини, що пропонуються представниками досліджуваної концепції. Так, за одним з визначень вина – це вираз оціночного судження щодо поведінки особи, певна її (його) оцінка. Вона включає докір суб'єкту за вчинення ним конкретного діяння [5, с. 215]. Інші визначення представників концепції: «Вина – це докір, який висувається суб'єкту через зловживання ним своєю осудністю щодо конкретного злочину» [9, с. 324]; «вина – це осуд, докірливість волеутворення» [8, с. 105].

Дещо в загальному оцінюючи сформульовані вище дефініції, можна констатувати таке.

1. За підходами фіналістів, вина не є суб'єктивним (внутрішнім) ставленням суб'єкта до вчинюваної дії чи бездіяльності та/або суспільно небезпечних наслідків. Навпаки, тут вина є чимось зовнішнім по відношенню до суб'єкта злочину. Використання понять «оцінка», «докір» як родових стосовно вини дозволяє зробити висновок, що вина лежить у сфері



правосвідомості іншої особи (як правило, судді). Отже, можна стверджувати, що за фінальною доктриною вина є своєрідним «фрагментом правосвідомості» правозастосувача, що має місце під час вирішення питання про злочинність діяння.

При цьому варто наголосити, що психічне ставлення суб'єкта до вчинюваного ним представниками фінальної концепції аж ніяк не ігнорується, однак воно охоплюється не виною, а суб'єктивною складовою діяння (умислом та необережністю, що відокремлені від вини).

Радянські вчені, обґрунтовуючи психологічну теорію вини, критично відносились до такого підходу фіналістів. У даному разі хотілося б звернути увагу на тому, що, незалежно від конкретного змісту вини, який вкладається науковцями в це поняття, питання про вину все одно вирішує суд і складно заперечувати, що саме його (судді) власна оцінка ситуації є визначальною.

2. Отже, другий важливий висновок – докір у фіналістів завжди має свої передумови (умови) і підстави. Передумови, або умови – обставини, без яких про вину вести мову не доводиться, однак і існування лише їх недостатньо для висунення докору. Базовими передумовами докору фіналісти називають свободу волі та осудність [8, с. 105]. До речі, в чинному КК ФРН, регламентуючи неосудність, німецький законодавець вказує, що за наявності підстав для визнання особи неосудною в діях такої особи відсутня вина (§ 20) [15].

Окрім умов (передумов), докір, який в межах фінальної доктрини за домінуючим підходом є родовим поняттям вини, висувається не безпідставно, а, навпаки, його висунення можливе лише за вчинення певного діяння, яке відповідає складу злочину і є протиправним. Радянські вчені серйозно критикували фінальну концеп-

цію. Наприклад, М.С. Алексєєв відмічав, що в фінальній концепції вина перетворюється в просту оцінку настрою суб'єкта злочину, що формується в голові судді [16, с. 97]. Проведене нами дослідження не дозволяє погодитись з висловленою позицією.

Підводячи підсумок, можна узагальнити, що докір у межах фінальної концепції завжди пов'язується з цілком конкретною підставою та умовами. Саме поєднання підстави та умов визначають можливість висунення докору.

Підводячи підсумки, наведемо узагальнені положення фінальної теорії щодо розуміння вини в контексті її співвідношення з іншими категоріями кримінального права.

1. Однією з основних категорій кримінального права є діяння. Діяння, за фінальною концепцією, є цілеспрямованим і вольовим. Воно має дві складові – об'єктивну і суб'єктивну.

2. Діяння може бути визнане злочином лише в разі, якщо воно відповідає складу злочину, є протиправним та винним.

3. Склад злочину включає не лише об'єктивні, але і суб'єктивні елементи.

4. Поняття протиправності має оціночний характер, а власне протиправність – за домінуючим підходом – полягає в порушенні суспільного порядку.

5. Загальні характеристики вини:

1) вина знаходиться за межами складу злочину;

2) за одним із підходів родовим поняттям вини визнається оцінка, за іншим – осуд, докір (докірливість), обидва підходи свідчать про те, що тут вина розглядається як «фрагмент правосвідомості» правозастосувача;

3) докір завжди пов'язується з конкретною підставою, а його висунення можливе в разі існування певних умов (передумов).

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Лясс Н.В. Нормативная теория в современном буржуазном уголовном праве. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. 77 с.
2. Лясс Н.В. Критика финальной концепции «двойной» функции уголовного права. Правоведение. 1969. С. 104–109.
3. Шаргородский М.Д. Современное буржуазное уголовное законодательство и право. М.: Госюриздат, 1961. 109 с.
4. Лекшас И. Вина как субъективная сторона преступного деяния. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1958. 85 с.
5. C. Snyman. The Normative Concept of Mens Rea: A New Development in Germany. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 28. No. 2 (Apr., 1979). P. 211–220.
6. Маньковский Б.С. Реакционная неокантианская теория финального уголовного права Советское государство и право. 1959. № 4. С. 97–106.
7. Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України К.: Атіка, 2005. 224 с.
8. H. Welzel. Das Deutsche Strafrecht. Berlin, 1956. 437 s.
9. R. Maurach Das Deutsche Strafrecht. Allgem. Teil, Karlsruhe, 1954. 795 s.
10. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 2-е вид., перероб. і допов. К. – Х.: Юрінком Інтер, 2005. 480 с.
11. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Вид. 5-ге, переробл. та допов. / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. К.: Юридична думка, 2009. 480 с.
12. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів вищих навчальних закладів. К.: Атіка, 2004. 488 с.
13. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. К.: Істина, 2011. 1121с.
14. Кузнецова Н. Уголовное право ФРГ. М.: Издательство Московского университета, 1980. 214 с.
15. Кримінальний кодекс Федеративної Республіки Німеччини 1871 р. URL: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1242733>.
16. Алексєєв Н.С. Западногерманское «учение об ошибке в запрете» – теоретическое определение беззакония. Правоведение. 1962. № 1. С. 93–101.



Доценко А. Ю.,  
прокурор  
Харківської місцевої прокуратури № 6

## ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ В УКРАЇНІ

### WAYS TO IMPROVE CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER THE AGREEMENT ON THE RECOGNITION OF GUILT IN UKRAINE

У статті визначено напрями вдосконалення інституту угоди про визнання винуватості з урахуванням положень Постанови Пленуму ВССУ від 11 грудня 2015 р. № 13. Зроблено висновок, що недоцільно змінювати порядок затвердження угоди про визнання винуватості в частині надання сторонам угоди права повторного звернення до суду з угодою в одному кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, угода про визнання винуватості, КПК України, сторони угоди.

В статье определены направления совершенствования института соглашения о признании виновности с учетом положений Постановления Пленума ВССУ от 11 декабря 2015 г. № 13. Сделан вывод, что нецелесообразно менять порядок утверждения соглашения о признании виновности в части предоставления сторонам соглашения права повторного обращения в суд с соглашением в одном уголовном производстве.

**Ключевые слова:** уголовное производство, соглашение о признании виновности, УПК Украины, стороны соглашения.

The article defines the directions of improvement of the institute of the agreement on the recognition of guilt taking into account the provisions of the Resolution of the plenum of the Supreme Soviet of December 11, 2015, No. 13. It was concluded that it is inappropriate to change the procedure for approval of the agreement on the recognition of guilt in part of the provision of the parties to the agreement right of recourse to the court with the agreement in one criminal proceedings.

**Key words:** criminal proceedings, agreement on recognition of guilt, CPC of Ukraine, parties to the agreement.

**Постановка проблеми.** Однією з важливих проблем кримінального процесу є необхідність оптимізації чинної кримінальної процесуальної форми, яка найбільш ефективно забезпечила реалізацію права особи на вільний доступ до правосуддя, сприяла не лише економному, а й раціональному використанню ресурсів, котрі виділяються для здійснення правосуддя, скороченню строків розгляду кримінальних проваджень і зменшенню навантаження на суддівський корпус. Інститут угод сприяє досягненню цих цілей, оскільки угоди є проявом диференціації кримінального провадження, сукупністю правових норм, що регулюють кримінальні процесуальні відносини щодо досягнення компромісу між сторонами угод на взаємовигідних, добровільних, взаємних і спрощених умовах у межах і в спосіб, визначений чинним кримінальним процесуальним законодавством [1, с. 44].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Поняття й сутність здійснення кримінального провадження на підставі угод про визнання винуватості досліджували такі науковці, як Р. Новак, С. Паславський, Є. Повзик, Г. Соловей, М. Твердохліб. Тому, зважаючи на те, що інститут угод став звичним явищем у вітчизняному кримінальному судочинстві, на практиці мають місце деякі прогалини, що потребують розгляду й удосконалення.

Метою статті є виявлення та характеристика недоліків і труднощів, що виникають під час здійснення кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості, а також визначення деяких шляхів усунення цих прогалин, ураховуючи

практику реалізації цього інституту в Україні й окремих зарубіжних країнах.

**Виклад основного матеріалу.** Поява інституту угод у кримінальному процесі зумовлена, з одного боку, перейняттям прогресивного зарубіжного досвіду у сфері подолання проблеми затягування судового провадження й підвищення ефективності кримінального процесу в цілому, а з іншого – вимогами міжнародно-правових норм. Слід відмітити, що практика укладання угод про визнання винуватості активно застосовується щодо кримінальних проваджень відповідно до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Однак усе ж потрібно відмітити, що процес укладення та затвердження угоди про визнання винуватості між підозрюваним (обвинуваченим) і прокурором є відносно новим у вітчизняному кримінальному судочинстві. Наразі вчені та юристи-практики під час дослідження порядку укладення й затвердження угоди про визнання винуватості пропонують різні законодавчі вдосконалення цього інституту. Тому доцільним буде їх розглянути, подати критичний науковий аналіз, а також висвітлити власний погляд на можливі шляхи вдосконалення процесу здійснення вітчизняного кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості.

Слід відмітити, що хоча інститут угод у кримінальному провадженні є відносно новим для вітчизняного судочинства, однак у порядок здійснення кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості вносилося чимало важливих змін, котрі значно змінили сутність цього інсти-

туту. Так, спершу угоду про визнання винуватості можна було укладати не у всіх кримінальних провадженнях (заборонялося щодо особливо тяжких злочинів і будь-яких злочинів, у яких був потерпілий). У 2015 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 25 квітня 2015 р. [2] було внесено зміни до КПК України та встановлено, що угоди про визнання винуватості можна укладати й щодо особливо тяжких злочинів, які розслідує Національне антикорупційне бюро України, за умови викриття підозрюваним (обвинуваченим) іншої особи, винної у вчиненні злочину, теж віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.

У подальшому Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення механізмів забезпечення завдань кримінального провадження» від 16 березня 2017 р. було внесено зміни, відповідно до яких стало можливим укладати угоди й щодо будь-яких інших особливо тяжких злочинів і в кримінальних провадженнях, в яких бере участь потерпілий (потерпілі), за умови, що він надасть письмову згоду прокурору на укладення ним угоди про визнання винуватості [3].

Тому відповідно до ч. 4 ст. 469 КПК України угода про визнання винуватості між прокурором і підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена в провадженні щодо:

- 1) кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів;
- 2) особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи, винної у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами;
- 3) особливо тяжких злочинів, учинених за попередньою змовою групою осіб, організованою групою чи злочинною організацією або терористичною групою за умови викриття підозрюваним, який не є організатором такої групи чи організації, злочинних дій інших учасників групи чи інших злочинів, учинених групою чи організацією, якщо повідомлена інформація буде підтверджена доказами.

Угода про визнання винуватості між прокурором і підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена щодо кримінальних проступків, злочинів, унаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам. Укладення угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні щодо вповноваженої особи юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи, а також у кримінальному провадженні щодо

кримінальних правопорушень, унаслідок яких шкода завдана державним чи суспільним інтересам або правам та інтересам окремих осіб, у яких беруть участь потерпілий або потерпілі, не допускається, крім випадків надання всіма потерпілими письмової згоди прокурору на укладення ними угоди [4].

Слід погодитися з думкою М. Твердохліба, який зазначає, що позиція законодавця, згідно з якою укладення угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні, в якому бере участь потерпілий, є цілком обґрунтованою з погляду захисту чи врахування інтересів потерпілого, оскільки в окремих випадках потерпілий зацікавлений в укладенні з підозрюваним угоди про визнання винуватості (переважно під час учинення групових корисливих або корисливо-насильницьких злочинів) [5, с. 359].

Відповідно до ч. ч. 7, 8 ст. 474 КПК України в разі, якщо суд відмовить у затвердженні угоди, повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається. Положеннями КПК України не передбачено повторного звернення з угодою в одному кримінальному провадженні навіть стосовно іншого обвинуваченого, якщо щодо першого була, наприклад, допущена неправильна кваліфікація або коли узгоджене сторонами покарання суперечить вимогам матеріального кримінального закону тощо. Із цього питання О. Леяк пропонує дозволити повторне звернення з угодою про визнання винуватості в одному кримінальному провадженні в разі усунення або зміни обставин, визначених п. п. 1, 3 і 5 ч. 7 ст. 474 КПК України, які стали підставою для відмови в її затвердженні судом. Якщо ж повторно направлена угода все одно не відповідатиме вимогам законодавства, суд відмовлятиме в її затвердженні, і досудове розслідування або судове провадження буде продовжене в загальному порядку [6, с. 12].

У п. 12 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11 грудня 2015 р. № 13 (далі – Постанова Пленуму ВССУ) указано, що якщо в угоді наявні недоліки, які за своїм змістом не є суттєвими, зокрема угода вміщує суперечності, неточності, які зумовлені переважно правовою необізнаністю сторін, з огляду на заборону, передбачену ч. 8 ст. 474 КПК України (щодо повторного звернення з угодою в одному кримінальному провадженні), правильним видається надання судом можливості сторонам уточнення укладеної угоди, внесення відповідних змін до її змісту. При цьому такі зміни мають бути погоджені між сторонами, відображені в журналі судового засідання, технічному записі та судовому рішенні [7].

Слід відмітити, що вказана позиція ВССУ є цілком обґрунтованою, тому все ж потрібно внести зміни до КПК України та визначити порядок надання судом часу сторонам угоди для усунення недоліків у такій угоді, зокрема щодо допущення неправильної кваліфікації кримінального правопорушення.

Поряд із цим варто відмітити, що в науковій літературі все частіше стали висловлюватися пропозиції

про те, що в КПК України необхідно змінити порядок затвердження угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні, зокрема передбачити норму, за якою сторони угоди мають право повторно звернутися до суду з угодою в одному кримінальному провадженні в разі, коли одна зі сторін уже відмовлялася під час судового засідання від укладення угоди [5, с. 360].

Доцільність запровадження таких змін, на думку науковців, у переважній більшості викликана тим, що в деяких зарубіжних країнах у кримінальному процесі допускається повторне звернення в одному кримінальному провадженні до суду з угодою про визнання винуватості. Так, відповідно до ч. 4 ст. 614 КПК Республіки Казахстан відмова сторін (сторони) від укладення угод під час її розгляду в суді не перешкоджає повторному зверненню до суду з угодою в одному кримінальному провадженні (до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку) [8]. Вважаємо, що такі законодавчі нововведення є недоцільними, вони лише сприятимуть різним маніпуляціям сторін угоди, а також не сприятимуть забезпеченню процесуальної економії ресурсів і часу (саме вказана мета й установлювалася під час запровадження інституту угод у вітчизняне кримінальне судочинство).

Слід зазначити, що протягом 2012–2016 рр. у науковій літературі активно обговорювалося питання про те, що в КПК України та в Кримінальний кодекс України (далі – КК України) не вносилися зміни в частині можливості узгоджувати та призначати покарання під час укладення угоди про примирення чи угоди про визнання винуватості відповідно до ст. 69–71 КК України (ці статті визначають порядок і умови призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, призначення покарання за сукупністю злочинів і вироків) [9].

Указане питання не знайшло однозначного вирішення в юридичній літературі й донині. Так, М. Корнієнко зазначає, що в угоді про визнання винуватості узгоджене покарання із застосуванням ст. 69, 70 КК України визначається без будь-якого обґрунтування та посилання на обставини, що пом'якшують покарання, і мотиви прийняття такого рішення. Незважаючи на наявність можливості застосування більш м'якого покарання за вчинені злочини для осіб, які уклали угоду про визнання винуватості, законодавець жодним чином не заперечив необхідність застосування загальних засад призначення покарання, які чітко закріплені в ст. 65 КК України [10, с. 161]. Г. Саєнко взагалі приходить до категоричного висновку, що завдання суду зводиться тільки до встановлення безспірного факту вчинення суб'єктом кримінально караного діяння та призначення узгодженого між сторонами покарання [11, с. 203].

У КК України закріплені засади призначення покарання, однак залишаються невизначеними правила призначення покарання в разі наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання й істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину. Відповідно до ч. 1 ст. 69 КК України в таких випадках

суд, умотивувавши своє рішення, може (крім випадків засудження за корупційний злочин) призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, установленної в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, або перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу за цей злочин. У цьому разі суд не має права призначити покарання, нижче від найнижчої межі, установленної для такого виду покарання в Загальній частині цього Кодексу.

КПК України передбачає досягнення домовленостей у кримінальних провадженнях щодо вчинення підозрюваним чи обвинуваченим не одного, а декількох кримінальних правопорушень. На підставі цього в ч. 3 ст. 475 КПК України зазначено, що в резолютивній частині вироку на підставі угоди має міститися рішення про призначення узгодженої сторонами міри покарання за кожним з обвинувачень і остаточна міра покарання.

Отже, виникає запитання: чи можуть сторони узгоджувати покарання, коли новий злочин учинений особою після засудження, але до повного відбуття покарання? Чи є предметом угоди в такому разі тільки покарання, призначене за новий учинений злочин, чи й ті покарання, які підлягають призначенню за правилами, указаними у ст. 71 КК України. Тобто необхідно однозначно визначити, чи мають право сторони угоди узгоджувати остаточну міру покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК України) і за сукупністю вироків (ст. 71 КК України). У ст. 70, 71 КК України не вносилися зміни в частині можливості узгоджувати та призначати покарання під час укладення угоди про примирення чи угоди про визнання винуватості.

Відповідно до п. 12 Постанови Пленуму ВССУ сторони угоди (незалежно від її виду) зобов'язані, крім іншого, узгоджувати міру покарання та звільнення від його відбування з випробуванням (якщо домовленості щодо такого звільнення мали місце та сторони дійшли згоди).

Відповідно до ч. 2 ст. 75 КК України суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. Отже, під час укладення угоди її сторони мають право узгоджувати не тільки покарання, але й визначати умови звільнення від відбування покарання з випробуванням, покарання якщо було узгоджене в межах ст. 75 КК України.

Водночас домовленості сторін угоди під час узгодження покарання не мають виходити за межі загальних і спеціальних засад призначення покарання, установлених законом України про кримінальну відповідальність. Зокрема, сторони мають узгоджувати покарання, урахувавши таке:



– по-перше, положення п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 65 КК України, тобто в межах, установлених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 53 КК, і відповідно до положень Загальної частини КК України. Зокрема, коли в санкції статті (санкції частини статті), що передбачає відповідальність за вчинений злочин, не встановлено мінімальної межі покарання, сторони мають виходити із положень розділу X Загальної частини КК України;

– по-друге, ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного й обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України). За наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання й істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину з урахуванням особи винного, сторони угоди з огляду на положення ст. ст. 65, 75 КК України мають право, використовуючи положення ст. 69 КК України, узгоджувати основне покарання, нижче від найнижчої межі, установлені в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, або інше основне покарання, більш м'який його вид, не зазначений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України за цей злочин; не визначати додаткове покарання, передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України як обов'язкове, за винятком випадків, установлених ч. 2 ст. 69 КК України [7].

Правові норми ст. 75 КК України можуть застосовуватися в разі вчинення особою як одного, так і декількох правопорушень. Відповідно до п. 23 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» у разі визнання особи винною у вчиненні кількох злочинів рішення про її звільнення від відбування покарання з випробуванням приймається тільки після визначення на підставі ч. 1 ст. 70 КК України остаточного покарання, виходячи з його виду й розміру. Коли особа, щодо якої було застосоване таке звільнення, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не допускається. За таких умов кожний вирок виконується самостійно [12].

Урахування означених вимог кримінального закону має бути відображене в змісті угоди, а узгоджена міра покарання повинна мати конкретне вираження. У п. 12 Постанови Пленуму ВССУ чітко визначено, що суд також має враховувати, що КК України та КПК України регулюють два різновиди звільнення від відбування покарання з випробуванням: 1) загальний, коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний, у разі затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК України, не є обов'язковим [7].

Крім того, у п. 20 Постанови Пленуму ВССУ частково було вирішене питання про призначення покарання за сукупністю злочинів і вироків у разі укладення угоди в кримінальному провадженні. Так, якщо кримінальне провадження у зв'язку з укладенням угоди попередньо було виділене в окреме провадження, потім вирок суду затверджена угода та призначене узгоджене між сторонами покарання чи звільнення від його відбування з випробуванням (при цьому щодо інших кримінальних правопорушень провадження здійснювалось у загальному порядку), то під час визначення остаточного покарання суд має керуватися ч. 4 ст. 70 і ст. 72 КК України. Якщо ж підозрюваний чи обвинувачений у період відбування покарання за вчинене кримінальне правопорушення, у провадженні щодо якого в подальшому було укладено угоду, то суд, переконавшись, що угода може бути затверджена, ухвалює вирок, яким затверджує угоду, призначає узгоджену сторонами міру покарання, а остаточне покарання визначає, керуючись правилами ст. ст. 71, 72 КК України [7].

Отже, у нових положеннях ст. 75 КК України та ст. ст. 471, 472 КПК України неоднозначно викладена позиція про можливість надання сторонам угоди права призначати покарання як за сукупністю злочинів, так і за сукупністю вироків. Тому правила призначення покарання, що визначені в ст. ст. 70–72 КПК України під час укладення угод у разі вчинення особою не одного, а декількох правопорушень, повинні бути конкретизовані в КПК України з урахуванням правових положень Постанови Пленуму ВССУ.

Таким чином, сторони угоди про визнання винуватості можуть узгоджувати міру покарання, а суд, керуючись правилами, визначеними в КК України, в окремих випадках має право призначати покарання за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків.

**Висновки.** Таким чином, під час застосування та внесення відповідних законодавчих змін до КПК України щодо порядку застосування інституту угод про визнання винуватості в кримінальному провадженні слід урахувати практику застосування цього інституту, а також положення Постанови Пленуму ВССУ від 11 грудня 2015 р. № 13. Зроблено висновок, що доцільно внести зміни до КПК України та визначити порядок надання судом для сторін угоди часу на визнання винуватості для усунення недоліків у такій угоді (зокрема, щодо допущення неправильної кваліфікації кримінального правопорушення). Указано на недоцільність зміни порядку затвердження угоди про визнання винуватості в частині надання сторонам угоди права повторного звернення до суду з угодою в одному кримінальному провадженні.

Подальшого наукового дослідження потребують питання щодо визначення шляхів удосконалення порядку й умов укладення та затвердження угоди про примирення між підозрюваним (обвинуваченим) і потерпілим у кримінальному провадженні України.



**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Новак Р. Кримінальне провадження на підставі угод в Україні: дис ... канд. юридичних наук, спец. 12.00.09: «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Х., Харківський національний університет ім. В.Н. Каразіна, 2015. 214 с.
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України № 198-19, від 25 квітня 2015 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/198-19/paran139#n139>.
3. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення механізмів забезпечення завдань кримінального провадження: Закон України № 1950-19 від 16 березня 2017 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1950-19/paran37#n37>.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-17 / Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.
5. Твердохліб М. Проблема законодавчого вдосконалення кримінального провадження на підставі угод. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 1. С. 258–261.
6. Лесяк О. Угода про визнання винуватості у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2015. 20 с.
7. Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 р. № 13 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>.
8. Уголовно-процесуальний кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11 июля 2017 г.) URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852#pos=1;-94](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=1;-94).
9. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. / Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.
10. Корнієнко М. Особливості кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості: український і зарубіжний досвід / Підприємництво, господарство і право. 2017. № 4. С. 159–165.
11. Саєнко Г. Правова природа угоди в кримінальному процесі / Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. № 3. Том 3. С. 199–203.
12. Про практику призначення судами кримінального покарання: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03>.

**Касапоглу С. О.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінального права та кримінології  
юридичного факультету  
Національного гірничого університету

## ДОПУСТИМІСТЬ НЕОСОБИСТОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

### LEGAL ADMISSIBILITY OF NON-PERSONAL REALIZATION OF THE STANDARDS OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW

У статті розглянуті проблемні питання допустимості неособистої реалізації учасниками кримінального провадження норм кримінального процесуального права. У правовому регулюванні цих питань виявлені недоліки і запропоновані шляхи їх усунення.

**Ключові слова:** норма, кримінальне процесуальне право, реалізація, кримінальне провадження, дієздатність.

В статье рассмотрены проблемные вопросы допустимости неличной реализации участниками уголовного производства норм уголовного процессуального права. В правовом регулировании этих вопросов выявлены недостатки и предложены пути их устранения.

**Ключевые слова:** норма, уголовное процессуальное право, реализация, уголовное производство, дееспособность.

The article considered the problematic issues of the legal admissibility of non-personal realization by the participants of criminal proceedings of the standards of criminal procedural law. In the legal regulation of these issues revealed shortcomings and proposed ways to eliminate them.

**Key words:** standards, criminal procedural law, realization, criminal proceedings, legal capacity.

**Постановка проблеми.** За загальним правилом норми кримінального процесуального, як і будь-якого іншого права, повинен реалізовувати суб'єкт, якому вони адресовані (адресат норми права). Однак у певних випадках їх адресат не може або не хоче реалізовувати норми процесуального права. Це може бути з різних причин: підозрюваний скривається від досудового розслідування, обвинувачений від судового розгляду; потерпілий загинув або перебуває у стані, який унеможливує подання заяви про вчинення кримінального правопорушення тощо. На час відсутності зазначених учасників кримінального провадження у випадках, передбачених законом, дозволяється участь інших осіб: замість підозрюваного (обвинуваченого) – захисник, замість потерпілого – близькі родичі або члени сім'ї. Однак кожного разу в таких випадках виникає запитання про те, чи погодиться з результатами реалізації норм кримінального процесуального права «основний» учасник, тобто той, замість якого норми реалізовували інші особи. Відповіді на це питання законодавець у кримінальному процесуальному законі не надав, що є певною проблемою для діяльності з реалізації норм кримінального процесуального права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** В юридичній теорії розглядалися питання реалізації норм кримінального процесуального права [1; 4; 6; 7; 8]. А ось питання допустимості неособистої їх реалізації не були предметом наукових досліджень.

**Мета.** У цій статті поставлено за мету розглянути проблемні питання реалізації норм кримінального процесуального права суб'єктами, які не є безпосередніми їх адресатами або стають такими за рішенням

учасників кримінального провадження, наділених владними повноваженнями.

**Виклад основного матеріалу.** Кримінальний процес знає випадки, коли законодавець дозволяє іншим, ніж адресати норм, особам самостійно чи разом з адресатами реалізовувати норми процесуального права. Потреба в цьому виникає з різних причин, наприклад, неосудність чи неповнолітній вік обвинуваченого, смерть потерпілого тощо. Для «підтримання» обвинуваченого в реалізації ним норм кримінального процесуального права у кримінальному процесі існують інститути захисту і представництва. У разі смерті потерпілого його процесуальний статус «переходить» до близького родича.

Зараз важливим для дотримання законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого), а тому й актуальним, є питання щодо здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого, які переховуються від досудового розслідування чи суду (in absentia). У такому провадженні підозрюваний (обвинувачений), потенційно володіючи правосуб'єктністю, сам унікає реалізації своїх прав та обов'язків, а також адресованих йому заборон. Законодавець передбачив процесуальні гарантії набуття особою процесуальної дієздатності. Так, зміст та форма кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (in absentia) повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, зазначеним у ч. 1 ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України [5] (далі – КПК), з урахуванням особливостей, встановлених законом; сторона обвинувачення зобов'язана використати всі передбачені законом можливості для дотримання

прав підозрюваного чи обвинуваченого (зокрема, прав на захист, на доступ до правосуддя, таємницю спілкування, невтручання у приватне життя) в разі здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) (ст. 7 КПК); якщо підозрюваний, стосовно якого слідчим суддею постановлено ухвалу про здійснення спеціального досудового розслідування, затриманий або добровільно з'явився до органу досудового розслідування, подальше досудове розслідування щодо нього здійснюється згідно із загальними правилами, передбаченими КПК (ч. 5 ст. 297-4 КПК); якщо підстави для постановлення судом ухвали про спеціальне судове провадження перестали існувати, подальший судовий розгляд розпочинається спочатку згідно із загальними правилами, передбаченими КПК (ч. 3 ст. 323 КПК).

Найважливішою ж, як видається, гарантією прав особи, яка не бажає особисто реалізовувати адресовані їй норми процесуального права, є те, що її захисник має право здійснювати певні дії на користь цієї особи. Для цього копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, надсилаються захиснику (ч. 2 ст. 2975 КПК). Участь захисника у спеціальному судовому провадженні є обов'язковою (ч. 3 ст. 323 КПК). Відтак законодавець допускає опосередковану (через захисника) реалізацію норм кримінального процесуального права обвинуваченим (підозрюваним). І хоча захисник за чинним КПК не має законодавчо врегульованого статусу, він володіє всіма правами підзахисного, за винятком хіба що права давати показання.

Суттєвою гарантією прав особи є також положення закону про те, що якщо підстави для постановлення судом ухвали про спеціальне судове провадження перестали існувати (тобто обвинувачений вирішив особисто «заволодіти» кримінальною процесуальною дієздатністю у провадженні, здійснюваному щодо нього), подальший судовий розгляд розпочинається спочатку згідно із загальними правилами, передбаченими КПК (ч. 4 ст. 323 КПК). Це положення закону стосується випадків, коли судовий розгляд не завершився. Видається, що ефективнішою гарантією забезпечення прав особи, щодо якої здійснювалося кримінальне провадження в порядку *in absentia* і ухвалено обвинувальний вирок, була би правова регламентація права особи на повторний судовий розгляд справи щодо себе після постановлення судом у ній остаточного рішення. Можливо, це є доцільним не в усіх випадках, а лише в тих, коли сторона обвинувачення не вжила всіх заходів до інформування підозрюваного (обвинуваченого) про необхідність з'явлення до органів досудового розслідування і суду, що стало причиною прийняття рішення про здійснення провадження *in absentia*.

Іншим видом неособистої реалізації норм кримінального процесуального права є делегування повноважень з реалізації норм іншим особам. Ця форма є притаманною, переважно, такій формі реалізації норм права, як застосування. Прикладом може слугувати надання слідчим, прокурором доручень оперативним підрозділам [2; 3]. Згідно з ч. 1 ст. 41 КПК здійснюють

слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України – за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. У перебігу виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого. Однак його дії оперативного співробітника з реалізації норм кримінального процесуального права, адресованим слідчим, прокурорам обмежені відповідним дорученням: співробітники оперативних підрозділів (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України) не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора (ч. 1 ст. 41 КПК). Таким чином, оперативні співробітники реалізують лише ті норми процесуального права, які регламентують дії, про які йдеться в дорученні слідчого, прокурора. У цьому аспекті можна вести мову про обмежену, делеговану кримінальну процесуальну дієздатність співробітників оперативних підрозділів.

Те ж саме можна сказати і про здійснення в делегованому порядку інших процесуальних дій: освідування, яке супроводжується оголенням освідуваної особи, здійснюється особами тієї ж статі, за винятком його проведення лікарем і за згодою особи, яка освідується (ч. 2 ст. 241 КПК); обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється особами тієї ж статі (ч. 5 ст. 236 КПК).

Проблемним питанням реалізації делегованої правосуб'єктності є конкретизація, «розподіл» деліктоздатності між слідчим, прокурором, який надав доручення, і оперативним співробітником, який його виконав. Іншими словами, – хто із зазначених суб'єктів є відповідальним за кінцевий результат реалізації норми права? З одного боку, відповідальність за кінцевий результат несе оперативний співробітник, який безпосередньо реалізовував норму права. З іншого боку, слідчий, прокурор також повинен нести відповідальність, бо він міг і не надавати доручення, а самостійно реалізувати норму права. Показовими в цьому плані є результати здійсненого нами емпіричного дослідження. На питання про те, хто повинен нести відповідальність за неправильну реалізацію норм права, якими регламентовані процесуальні дії, доручені співробітникам оперативних підрозділів, слідчі і прокурори (100%) заявили, що лише оперативні співробітники. А останні (100%) вважають, що відповідальність за належну реалізацію норм має бути солідарною.

Питання визначення виду юридичної відповідальності за неправильне застосування норми кримінального процесуального права не входить до предмету

цього наукового дослідження. Однак висловимо свою думку з цього приводу. Слідчий, прокурор реалізує повноваження з надання доручення оперативному співробітнику. Останній виконує його, користуючись повноваженнями слідчого. Тобто кожний із зазначених суб'єктів може нести відповідальність лише за власні дії з реалізації конкретних норм. Слідчий не повинен нести відповідальність за порушення оперативним співробітником приписів норм права. Водночас слідчому, вирішуючи питання про делегування своїх повноважень, варто враховувати, що «опосередкована» реалізація норм кримінального процесуального права, тобто реалізація оперативним співробітником, є допустимою тоді, коли особа, якій делеговані повноваження, повинна здійснити дію, ефективність якої не залежить від знань цієї особою всіх обставин кримінального провадження.

Із викладеного вище слідує такі **висновки:** законодавець із різних причин дозволяє іншим, ніж адресати норм, особам самостійно чи разом з адресатами реалізовувати норми процесуального права; проблемним під час реалізації делегованої правосуб'єктності у практиці кримінального провадження є питання «розподілу» деліктоздатності між слідчим, прокурором, який надав доручення, і оперативним співробітником, який його виконав.

Дослідження з тематики цієї статті можуть бути продовжені за такими напрямками наукових розвідок: визначення загальних правил неособистої реалізації норм кримінального процесуального права; дослідження доцільності повторного провадження процесуальних дій з «основним» адресатом у разі його незгоди з результатами провадження первинних дій.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Гнатюк М.Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 19 с.
2. Карпіка С.М. Виконання доручень слідчих як основна форма діяльності оперативних підрозділів у кримінальному судочинстві. Науковий вісник Херсонського держ. ун-ту. 2014. Вип. 6–2. Т. 4. С. 81–84.
3. Климчук М.П. Виконання доручень як форма взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 54–58.
4. Крикливець Д.Є., Нор В.Т. Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею: монографія. Львів, 2017. 376 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10. Ст. 88.
6. Маляренко В.Т. Реалізація основних конституційних засад судочинства в кримінально-процесуальному законодавстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 1999. 19 с.
7. Пилипенко Г.М. Реалізація та співвідношення окремих принципів кримінального провадження під час залучення експертів. Форум права. 2013. № 3. С. 473–477.
8. Юхимюк О.М. Дотримання як форма безпосередньої реалізації норм права. Історико-правовий часопис. 2013. № 1. С. 32–35.



**Коваль А. А.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
заступник завідувача кафедри конституційного  
та адміністративного права і процесу  
Чорноморського національного університету імені Петра Могили

## ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ З ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИМИ ЗАХОДАМИ

### PROBLEM OF RELATIONSHIP BETWEEN NON-HIDDEN SUCCESSFUL (SURFACTIVE) ACTION WITH OPERATIONAL AND SOURCING MEASURES

У статті обґрунтована актуальність вивчення інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Аналізуються поняття негласних слідчих (розшукових) дій і оперативно-розшукових заходів. Здійснюється їх порівняльний аналіз. Визначено та охарактеризовано загальні та відмінні (особливі) ознаки. Розкриваються переваги запровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Зроблено висновки про важливість розуміння спільних та відмінних (особливих) рис НСРД і ОРЗ для їх правильного застосування та забезпечення прав учасників кримінального процесу.

**Ключові слова:** негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи, слідчий, прокурор, слідчий суддя, права людини.

В статті обґрунтована актуальність изучения інституту негласных следственных (розыскных) действий. Анализируются понятия негласных следственных (розыскных) действий и оперативно-розыскных мероприятий. Осуществляется их сравнительный анализ. Определены и охарактеризованы общие и отличительные (особые) признаки. Раскрываются преимущества введения института негласных следственных (розыскных) действий. Сделаны выводы о важности понимания общих и отличительных (особых) черт НСРД и ОРЗ для их правильного применения и обеспечения прав участников уголовного процесса.

**Ключевые слова:** негласные следственные (розыскные) действия, оперативно-розыскные мероприятия, оперативно-розыскные подразделения, следователь, прокурор, следственный судья, права человека.

In the article the topicality of the research of the institute of the secret investigative (detective) actions is substantiated, their significance in the fight against crime and role in protecting the rights and freedoms of the man is researched. The analysis of the concept of the secret investigative (detective) actions is carried out. The separate attention is devoted to the review of the institute of the special detective activity in the criminal procedural legislation, its comparison with the institute of the secret investigative (detective) actions in Ukraine was carried out. The analysis of the relation of the secret investigative (detective) actions with the operatively-search actions according to the criminal procedural legislation of Ukraine was followed out. The advantages and positive aspects of the secret investigative (detective) actions were allocated. The attention on the separate issues of the criminal procedural legislation that are related with the regulation of the order of the receiving of the permission and terms of conducting of the the secret investigative (detective) actions is focused on and the proposals for their solution by adding appropriate changes are carried out.

**Key words:** secret investigation (of criminal investigation) of the action, operative of the action, operative of the subdivision, coroner, public prosecutor, investigation judge, human rights.

**Постановка проблеми.** Декларування Конституцією України положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека є найвищою соціальною цінністю, а утвердження прав людини – головний обов'язок держави, вимагають від державних органів підвищення відповідальності за реалізацію проголошених завдань [1].

Продовжуючи ідеї правової і демократичної держави, у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) закріплено, що охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження є завданням кримінального процесу. Будь-яке порушення законності, прав та свобод людини не може бути вчинено заради встановлення істини та боротьби зі злочинністю [2].

Не викликає сумніву, що від правильного вибору процесуального способу доказування залежить не лише успіх розслідування кримінального провадження, а й дотримання конституційних прав людини. Слід звернути увагу на те, що запровадження у КПК України 2012 року нового інституту – негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД)

багатьма вченими було сприйнято неоднозначно, викликало безліч наукових дискусій з приводу правової природи зазначених дій та їх співвідношення з оперативно-розшуковими заходами.

Відомо, що до прийняття Кримінального процесуального кодексу 2012 року більшість заходів, що наразі регламентовані 21 главою КПК як НСРД, провадилися шляхом оперативно-розшукової діяльності згідно із Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», а отримана в ході їх проведення інформація використовувалася під час доказування лише після її легалізації, за умови збереження таємниці форм та методів оперативно-розшукової діяльності [3, с. 4–5].

Зміни у кримінальному процесуальному законодавстві, що відобразилися й в положеннях Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», наділення слідчого новими повноваженнями, які раніше належали лише оперативним співробітникам, та скасування окремих повноважень останніх призвели до відсутності єдності думок із приводу правової природи НСРД.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** В Україні деякі аспекти проблеми провадження оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій досліджували В.Д. Берназ, А.Ф. Волобуєв, В.І. Галаган, В.Г. Гончаренко, В.С. Зеленецький, С. Ільченко, А.В. Іщенко, О.В. Капліна, Н.С. Карпов, Л.М. Лобойко, О.Р. Михайленко, М.М. Михенко, В.Т. Нор, А.Ю. Олійник, М.А. Погорецький, С.М. Смоков, В.М. Стратонов, Л.Д. Удалова, М.І. Хавронюк, О.Г. Шило та ін. Проте проблемам співвідношення слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів в аспекті забезпечення конституційних прав людини достатньої уваги з боку вітчизняних вчених-процесуалістів не приділялося.

Метою статті є з'ясування співвідношення НСРД з оперативно-розшуковими заходами в аспекті забезпечення конституційних прав людини у кримінальному судочинстві.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Вчені-процесуалісти по-різному вбачають сутнісний зміст НСРД, а сучасна наука кримінального процесуального права містить багато суперечливих положень щодо даного інституту.

Так, деякі дослідники вважають, що виконання слідчими функцій з оперативно-розшукової діяльності призводить до змішування двох видів державно-владної діяльності, які є відносно відокремленими. А це не може мати позитивних результатів, оскільки слідчий позбавлений як теоретичної, так і практичної підготовки з оперативної роботи. Крім того, з'являється необхідність надання йому форми допуску до державної таємниці, що, в свою чергу, може призвести до розголошення форм та методів оперативно-розшукової роботи [4, с. 8–9].

Теза щодо відсутності у слідчого теоретичної та практичної підготовки з оперативної роботи заслуговує уваги. Однак слід зауважити, що сьогодні, як показує практика, слідчі, керуючись п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України, частіше надають доручення оперативним підрозділом на проведення НСРД, ніж проводять їх самостійно. Так, проведене нами анкетування працівників слідчих підрозділів та оперативних підрозділів виявило, що 90% слідчих жодного разу не проводили самостійно НСРД, а надавали доручення для їх проведення оперативним підрозділам.

Проте погодитись із твердженням, що надання слідчому форми допуску до державної таємниці може призвести до розголошення форм та методів оперативно-розшукової роботи, вкрай важко. По-перше, як слідчим, так і співробітникам оперативних підрозділів форми та методи оперативно-розшукової роботи відомі з курсу навчальної дисципліни «ОРД», а по-друге, КК України містить статті, що передбачають кримінальну відповідальність за розголошення державної таємниці (ст. 328) та розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст. 387).

Водночас в науковій літературі неодноразово наголошувалось на тому, що новий КПК України нечітко визначає питання щодо допоміжних суб'єктів, які залучаються до проведення НСРД та

порядок застосування технічних засобів, які використовуються під час їх проведення [4, с. 8–9].

З цього приводу зазначимо, що дійсно ч. 6 ст. 246 КПК України містить припис лише щодо можливості залучення до проведення НСРД інших осіб, не визначаючи, яких саме. Крім того, в даній нормі не вказуються види оперативних підрозділів, а лише виділяються види органів, оперативні підрозділи яких можуть залучатися до проведення НСРД, як для безпосереднього їх проведення ними, так і шляхом залучення в якості допомоги. На відмінну від КПК України, в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» зазначаються не лише органи (Нацполіція, СБУ тощо) але і їхні структурні підрозділи (кримінальні, спеціальна поліція; контррозвідка, військова контррозвідка, спеціальні підрозділи по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю тощо), оперативні підрозділи яких, відповідно до ст. 5, здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

У свою чергу, В.І. Василичуком та А.М. Калюком була висунута думка про те, що запровадження негласних слідчих (розшукових) дій означає поєднання кримінально-процесуальної та оперативно-розшукової діяльності, що, на їх погляд, вбачається недоцільним з огляду певної відмінності основних принципів провадження у кримінальному судочинстві (гласність, рівність учасників провадження тощо) та оперативно-розшукової діяльності (конфіденційність, конспіративність, поєднання гласних та негласних оперативно-розшукових заходів), повноважень суб'єктів зазначених видів діяльності, правових наслідків результатів діяльності тощо [5, с. 57–58].

Позиція вказаних авторів здається нам не досить обґрунтованою з таких підстав. По-перше, автори, говорячи про відмінності основних принципів кримінального судочинства і оперативно-розшукової діяльності, мають на увазі принципи провадження у кримінальному судочинстві взагалі. Так, наприклад, коли мова йде про принцип гласності, то це зовсім не означає, що він відноситься й до способу збирання доказів. Навпаки, гласність і відкритість стосуються такої стадії кримінального провадження, як судовий розгляд, що чітко впливає з п. 20 ч. 1 ст. 7 КПК України. По-друге, гласність у проведенні будь-якої слідчої дії, не беручи вже до уваги НСРД, навряд чи буде на користь, а в деяких випадках навіть може спричинити негативні наслідки. Важко уявити застосування цього принципу під час проведення обшуку чи огляду.

В аспекті досліджуваного питання заслуговує на увагу підхід М.А. Погорецького, який також висловлює окремі критичні зауваження стосовно НСРД та наголошує на проблемі, пов'язаній із їх введенням до Кримінального процесу України – ліквідації інституту оперативно-розшукового супроводження кримінального судочинства. Як наслідок, розширилися можливості підозрюваних, обвинувачених та інших зацікавлених осіб застосовувати різноманітні заходи протидії органам досудового розслідування та суду

(вплив на свідків і потерпілих шляхом погроз, підкупу тощо) на всіх стадіях кримінального процесу і, особливо, на судових, де взагалі відсутні в органів обвинувачення ефективні засоби викриття такої протидії та протистояння їй [6, с. 272–273].

На наш погляд, із введенням до КПК України інституту негласних слідчих (розшукових) дій ліквідація інституту оперативно-розшукового супроводження кримінального судочинства не відбулася. Навпаки, закріплення в чинному Кодексі норми, яка надає можливість оперативним підрозділам цілком законно, на правових підставах проводити НСРД, самостійно або за залученням, покладає на них обов'язок оперативно-розшукового супроводження, без якого отримання кінцевого результату неможливо.

Щодо застосування підозрюваними, обвинуваченими та іншими зацікавленими особами різноманітних заходів протидії органам досудового розслідування та суду слід зазначити, що навряд чи це можна поєднувати з запровадженням інституту НСРД, адже скільки існує людство, стільки і відбувається вплив на свідків і потерпілих шляхом застосування погроз, підкупу тощо. Жодному суспільству не вдалося позбутися цього негативного явища, а отже, зв'язку його існування з появою інституту НСРД ми не вбачаємо.

При цьому, слід наголосити, що переважна більшість вчених-процесуалістів вважають, що за своїм сутнісним змістом негласні слідчі (розшукові) дії не відрізняються від оперативно-розшукових заходів, що передбачені Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та окремими нормативно-правовими актами [6; 8; 9; 10; 11].

Як справедливо зауважують В.О. Черков та О.М. Чистолінов, «навіть такий стислий, майже на слух, аналіз ознак запропонованих негласних слідчих (розшукових) дій дозволяє дійти висновку про їх практично повну тотожність з оперативно-розшуковими заходами, які здійснюються уповноваженими оперативними підрозділами. Основна та майже єдина відмінність полягає в суб'єкті – слідчий або оперативний підрозділ, та, відповідно, це слідча дія або оперативно-розшуковий захід» [9].

При цьому аналіз кримінального процесуального законодавства та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» дозволяє стверджувати, що НСРД і ОРЗ дійсно мають багато спільних ознак.

По-перше, і НСРД, і ОРЗ проводяться у виняткових випадках і, як зазначається в законодавстві, лише за умови, що відомості про злочин чи особу, пов'язану з ним, неможливо отримати в інший спосіб.

По-друге, НСРД і ОРЗ характеризуються визначною їх ознакою – негласністю (таємністю, секретністю).

По-третє, як під час НСРД, так і ОРЗ суб'єктами їх проведення використовуються схожі прийоми та методи отримання інформації, що має значення для доказування чи провадження, подібні пізнавальні засоби тощо.

По-четверте, строки проведення НСРД та ОРЗ також ідентичні. Так, відповідно до ч. 5 ст. 246 КПК України максимальний строк проведення НСРД по кримінальному провадженні становить 18 місяців. У свою чергу, відповідно до ч. 3 ст. 9-1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» максимальний строк проведення ОРЗ також 18 місяців.

Очевидно, саме через ряд спільних ознак у НСРД та ОРЗ сьогодні в науковій літературі серед окремих дослідників навіть побуває думка, відповідно до якої, зважаючи на особливий порядок проведення НСРД, КПК України доповнено засобами «оперативно-розшукового характеру» [12, с.23], спрямованими на конспіративне отримання відомостей про підготовлювані та вчинені злочини з метою їх невідкладного припинення й розкриття [13, с. 108–110], однак їх визначення цими дослідниками не надається.

Із зазначеною точкою зору досить важко погодитися. Так, беззаперечно, що слідчі дії (гласні та негласні) мають спільні ознаки з оперативно-розшуковими заходами (прийоми та методи отримання інформації, що має значення для доказування чи провадження, схожі пізнавальні засоби, терміни, підстави). Проте не можна не погодитися, що НСРД є новою правовою категорією, яка наділена власними ознаками, і, не дивлячись на однорідну природу з ОРД, не є з ними ідентичними.

З цього приводу слід підтримати А.О. Полтавського, який зазначає, що «оперативно-розшукова діяльність ніколи не була процесуальною діяльністю, а відповідно до цього отриману за її допомогою інформацію, наприклад щодо особи, причетної до вчинення злочину, необхідно було «легалізувати» в порядку, визначеному діючим на той час кримінально-процесуальним законом» [14, с. 108].

Аналізуючи співвідношення НСРД та оперативно-розшукових заходів, слід акцентувати увагу й на їх відмінностях. Так, по-перше, процедура та порядок їх проведення передбачені різними нормативно-правовими актами – КПК України, Інструкцією «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» (НСРД) та Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (оперативно-розшукові заходи).

По-друге, НСРД і ОРЗ мають різні мету і завдання. Так, *метою оперативно-розшукових заходів* відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» є припинення правопорушень, забезпечення інтересів кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави.

У свою чергу, на підставі аналізу положень кримінального процесуального законодавства можемо констатувати, що *метою НСРД* є встановлення наявності чи відсутності фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Що стосується *завдань оперативно-розшукових заходів*, то в законодавстві вони визначаються через завдання оперативно-розшукової діяльності як пошук і фіксація фактичних даних про протиправні



діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій [7].

*Завданням НСРД* відповідно до положень кримінального процесуального законодавства є отримання, збирання доказів або(та) їх перевірка.

По-третє, НСРД та ОРЗ розрізняються суб'єктивним складом. Якщо оперативно-розшукові заходи можуть проводитися лише уповноваженими оперативними підрозділами, то суб'єктивний склад НСРД є більш ширшим – слідчий, прокурор, уповноважений оперативний підрозділ за дорученням слідчого, прокурора. При цьому в останньому випадку навіть у разі проведення НСРД оперативним працівником, він матиме статус слідчого.

По-четверте, слід звернути увагу, що підстави проведення ОРЗ та НСРД також різняться. З введенням до КПК інституту НСРД внесено зміни до Закону України, які стосуються і підстав проведення ОРЗ. Так, фактичною підставою проведення оперативно-розшукових заходів згідно з п. 1 ст. 6 закону є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: *злочини, що готуються*; осіб, які готують вчинення злочину; осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; осіб, безвісно відсутніх; розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; співробітників розвідувальних органів України у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співробітничали або співробітничали з розвідувальними органами України, та членів їх сімей з метою належного здійснення розвідувальної діяльності [7].

При цьому слід зауважити, що відповідно до ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» у разі виявлення ознак злочину оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, до відповідного органу досудового розслідування для початку та здійснення досудового розслідування в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України [7].

Що стосується юридичної підстави проведення ОРЗ, то зауважимо, що нею є оперативно-розшукова справа. Так, відповідно до ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» у кожному випадку наявності підстав для проведення

оперативно-розшукової діяльності заводиться оперативно-розшукова справа. Постанова про заведення такої справи підлягає затвердженню начальником органу Національної поліції або начальником відокремленого підрозділу територіального органу Національної поліції, органу Служби безпеки України, оперативного підрозділу органу Державного бюро розслідувань, Державної прикордонної служби України, охорони вищих посадових осіб, Служби зовнішньої розвідки України, оперативного підрозділу органів доходів і зборів, органу, установи виконання покарань чи слідчого ізолятора, розвідувального органу Міністерства оборони України, розвідувального органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах охорони державного кордону, підрозділу Національного антикорупційного бюро України або його уповноваженим заступником [7].

Як бачимо, співробітники оперативних підрозділів уповноважені здійснювати пошук фактичних даних про ознаки злочину, що здійснюється за власним розсудом лише до початку кримінального провадження.

Таким чином, після вчинення злочину і занесення інформації до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР) проводяться вже НСРД, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (фактична підстава проведення НСРД). Проведення НСРД можливе лише в рамках здійснення конкретного кримінального провадження. Що стосується юридичної підстави НСРД, то нею є постанова прокурора або ухвала слідчого судді.

По-п'яте, зміни в законодавстві також торкнулися права оперативних співробітників проводити оперативно-розшукові заходи. Після запровадження інституту НСРД у чинне законодавство оперативним співробітникам надано право *самостійно* проводити оперативно-розшукові заходи лише щодо злочинів, що *готуються* (ст. 8 закону). Якщо злочин вчинено й інформацію внесено до ЄРДР, ними проводяться вже НСРД у порядку, встановленому КПК, і тільки за дорученням слідчого або прокурора.

Таким чином, *оперативно-розшукові заходи трансформуються у НСРД відповідно до стадії вчинення злочину* і проводяться в порядку, визначеному КПК, Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» і відомчими нормативно-правовими актами [3, с. 5].

При цьому необхідно зауважити, що із введенням інституту НСРД обов'язком оперативних співробітників встановлено *запобігання, своєчасне виявлення і припинення* злочинів та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів (ст. 7 закону), тобто скасовано обов'язок розкриття злочинів [7].

Підсумовуючи вищевикладене, можемо констатувати, що у КПК 2012 року відбулося об'єднання ОРД і досудового розслідування в єдине досудове провадження (досудове розслідування). Позитивним у цьому аспекті є скорочення кількості відносно самостійних досудових проваджень з чотирьох (ОРД,



порушення кримінальної справи, дізнання, досудове слідство) до одного (досудове розслідування). Така процесуальна економія, на наш погляд, сприятиме швидкості розкриття й розслідування злочинів, якості підготовки матеріалів, а також забезпеченню прав учасників провадження (в першу чергу, потерпілого і підозрюваного).

Крім того, серед позитивних змін доцільно виділити й такі: 1) розширення повноважень і можливостей органів досудового слідства щодо використання оперативних і технічних засобів розкриття та розслідування злочинів; 2) самостійність слідчих у виборі негласних заходів для розкриття злочинів, усунення проблеми неузгодженостей під час взаємодії слідчих і оперативних підрозділів, а також залежності перших від других; 3) розширення засобів виявлення та розкриття тяжких та особливо тяжких злочинів слідчими, що традиційними процесуальними засобами було би неможливо; 4) посилення гарантій захисту прав і свобод учасників кримінального провадження [15, с. 239].

**Висновки.** На підставі здійсненого порівняння можемо зробити висновок про загальне й відмінне у правових категоріях «негласні слідчі (розшукові) дії» та «оперативно-розшукові заходи». Так, дані категорії є однорідними за організаційно-правовим критерієм, мають тотожну правову природу, здійснюються у виняткових випадках негласно, із застосуванням однакових прийомів та методів пізнання, подібних пізнавальних засобів, характеризуються ідентичними строками проведення.

Негласні слідчі (розшукові) дії та ОРЗ відрізняються своєю метою та завданнями, фактичними та юридичними (правовими) підставами проведення, суб'єктами та їх правовим статусом, правовим режимом здійснення, відповідно, стадії вчинення злочину, правовими наслідками.

Таким чином, чітке розуміння спільних та відмінних (особливих) рис НСРД і ОРЗ для їх правильного та успішного застосування сприяє і виконанню завдань кримінального судочинства, і забезпеченню прав учасників кримінального процесу.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. України. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.
3. Коваль А.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: поняття та деякі проблеми провадження. Актуальні питання публічного та приватного права. 2015. № 1 (09). С. 133–137.
4. Глушков В.О. Актуалізація проблеми вдосконалення законодавства України про оперативно-розшукову діяльність. Актуальні проблеми оперативно-розшукової діяльності правоохоронних органів в сучасних умовах: матер. міжвід. наук.-практ. конф. (19 травня 2011 р., м. Київ). К.: Наук. – вид. Відділ НА СБ України, 2011. С. 6–11.
5. Становлення системи негласного розслідування у кримінально-процесуальному законодавстві України: матеріали круглого столу (07.11.2011р. в м. Київ). МВС України. НАВС. Каф-ра кримінального процесу. Каф-ра ОРД. К.: Вид. Ліпкан О.С., 2011. 167 с.
6. Погорецький М.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 270–276.
7. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 р., № 2135–XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст. 303.
8. Вербенський М.Г. Особливості провадження негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів у сучасних правових умовах. Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (Львів, 19-20 вересня 2013 р.). Львів: ЛДУВС, 2013. С. 414–418.
9. Черков В.О., Чистолінов О.М. До питання про співвідношення оперативно-розшукової діяльності й негласних слідчих (розшукових) дій за проектом нового КПК України. С. 159–162. URL: <http://www.corp-lguvd.lg.ua/dl20106.html>
10. Чухраєв Д.А. Щодо визначення дефініції негласних слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник ХДУ. Херсон. 2014. Вип. 2. Т. 4. С. 159–162. С. 59–64.
11. Шилін М.О. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. №1. С. 59–64.
12. Даньшин М. В. Практичне значення встановлення між предметних зв'язків криміналістики з науками кримінально-правового циклу. Криміналістика и судебная экспертиза : Межведомственный научно-методический сборник. Вып. 59. Киев: МЮ Украины, 2014. С. 19–26.
13. Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінальним процесуальним законодавством України. Науковий вісник Чернівецького університету. 2012. Вип. 618. Правознавство. С. 108–113.
14. Полтавський А.О. Проблемні питання правової регламентації функціонування системи криміналістичної рестрації Кримінальним процесуальним кодексом України: шляхи удосконалення. Криміналістика и судебная экспертиза: Межведомственный научно-методический сборник. Вып. 59. Киев: МЮ Украины, 2014. С. 107–114.
15. Коваль А.А. Актуальні проблеми забезпечення конституційних прав людини при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій. Форум права. 2014. № 1. С. 238–242. URL: [http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_1\\_42.pdf](http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP_index.htm_2014_1_42.pdf)

**Лісіцина Ю. О.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін  
Львівського державного університету внутрішніх справ

## СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. СТ. 143, 144 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

### SUBJECT OF CRIMES IN THE ART. 143, 144 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

У статті проаналізовано обов'язкові ознаки суб'єкта злочинів, передбачених ст. ст. 143, 144 Кримінального кодексу України. З'ясовано, що у ч. ч. 1,2 ст. 143 КК України ним є спеціальний суб'єкт – лікар-трансплантолог, а в ст. 144 КК України – медичний працівник.

**Ключові слова:** суб'єкт злочину, спеціальний суб'єкт злочину, трансплантація, донорство, лікар, медичний працівник.

В статье проанализированы обязательные признаки субъекта преступлений, предусмотренных ст. ст. 143, 144 Уголовного кодекса Украины. Установлено, что в ч. ч. 1,2 ст. 143 УК Украины им является специальный субъект – врач-трансплантолог, а в ст. 144 УК Украины – медицинский работник.

**Ключевые слова:** субъект преступления, специальный субъект преступления, трансплантация, донорство, врач, медицинский работник.

Obligatory features of the subject of crimes stipulated by Art. 143, 144 of the Criminal Code of Ukraine are analyzed in the article. It is ascertained there is a special subject - a transplantologist in ch. 1, 2 Art. 143 of the Criminal Code of Ukraine, and a medical worker in Art. 144 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** subject of a crime, special subject of a crime, transplantation, donation, doctor, medical worker.

**Постановка проблеми.** Оскільки суб'єкт злочину є одним з елементів складу злочину, питання про суб'єкта злочину посідає важливе місце в теорії та практиці застосування норм кримінального законодавства. Без встановлення суб'єкта злочину до особи неможливо застосувати покарання, окрім того, визначення окремих ознак суб'єкта злочину впливає на кваліфікацію скоєного злочину.

**Стан дослідження.** Питанню дослідження зазначеної проблеми у своїх роботах приділяли увагу: С.В. Гринчак, В.К. Грищук, О.О. Дудоров, А.В. Мусієнко, О.В. Сапронов Г.В. Чеботарьова та ін.

Метою статті є проведення аналізу обов'язкових ознак суб'єкта злочинів, передбачених ст. ст. 143, 144 Кримінального кодексу (далі – КК) України та визначення основних проблемних моментів.

Особа, яка вчиняє злочин, повинна бути наділена обов'язковими ознаками суб'єкта злочину, які містяться у ч. 1 ст. 18 КК України. Згідно з першою обов'язковою ознакою, суб'єктом злочину можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства. Другою обов'язковою ознакою суб'єктів складів злочинів є осудність, тобто усвідомлення особою на момент вчинення посягання фактичного характеру і суспільної небезпеки своїх діянь та можливість керувати ними. Третьою обов'язковою ознакою є вік, з якого настає кримінальна відповідальність. За загальним правилом, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилось шістьнадцять років (ч. 1 ст. 22 КК України).

Наведені ознаки є загальними і притаманні будь-якому суб'єктові складу злочину. Так, для складів

злочинів, передбачених ч. ч. 4 та 5 ст. 143 КК України, суб'єкт цих складів злочинів – загальний – фізична, осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

Як слушно зазначає Г.В. Чеботарьова, до суб'єктів складу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 143 КК України, слід відносити: по-перше, осіб, які пересадки органів або тканин не потребують, але купують їх для подальшого продажу; по-друге, осіб, які потребують донорського органа або тканини, але не хочуть стояти в черзі на трансплантацію відповідно до листа очікування; по-третє, самі донори, які погоджуються на вилучення у них органів або тканин для трансплантації за винагороду [1, с. 142]. Характеризуючи суб'єкта цього злочину, необхідно зауважити, що теоретично під дію норми, передбаченої ч. 4 ст. 143 КК України, мають потрапляти не лише покупці, але й продавці органів. Інтернет переповнений оголошеннями про бажання продати свої органи за гроші. Однак у Міністерстві внутрішніх справ України зазначають, що в діях осіб, які бажають продати «частини» свого тіла, складу злочину не вбачають. Вітчизняні правоохоронні органи не переслідують громадян, котрі продали або збираються продавати власні органи [2, с. 108]. Проте в Німеччині 2001 року відбувся перший судовий процес за справою щодо продажу людських органів за допомогою Інтернету, де обвинувачений, 19-річний громадянин Німеччини російського походження, опублікував в одному з аукціонів оголошення про продаж своєї нирки [3]. Притягнення до кримінальної відповідальності особи за дії щодо передачі нею своїх органів або тканин з метою отримання неправомірної вигоди певною мірою скоротило б кількість

так званих «добровільних донорів» з корисливих спонукань, а, відповідно, й кількість злочинів, що вчиняються у сфері незаконної трансплантації органів або тканин людини [4, с. 70].

Отже, суб'єктом незаконної торгівлі органами або тканинами людини слід визначати не лише покупців, але й продавців органів або тканин.

Водночас щодо окремих складів злочину, то їх суб'єкт повинен володіти й додатковими ознаками. Так, спеціальним суб'єктом злочину, згідно з ч. 2 ст. 18 КК України, є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Ані ст. 143, ані ст. 144 КК України не містять жодної вказівки щодо суб'єкта цих злочинів. Зазвичай ознаки, що характеризують спеціальний суб'єкт злочину, зазначені в диспозиції відповідної норми, проте в деяких статтях вони не вказані. Тому виникає необхідність їх виявлення шляхом аналізу інших елементів складу злочину, оскільки кожен елемент перебуває у взаємозв'язку та взаємозумовленості з іншими, створює певну залежність, зумовлює їх існування та зміст [5, с. 18].

У науці кримінального права також немає одностайності щодо суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 143 КК України. Так, одні вчені вказують, що суб'єкт складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 143 КК України, – загальний [6, с. 125; 7, с. 357], а інші – спеціальний.

П.П. Андрушко вважає, що ними є особи медичного персоналу, які, здійснюючи діяльність із трансплантації органів або тканин людини, порушують встановлений законом порядок її проведення [8, с. 297]. Таку ж позицію підтримують інші автори [9, с. 329]. З.А. Загинеї вважає, що порушити встановлений законом порядок трансплантації органів або тканин людини може лише медичний працівник [10, с. 284]. Таким, зазначає Г.В. Чеботарьова, може бути будь-який медичний працівник, який бере участь у діяльності із трансплантації (лікуючий лікар, завідувач відділення та інші спеціалісти відповідної галузі знань, які беруть безпосередню участь в обстеженні і лікуванні реципієнта) [1, с. 94].

На думку С.В. Гринчака, М.Й. Коржанського, А.В. Мусієнка, суб'єктом даного злочину є лише лікар [11, с. 194; 12, с. 183; 13, с. 7].

Будь-який встановлений нормами права порядок має свого адресата, тобто суб'єкта, який здатний розуміти такий порядок і зобов'язаний його дотримуватися. Чітка регламентація процедури трансплантації зумовлена особливою специфікою цього оперативного втручання, для здійснення якого, як правило, необхідні спільні зусилля багатьох осіб, котрі мають відповідні знання, кваліфікацію, досвід роботи, пройшли підготовку за сучасними технологіями, забезпечені необхідним обладнанням, лікарськими препаратами тощо [11, с. 188].

У ст. 1 Закону України про трансплантацію зазначається, що трансплантація – спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці реципієнту органа

або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи тварини. Відтак порушити спеціальний метод лікування може не будь-хто, а лише спеціальний суб'єкт, на якого, згідно із законом, покладаються такі обов'язки.

Окрім цього, частково вказівка на спеціального суб'єкта зазначеного складу злочину міститься у санкції до ч. 1 ст. 143 КК України, де як додаткове покарання передбачено покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

З'ясувавши, що порушити встановлений законом порядок трансплантації органів або тканин людини може лише спеціальний суб'єкт, слід визначити, хто ж ним може бути – медичний працівник (особа медичного персоналу) чи лікар.

Поняття медичного працівника опосередковано міститься в Основах законодавства України про охорону здоров'я. Так, відповідно до ст. 74 цього Закону, медичною діяльністю можуть займатися особи, які мають відповідну спеціальну освіту і відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам, що встановлюються МОЗ України [14].

Т.Ю. Тарасевич, розкриваючи зміст поняття «медичний працівник», зазначає, що таким слід визнати фізичну осудну особу, яка досягла 18-річного віку, відповідає кваліфікаційним вимогам (належна медична освіта, спеціалізація за певною спеціальністю медичного профілю, підвищення кваліфікації), має документ, який дає право займатись медичною діяльністю в Україні, та виконує професійні обов'язки щодо надання медичної допомоги пацієнтам [15, с. 5].

О.О. Дудоров до медичних працівників відносить працівників незалежно від того, яку спеціальну освіту вони мають та в якому закладі охорони здоров'я працюють (лікарі, провізори, акушерки, медичні сестри, фельдшери, працівники служби швидкої допомоги та державної служби медицини катастроф). Це особи, які займаються медичною практикою як різновидом господарської діяльності. Згідно із законодавством, вони зобов'язані надавати першу невідкладну медичну допомогу хворим, які перебувають у критичному для життя стані, а також у разі нещасного випадку [7, с. 329].

Лікар – це особа, яка закінчила передбачений курс медичних наук, одержала кваліфікацію, що надає право здійснювати медичну практику [16, с. 188].

Таким чином, поняття «медичний працівник» охоплює й особу лікаря, й осіб середнього та молодшого медичного персоналу. Очевидно, що не всі вони можуть бути суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 143 КК України, відтак слушною є думка тих науковців, які суб'єктом цього злочину визначають саме лікаря. Окрім того, в Законі України про трансплантацію згадується лише такий вид медичного працівника, як «лікар», «консиліум лікарів». Водночас слід зазначити, що не будь-який лікар може бути суб'єктом злочину порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини, таким, зокрема, слід вважати лікаря–трансплантолога.



Щодо складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 143 КК України, то єдиною вказівкою на можливість вчинення цього складу злочину спеціальним суб'єктом, як і у випадку з ч. 1 ст. 143 КК України, є вказівка на таке додаткове покарання, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Немає єдності думок і серед науковців. Одні вважають, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 143 КК України, – загальний [6, с. 125; 9, с. 329; 7, с. 357], інші – спеціальний, визначаючи таким лікаря [11, с. 217; 12, с. 183; 13, с. 7].

Очевидно, останню позицію слід визнати слушною. Операція з вилучення органів або тканин і подальша їх пересадка реципієнтові потребує спеціальних медичних знань, і проведення такої загальним суб'єктом може призвести до летальних наслідків і для донора, і реципієнта. Неправильне вилучення чи невжиття заходів щодо належного консервування вилученого органа чи тканини зробить їх пересадку неможливою.

Як зазначає С.В. Гринчак, будь-яке незаконне вилучення органів або тканин у живого донора завжди заподіє шкоду життю або здоров'ю останнього, тоді як суспільно небезпечні наслідки знаходяться поза межами складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 143 КК України. Відтак відповідного вирішення вимагає проблема кваліфікації зазначених діянь. Так, автор вважає, що умисні середньої тяжкості тілесні ушкодження або тяжкі тілесні ушкодження, заподіяні під час незаконного вилучення анатомічних матеріалів, потребують додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 122 КК («вчинені з метою примусу до певних дій») або за ч. 1 ст. 121 КК України, оскільки в цьому випадку вчиняються злочини більш тяжкі, ніж діяння, передбачене в ч. 2 ст. 143 КК України [11, с. 222].

Однак дана позиція є спірною, оскільки за таких умов порушується такий принцип кримінально-правової кваліфікації, як «non bis in idem». Думається, ст. 143 КК України є спеціальною щодо ст. 121, ч. 2 ст. 122 КК України, оскільки стосується вузької сфери – охорони встановленого законом порядку трансплантації. А тому діяння, що порушують встановлений законом порядок трансплантації (включаючи незаконне вилучення органів або тканин), підлягають кваліфікації саме за такою спеціальною нормою.

Отже, вилучення у людини шляхом примушування або обману її органів або тканин (якщо такі дії вчиняються лікарем) потребують кваліфікації за ч. 2 ст. 143 КК України. Якщо вилучення органів

або тканин та їх трансплантацію здійснює особа, яка не є лікарем, або є лікар, що не має відповідної кваліфікації, чи позбавлена права здійснювати таку діяльність, то її дії слід кваліфікувати за сукупністю ст. 121 КК України в частині заподіяння шкоди здоров'ю донора і за ст. 138 КК України – в частині, якщо заподіяна шкода реципієнту.

Таким чином, склади злочинів, передбачені ст. 121 та ч. 2 ст. 143 КК України, розмежовуються саме за допомогою суб'єкта: у ч. 2 ст. 143 КК України такий суб'єкт – спеціальний – лікар–трансплантолог.

Як і у випадку порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини, склад злочину, передбаченого ст. 144 КК України, також не містить вказівки щодо його суб'єкта.

Немає єдності і серед науковців щодо визначення суб'єкта для насильницького донорства. І тут одні вчені вважають, що суб'єкт злочину – загальний [9, с. 330; 1, с. 133], натомість інші – що спеціальний, вказуючи, що такими є: лікарі та інші медичні працівники, які провадять діяльність із взяття, переробки і зберігання крові та її компонентів, реалізують їх та виготовляють із них препарати. Співвиконавцями злочину можуть бути будь-які особи, що застосовували до потерпілого насильство чи ввели його в оману для добровільного давання ним крові [8, с. 298], або медичні працівники, тоді як суб'єкт кваліфікованих видів насильницького донорства – загальний [17, с. 311].

Відповідно до ст. 15 Закону України про донорство, взяття донорської крові здійснюють спеціалізовані установи і заклади переливання крові та відповідні підрозділи закладів охорони здоров'я, що знаходяться у віданні Міністерства охорони здоров'я України, інших міністерств і відомств та органів охорони здоров'я Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя, лише за наявності відповідної ліцензії, виданої Міністерством охорони здоров'я України [18]. Враховуючи, що норма про насильницьке донорство стосується сфери охорони донорства, а порядок взяття донорської крові й попереднє обстеження донора чітко регламентовано законодавством, забір донорської крові здійснюється особами, які мають відповідну освіту або відповідають спеціальним вимогам. Зокрема, до таких можна віднести лікарів і працівників середнього медичного персоналу, а саме – медичних сестер. Таким чином, можна зробити висновок, що суб'єктом такого злочину, як «насильницьке донорство», є медичний працівник.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Чеботарьова Г.В. Кримінально-правові проблеми трансплантації органів або тканин людини і донорства крові: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; ІДП НАН України. К., 2003. 219 с.
2. Дорош Л.В., Л.В. Потапенко. Незаконна торгівля органами або тканинами людини. Питання боротьби із злочинністю. Харків: Право, 2011. Вип. 21. С. 99–111.
3. В Германии начался первый судебный процесс о продаже человеческих органов в Интернете. URL: [http://www.businesspress.ru/newspaper/article\\_mld\\_37\\_ald\\_81608.html](http://www.businesspress.ru/newspaper/article_mld_37_ald_81608.html)
4. Фроля В. Примушування особи до вилучення органів або тканин людини. Медичне право. 2013. № 1 (11). С. 67–71.
5. Устименко В.В. Спеціальний суб'єкт преступлення. Харьков: Выща школа; Изд-во при ХГУ, 1989. 104 с.
6. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Луганськ: «Елтон-2», 2012. Т. 1 780 с.



7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 9-те вид., переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: Юридична думка, 2012. 1316 с.
8. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. / за ред. С.С. Яценка. Київ: А.С.К., 2002. 936 с.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. К.: Юрінком Інтер, 2016. 1064 с.
10. Загиней З. Кримінально-правова герменевтика: монографія. К.: Видавничий дім «АртЕк», 2015. 380 с.
11. Гринчак С.В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію органів або тканин людини: монографія; наук. ред. Л.В. Дорош. Х.: Право, 2011. 296 с.
12. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: навч. посібник. Київ: Атіка, 2002. 640 с.
13. Мусієнко А.В. Запобігання злочинам у сфері трансплантації органів та тканин людини: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право». К., 2010. 20 с.
14. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 р. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 2801-ХІІ. Ст. 19.
15. Тарасевич Т.Ю. Медичний працівник як суб'єкт злочину: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право»; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. К., 2011. 18 с.
16. Горпинюк О.П. Інформаційна приватність та її захист від злочинних посягань в Україні: монографія. Львів : ПП «Видавництво «Бона», 2014. 324 с.
17. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части: учебник / под редакцией профессора Е.Л. Стрельцова. Харьков: ООО «Одиссей», 2002. 672 с.
18. Про донорство крові та її компонентів: Закон України від 23 червня 1995 року № 239/95 (із змінами і доповненнями). URL: zakon1.rada.gov.ua

**Невмитий О. Ю.,**

*прокурор відділу нагляду за дотриманням законів органами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю, управління нагляду у кримінальному провадженні прокуратури Кіровоградської області*

## **ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ**

### **NOTION CRIMINAL PROCEEDINGS IN SCIENCE CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE**

Стаття присвячена поняттю кримінального провадження. Звернено увагу на попередні висновки вчених про сутність даного терміну. Визначено сучасну позицію вчених-процесуалістів щодо розуміння зазначеної категорії.

**Ключові слова:** кримінальний процес, кримінальне провадження, поняття, наукові підходи.

Статья посвящена понятию уголовного производства. Обращено внимание на ранее сделанные выводы учеными о сущности данного термина. Определена современная позиция ученых-процессуалистов относительно понимания указанной категории.

**Ключевые слова:** уголовный процесс, уголовное производство, понятия, научные подходы.

The article is devoted to the notion of criminal proceedings. Attention is paid on preliminary conclusions of scientists regarding the essence of this term. Defined current position of process-scientists about the understanding of this category.

**Key words:** criminal process, criminal proceedings, notion, scientific approaches.

У сучасному кримінальному процесуальному законодавстві України широко застосованим терміном стало «кримінальне провадження», яким майже замінено поняття «кримінальна справа», «провадження у кримінальній справі». Так, у чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) [1] категорія «кримінальна справа» згадується лише у контексті стадії судового розгляду (п. 2 ч. 1 ст. 3, ст. 21, 27 цього Кодексу). Водночас, «кримінальне провадження» використовується набагато частіше у контексті всіх стадій кримінального процесу. У період дії Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. (далі – КПК України 1960 р.) [2] ситуація була іншою – поширеними поняттями вважалися «провадження у кримінальній справі», «кримінальна справа».

Запровадивши та активно використовуючи сьогодні поняття «кримінальне провадження», законодавець жодним чином не роз'яснює сутність цього терміну. У п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України лише вказано, що кримінальне провадження – це досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність. Проте, на нашу думку, це стосується швидше структури кримінального провадження, його складу, але не є визначенням його сутності. Безперечним вважаємо той факт, що якість виконання професійними суб'єктами кримінального процесу своїх функціональних обов'язків залежить від їх розуміння того, що є «кримінальним провадженням».

Свої погляди на сутність поняття «кримінальне провадження» висловлювали такі відомі процесуалісти, як: Ю.М. Грошевий, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, В.Я. Тацій, В.М. Тертишник, А.Р. Туманянц, Л.Д. Удалова, О.Г. Шило та ін. Однак

попередній аналіз вітчизняної кримінальної процесуальної літератури свідчить, що єдиного розуміння досліджуваного терміну досі не існує.

**Метою статті** є розкриття та визначення терміну «кримінальне провадження» з погляду сучасної науки кримінального процесу України.

**Виклад основного матеріалу.** Із висновків колективу авторів на чолі з В.Г. Гончаренком, В.Т. Нором та М.Є. Шумилою (який одним із перших запропонував наукове роз'яснення положення діючого КПК України), важко зрозуміти, що є «кримінальним провадженням». Так, згадані вчені вважають поняття «кримінальне провадження» і «провадження у кримінальній справі» ідентичними та часто використовують словосполучення «кримінальне провадження (провадження в кримінальній справі) ...» [3, с. 17]. Однак, розкриваючи окремо сутність кожного терміну, автори вже вказують, що «кримінальне провадження – це процесуальна діяльність органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді і суду у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення. Кримінальне провадження здійснюється стадійно» [3, с. 25], «провадження у кримінальних справах – це встановлена кримінальним процесуальним законодавством процедура, умови її реалізації, гарантії дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників провадження (процесу) та виконання покладених на них процесуальних обов'язків» [3, с. 11]. Тобто, на думку В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора та М.Є. Шумила, поняття «кримінальне провадження» вужче за поняття «провадження у кримінальній справі», оскільки «кримінальне провадження» – це поетапна (стадійна) діяльність органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді і суду в зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення. Тоді як «провадження у кримінальній

справі» – це не лише діяльність зазначених суб'єктів кримінального процесу, а й правовідносини, які виникають між ними та іншими учасниками кримінального провадження.

Схожа за суттю, але дещо відмінна за змістом позиція колективу авторів на чолі з О.Г. Яновською: «кримінальне провадження» також асоційовано з терміном «кримінальна процесуальна діяльність». Зокрема зазначено: «Кримінально-процесуальну діяльність переважно здійснюють спеціально уповноважені державні органи та посадові особи: суд (суддя), слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, оперативні підрозділи. Саме вони надають їй цілеспрямований характер, визначають її напрями, тобто здійснюють кримінальне провадження» [4, с. 10–11].

Аналогічного погляду дотримується у своїй праці В.М. Тертишник, який у розкритті особливостей кримінального провадження за КПК України вказує: «Термін «процес» походить від латинського «processus» і означає рух, діяльність. Кримінально-процесуальна діяльність – діяльність, що направлена на протидію злочинності. Діяльність, направлена на протидію злочинам, здійснюється слідчим, прокурором та судом у передбаченому законом процесуальному порядку і має свої мету та завдання. Згідно зі ст. 2 КПК України 2012 р., завданнями кримінального провадження є: <...>» [5, с. 7] та Л.Д. Удалова, яка також зазначає: «Слово «процес» походить від латинського «processus» – рух, діяльність, просування вперед. Кримінальний процес – це врегульована кримінальним процесуальним законом діяльність органів досудового розслідування, прокуратури і суду за участю інших фізичних та юридичних осіб, спрямована на розслідування кримінальних правопорушень, викриття осіб, які їх вчинили, здійснення правосуддя у кримінальному провадженні, а також на вирішення інших питань кримінального провадження. Поняття «кримінальний процес» вживається в чотирьох значеннях, одним із яких є <...> діяльність органів досудового розслідування, прокуратури і суду за участю інших фізичних та юридичних осіб, спрямована на досягнення завдань кримінального провадження (кримінально-процесуальна діяльність)» [6, с. 13].

У свою чергу, колектив відомих вчених-процесуалістів (Ю.М. Грошевий, А.Р. Туманянц, О.В. Капліна, О.Г. Шило) підтримує іншу позицію, хоч і асоціює термін «кримінальне провадження» із поняттям «кримінальний процес». Розтлумачуючи процедуру кримінальної процесуальної діяльності за діючим КПК України, згадані автори відразу дали визначення поняття «кримінального процесу» і використали його надалі для роз'яснення процедури кримінального провадження. Однак «кримінальний процес», а з ним і «кримінальне провадження», вони розуміють таким чином: «Термін «кримінальний процес» походить від латинських «criminalis» – злочинний та «processus» – проходження, просування вперед. Ці слова у сполученні набувають іншого, дещо відмінного від буквального, змісту: провадження

з притягненням до кримінальної відповідальності та покарання за вчинене кримінальне правопорушення (кримінальний проступок або злочин)». У КПК України як синонім також вживається поняття «кримінальне провадження» [7, с. 7].

Зовсім відсутнє визначення поняття «кримінальне провадження» у науково-практичному коментарі КПК України, виданому за загальною редакцією В.Я. Тація [8]; не розтлумачує цього поняття і підручник, який підготували А.В. Молдован та С.М. Мельник [9].

Серед інших праць, присвячених поняттю «кримінальне провадження», слід відзначити роботу В. Вапнярчука «Щодо поняття кримінального процесу та його внутрішньої структури» [10]. На підставі аналізу чинного КПК та практики його застосування автор визначає термін «провадження» як статичну (змістовну) характеристику процесу, яка вживається щодо всього кримінального процесу (наприклад, ст. 2 КПК) та певної його частини (стадії) в рамках кримінального процесу загалом. Більше того, термін «провадження», цілком правомірно може відображати не динамічну (послідовність), а статичну якість (зміст) тієї частини процесу, яка традиційно є його стадією (провадження в суді апеляційної інстанції, провадження в суді касаційної інстанції). Однак інколи провадження не може виступати як стадія процесу. Це означає, що описана у законодавстві статична (змістовна) визначеність процедури зовсім не має відношення до динамічного (періодичного або часового) поділу процесу (кримінальні провадження у формі приватного та публічного обвинувачення не чергують, а практично виключають одне одного). Спостерігати в рамках одного правового явища «внутрішнє» використання досліджуваної термінології можна, аналізуючи не лише категорію «провадження», а й категорію «стадія» кримінального процесу. Наприклад, як законодавець, так і правозастосовник використовують поняття «стадії притягнення до кримінальної відповідальності» (п. 14 ст. 3 КПК), що означає внутрішню стадію досудового розслідування, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Таке терміновживання цілком допустиме, хоча для уникнення непорозумінь доцільніше було б оперувати іншим терміном (наприклад, «етап певної стадії»). Як зазначає насамкінець В. Вапнярчук, «провадження» і «стадія» – це філософські та теоретично обґрунтована категоріальна пара, призначена для характеристики кримінального процесу в його статичі (зі змістовної або предметної сторони) або динаміці (зі сторони логічної послідовності). Таким чином, питання про те, чи є певна частина кримінального процесу провадженням або стадією і чи може бути певне провадження стадією, є некоректним.

Іншими словами, В. Вапнярчук вважає, що «кримінальне провадження» можна розглядати у широкому та вузькому розумінні, оскільки в цілому «кримінальне провадження» характеризується як «статична» та «динамічна» діяльність в рамках

кримінального процесу, де: «статична діяльність» – це змістовна/предметна діяльність у рамках певної частини процесу, зокрема на певній стадії чи етапі відповідної стадії кримінального процесу; «динамічна діяльність» – послідовна кримінально-процесуальна діяльність, що відображає увесь рух справи та проходить декілька стадій кримінального процесу.

Прихильником такого розуміння терміну «кримінальне провадження» слід вважати В. Трофименка [11], який також відзначає, що дефініцією кримінального процесуального провадження є «цілісна відносно автономна полістадійна частина кримінального процесу, що об'єднує комплекс взаємопов'язаних і взаємообумовлених процесуальних дій, які, будучи спрямованими на вирішення загальних завдань кримінального провадження через досягнення конкретного правового результату, <...>», «Під час виокремлення характерних ознак будь-якого явища, в т. ч. і кримінального процесуального провадження, слід виходити із тих положень, що дозволяють відобразити його сутнісну характеристику, індивідуалізувати його з-поміж інших схожих явищ і понять, до яких можна віднести стадії кримінального провадження. Такі ж вказані ознаки, як нормативність, здійснення провадження компетентними особами, притаманні всій кримінальній процесуальній діяльності, а також її окремим етапам – стадіям. Виходячи з цього, уявляється недовідповідним виокремлення цих положень як сутнісних ознак процесуального провадження». Тобто, згідно із твердженнями В. Трофименка, «кримінальне провадження» може розглядатися як цілісна система взаємопов'язаних і взаємообумовлених процесуальних дій, спрямованих на вирішення загальних (кінцевих) завдань кримінального провадження, а також як автономна полістадійна діяльність, що відбувається в рамках певної частини кримінального процесу.

Даючи визначення «кримінального провадження», звернемо увагу на критерії, яким повинно відповідати тлумачення поняття кримінально-процесуального права (за Т. Малирчук):

1. Під час системного аналізу суб'єкт повинен визначити місце норми права, в якій міститься аналізоване поняття, в тому законодавчому акті, у якому вона розміщена: Загальна частина, Особлива частина, розділ, глава, назва статті. Якщо це необхідно для правильного з'ясування змісту, слід встановити всі структурні елементи норми.

2. Використовуючи в кримінальному процесуальному законі поняття, що мають іншу галузеву належність та самостійне значення в цих галузях права, слід надавати їм того значення, яке надається їм у відповідній правовій галузі.

3. Під час тлумачення норми кримінального процесуального права і понять, які в ній закріплені, необхідно враховувати її системні зв'язки зі статтями, що закріплюють дефініції тих чи інших уведених до цієї норми понять.

4. Системний аналіз передбачає встановлення зв'язку норми, що містить аналізоване поняття, із конкретизуючими положеннями інших норм права

і норм підзаконних актів, які регулюють окремі питання, але впливають на встановлення смислу норми права і змісту відповідного поняття.

5. Враховуючи, що в кримінальному процесуальному законодавстві межа між нормами, що містять загальні положення, та іншими нормами є нечіткою, у разі потреби слід з'ясувати смислові зв'язки загальних і спеціальних норм [12].

Враховуючи перелічені критерії тлумачення понять кримінального процесуального права, важко погодитися із думкою, що «кримінальне провадження» та «кримінальна справа» є синонімічними поняттями. Останнє твердження підтримується І. Озерським [13], хоча він і вказує, що «кримінальна справа» – це матеріали кримінального провадження, зокрема документи, інші матеріали, надані суду під час судового провадження його учасниками, судові рішення тощо, тоді як «кримінальне провадження» – це діяльність, пов'язана з розслідуванням, судовим розглядом результатів розслідування, переглядом судових рішень. Однак безперечним є те, що документи (матеріали справи) – це «результати» кримінальної процесуальної діяльності, але не сама «діяльність», що є основою розуміння «провадження».

Отже, дотримуючись наведених критеріїв тлумачення понять кримінального процесуального права, можна комплексно та системно проаналізувати термін «кримінальне провадження»:

1) словники сучасної української мови у тлумаченні «провадження» посилаються на дієслово «провадити» [14, с. 127–128]: «Йти, їхати до якогось місця // Супроводжуючи, вести кого-небудь у певне місце // Супроводжуючи кого-небудь з метою нагляду, охорони, вказування шляху // Керувати діяльністю кого-, чого-небудь // Ходити невідступно за ким-небудь, супроводжуючи когось // Вести, пролягати, простягатися, вказуючи на напрямок руху звідки-небудь, кудись» [15, с. 1187]. Тобто, «провадження» – це дії, які здійснюються в рамках чогось;

2) у вітчизняній науці кримінального процесу аксіоматичним твердженням є те, що кримінальний процес, як рух (просування вперед) у справі, відбувається стадійно, і на певній стадії може проходити у декілька етапів;

3) у положеннях діючого КПК України поряд із терміном «кримінальне провадження» існують також поняття:

а) *досудове провадження* (про що свідчить роз'яснення терміну «досудове розслідування») – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акту, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності (п. 5 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу);

б) *судове провадження* – кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке включає



підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, а також за нововиявленими або винятковими обставинами (п. 24 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу), що також свідчить про наявність у кримінальному процесі України *судового провадження у першій інстанції, судового провадження з перегляду судових рішень* тощо (Розділ IV, V цього Кодексу);

в) *провадження з притягнення до кримінальної відповідальності*, свідченням чого є зміст п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК України: притягнення до кримінальної відповідальності – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення;

г) *кримінальне провадження – на підставі угод; у формі приватного обвинувачення; щодо окремої категорії осіб; щодо неповнолітніх; щодо застосування примусових заходів медичного характеру; щодо відомостей, які становлять державну таємницю; на території дипломатичних представництв, консульських установ, на повітряному, морському у*

*річковому судні, що перебуває за межами України, якщо це судно приписано до порту розташованого в Україні* (Розділ VI цього Кодексу); *провадження з виконання судових рішень* (Розділ VIII цього Кодексу);

4) кримінальне провадження визначається також як процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (п. 10 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу).

Отже, можна зробити висновок, що, по-перше, «кримінальне провадження» – це кримінальна процесуальна діяльність, пов'язана з розслідуванням кримінальних правопорушень, здійсненням судового розгляду, вирішенням питань, пов'язаних із цим тощо; по-друге, така діяльність може характеризуватися як «статична» та як «динамічна»: «статичною» вона є, оскільки завжди відбувається в рамках певної стадії, етапу стадії кримінального процесу; «динамічною» – оскільки кримінальне провадження направлене на виконання певних завдань (кінцевої мети), які досягаються/настають лише за результатами здійснення кримінальної процесуальної діяльності на декількох стадіях кримінального процесу.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. (станом на 20 грудня 2017 р.). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України (втратив чинність). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/print>.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: «Юстініан», 2012. 1224 с.
4. Яновська О.Г., Рожнова В.В., Чурікова І.В., Омельченко О.С. Курс лекцій з кримінального процесу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (загальна частина). Київ, 2012. 398 с.
5. Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. К.: Алерта, 2014. 440 с.
6. Удалова Л.Д., Рожнова В.В., Савицький Д.О., Хабло О.Ю. Кримінальний процес у питаннях і відповідях: навч. посіб. К.: Видавель, 2012. 275 с.
7. Грошевий Ю.М., Тацій В.Я., Туманянц А.Р. Кримінальний процес : підручник. / за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар у 2 ч. / за заг. ред. В.Я. Тація. Х.: Право, 2012. Ч. 1. 768 с.
9. Молдован А.В., Мельник С.М. Кримінальний процес України: навч. посіб. К.: Центр навчальної літератури, 2013. 368 с.
10. Вапнярчук В. Щодо поняття кримінального процесу та його внутрішньої структури. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. №4. С. 216–223.
11. Трофименко В. Кримінальне процесуальне провадження: поняття та ознаки. Вісник Національної академії правових наук України. 2014. №1. С. 169–177.
12. Малярчук Т. Системний аналіз понять кримінального процесуального права як спосіб тлумачення правових приписів. Науковий часопис НПУ ім. М.П. Драгоманова. Серія 18 «Економіка і право». 2014. Вип. 24. С. 175–181.
13. Озерський І. Про доцільність оптимізації вживання в кримінальному процесі України терміна «кримінальна справа». Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки». 2013. №4. С. 173–177.
14. Словник української мови: в 11 томах / уклад. І.К. Білодід та ін. К.: «Наукова думка». 1977. Т. 8. 927 с.
15. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ–Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

**Погарченко Т. В.,**  
аспірант кафедри кримінального права, кримінології,  
цивільного та господарського права  
Національної академії управління

## СУБ'ЄКТИ ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ ІЗ ПОРУШЕННЯМ ОСНОВНИХ ДЕРЖАВНИХ СОЦІАЛЬНИХ СТАНДАРТІВ

### SUBJECTS OF ACTIVITY FOR CRIME PREVENTION ASSOCIATED WITH VIOLATION OF FUNDAMENTAL STATE SOCIAL STANDARDS

У статті розкрито проблемні питання протидії злочинам, пов'язаним із порушенням основних соціальних стандартів. Визначено зміст і характер взаємодії правоохоронних та контролюючих органів, розглянуто питання форми такої взаємодії.

**Ключові слова:** державні соціальні стандарти, протидія злочинності, взаємодія суб'єктів запобігання, форми взаємодії, запобігання злочинам, пов'язаних із порушенням основних соціальних стандартів.

В статье раскрыты проблемные вопросы противодействия преступлениям, связанным с нарушением основных социальных стандартов. Определены содержание и характер взаимодействия правоохранительных и контролирующих органов, рассмотрены вопросы формы такого взаимодействия.

**Ключевые слова:** государственные социальные стандарты, противодействие преступности, взаимодействие субъектов предупреждения, формы взаимодействия, предотвращение преступлений, связанных с нарушением основных социальных стандартов.

The article deals with problematic issues of crime prevention associated with violation of fundamental state social standards. The content and nature of interaction of law enforcement agencies and control authorities are determined, issues of form of interaction were considered.

**Key words:** state social standards, crime prevention, interaction of subjects, forms of interaction, crime prevention associated with violation of fundamental state social standards.

**Постановка проблеми.** Конституційний обов'язок держави забезпечувати права і свободи людини визначає зміст внутрішньої політики держави щодо запобігання злочинам, що є соціально спрямованою діяльністю держави, її органів, посадових осіб, громадських організацій та окремих громадян, функціональний зміст та мета якої полягають у перешкодженні діям детермінантів злочинності шляхом їх обмеження, нейтралізації, усунення та забезпечення прав та свобод громадян. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії», держава гарантує забезпечення основних потреб громадян на рівні встановлених законом державних соціальних стандартів і нормативів [1].

Воєнні дії на сході України негативно позначилися на розвитку держави протягом 2014–2017 рр., що є наслідком загострення криміногенної ситуації в країні. Залишаються актуальними окремі питання кримінологічного запобігання злочинам взагалі та злочинам, пов'язаним із порушенням основних державних соціальних стандартів, зокрема. Тому для реалізації внутрішньої політики держави щодо запобігання таким злочинам необхідний ефективний механізм взаємодії суб'єктів запобігання.

Питанням діяльності правоохоронних та контролюючих органів щодо протидії злочинності присвячено роботи таких українських вчених, як О.О. Бандурка, П.Д. Біленчук, В.Т. Білоус, М.М. Биргеу, М.М. Бурбика, В.В. Голіна, Л.М. Давиденко, І.М. Даньшин, О.М. Джу́жа, А.П. Закалюк, В.С. Зеленецький, О.Г. Кальман, Т.В. Корнякова, О.М. Литвак, О.М. Лит-

винов та ін. Попри вагомий внесок цих науковців у розробку зазначених питань, залишаються невивченими проблеми протидії злочинам, пов'язаним із порушенням основних соціальних стандартів.

Метою статті є комплексний аналіз правових та організаційних засад взаємодії контролюючих і правоохоронних органів щодо протидії злочинам, які пов'язані із порушенням основних соціальних стандартів.

**Виклад основного матеріалу.** У сучасній юридичній літературі взаємодія суб'єктів запобігання – це заснована на законодавчих та підзаконних нормативних актах, узгоджена за цілями, часом та місцем спільна керована діяльність рівноправних, адміністративно незалежних суб'єктів, які функціонально забезпечують попередження злочинів та інших правопорушень на території обслуговування [2, с. 170].

Поняття «взаємодія» є недостатньо дослідженим в юридичній літературі і трактується авторами по-різному. Тлумачний словник сучасної української мови дає загальне визначення поняття «взаємодія», під яким слід розуміти погоджену дію між ким-небудь, чим-небудь [3, с. 85]. Крім того, важливе значення має визначення змісту й характеру взаємодії правоохоронних і контролюючих органів. Так, окремі вчені пропонують визначати взаємодію як спільну налагоджену діяльність двох і більше органів, служб, відомств, що припускає раціональне поєднання процесуальних і оперативно-розшукових дій, здійснюваних кожним із них у межах наданих їм законом повноважень [4, с. 11].

Під час здійснення кримінологічного аналізу механізму протидії наркозлочинності деякі автори

досліджують та аргументовано закріплюють позицію щодо важливості координації, взаємодії та міжнародного співробітництва у сфері протидії. На думку вчених, координацію і взаємодію слід розглядати як діяльність, спрямовану на спільне погодження зусиль різних суб'єктів (наприклад, органи державної влади, недержавні структури, громадськість тощо) [5, с. 89].

Можна виокремити дві головні складові частини взаємодії: коло її суб'єктів і форми взаємодії. Водночас таке визначення позбавлене формулювання мети взаємодії, хоча, на наш погляд, саме цей компонент є визначальним, адже мета ставить вимоги щодо форм і засобів взаємодії. Якщо відсутня мета, відсутній і зміст такої взаємодії. Враховуючи наведене, у контексті дослідження ми пропонуємо розуміти термін «взаємодія» як погоджену дію (співпрацю) між двома та більше державними органами щодо протидії злочинам, яка передбачає їх тісний взаємозв'язок і взаємодоповнюваність та полягає у розробці і впровадженні системи заходів із метою припинення злочинних проявів, виявлення, скорочення, усунення причин і умов злочинів та кримінально-правового впливу на осіб, які їх вчинили.

Необхідність взаємодії правоохоронних і контролюючих органів закріплена на рівні законів, що визначають правовий статус цих органів. Відповідні положення містяться у Законах України «Про прокуратуру», «Про державну фіскальну службу України», «Про Рахункову палату», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про Службу безпеки України». Порядок взаємодії державних органів щодо протидії злочинам у сфері діяльності більш детально врегульовано на підзаконному рівні.

Взаємодія правоохоронних і контролюючих органів щодо запобігання злочинності відбувається на різних організаційних рівнях. За кількістю державучасниць розрізняють внутрішньодержавний (національний), міждержавний і міжнародний рівні взаємодії. Протидія злочинності здійснюється, насамперед, на національному рівні, оскільки шкода завдається бюджетній системі окремої держави, що не є предметом міжнародно-правового регулювання. Національну взаємодію за рівнем централізації можна класифікувати на загальнодержавну та регіональну (місцеву), а за суб'єктним складом – на відомчу та міжвідомчу. Відомча взаємодія має місце у випадках погодженої дії як окремих структурних підрозділів одного органу (горизонтальна взаємодія), так і органів різної ланки, підпорядкованих одному відомству (вертикальна) [6, с. 159].

Особливої уваги заслуговує питання про форми такої взаємодії та їх правове врегулювання. На сьогоднішній перелік форм взаємодії нормативно не закріплено. Хоча, наприклад, внесено на розгляд Верховної Ради України проект Закону України «Про державний фінансовий контроль», що регламентує взаємовідносини суб'єктів державного фінансового контролю. На думку авторів законопроекту, такі взаємовідносини мають здійснюватися у формі направлення інформації та пропозицій за

результатами контрольної діяльності для відповідного реагування, погодження основних напрямів та планів контрольно-ревізійних заходів, надання інформації за запитами, а також у формі відповідних координаційних заходів.

Досвід впровадження різних програм та форм співробітництва з населенням за кордоном свідчить про важливість спільної роботи правоохоронних органів та громадськості для профілактики злочинності [7, с. 189]. Однак передусім слід наголосити на важливості проблеми реформування усієї правоохоронної системи в Україні протягом 2014–2017 рр. Реформи, що запроваджуються в системі органів внутрішніх справ згідно із законами України «Про Національну поліцію», «Про прокуратуру», реформація та атестація особового складу вказаних структур, люстрація високопосадовців у зв'язку з корупційними злочинами тощо сприяють ефективному реформуванню не тільки правоохоронної системи, а й усіх гілок влади, в т. ч. і судової. Отже, можна говорити про ефективність заходів запобігання злочинності і корупції, виваженість і об'єктивність у розслідуванні кримінальних проваджень, у яких предметом посягання постають державні кошти у значних розмірах.

З метою активізації діяльності суб'єктів протидії злочинності необхідно впорядкувати оплату праці на основі реальних результатів роботи та фактичного навантаження працівників правоохоронних і контролюючих органів, покращити гарантії їх правового та соціального захисту, що має запобігти поширенню отримання неправомірної вигоди у правоохоронній системі. Такі нововведення стосуються й інших правоохоронних органів, у т. ч. й органів прокуратури (наприклад новоствореної Спеціалізованої антикорупційної прокуратури України, Національного антикорупційного бюро України тощо) [8, с. 190].

Ще однією проблемою залишається дублювання повноважень, тому потрібно вирішувати це питання на рівні розроблення нормативно-правових актів, які б чітко визначали повноваження суб'єктів запобігання злочинності.

Виявлення недоліків та прогалин у правовому регулюванні протидії злочинам, пов'язаним із порушенням основних соціальних стандартів, формулювання пропозицій щодо їх усунення, вивчення зарубіжної практики має бути покладено на відомчі експертно-аналітичні підрозділи. Цей напрям, безперечно, має значні перспективи і може реалізовуватися шляхом проведення спільних засідань науково-методичних рад суб'єктів запобігання злочинності, на яких мають розглядатися актуальні питання практичної діяльності, кінцевою метою яких стане формулювання відповідних пропозицій щодо покращення нормативно-правової бази у вказаній сфері, розроблення та затвердження методичних рекомендацій із виявлення та розслідування правопорушень у сфері діяльності державних цільових фондів коштів. Наприклад, науково-методична рада при Генеральній прокуратурі України розробляє пріоритетні теми методичного забезпечення діяльності

органів прокуратури, управління організаційного забезпечення Єдиного реєстру досудових розслідувань та інформаційно-аналітичної роботи, здійснює роботу щодо узагальнення статистичних даних.

Вищезазначене відображається й на динаміці злочинів у сфері діяльності соціального призначення (збільшення кількості кримінальних проваджень та осіб, притягнутих до відповідальності за порушення законодавства, завдання збитків у результаті несвоєчасної сплати або ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове соціальне страхування), що на тлі офіційного зменшення рівня злочинності в бюджетній сфері дає можливість говорити про їх латентизацію.

Нами запропоновано класифікацію суб'єктів, які мають право виявляти злочини, пов'язані з порушенням державних соціальних стандартів та здійснювати заходи запобігання:

- Національна поліція України;
- регіональні та місцеві прокуратури;
- Спеціалізована антикорупційна прокуратура

України;

- Національне антикорупційне бюро України;
- Фіскальні служби, які виявляють підприємства, що мінімізують свої прибутки з метою зменшення сплати податків та єдиних внесків на загальнообов'язкове державне соціальне страхування;

- Служба безпеки України;
- Міністерство юстиції України;
- Міністерство фінансів України;
- Державна казначейська служба України;
- Державна аудиторська служба України;
- Міністерство соціальної політики України;
- Державна служба фінансового моніторингу;
- Державний комітет статистики України.

Для активізації діяльності суб'єктів протидії злочинності слід впорядкувати оплату праці на основі реальних результатів роботи та фактичного навантаження працівників правоохоронних і контролюючих органів, покращити гарантії їх правового та соціального захисту.

Діяльність прокуратури, крім наглядових повноважень, направлена на здійснення кримінального переслідування, яке включає внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань прокурором або слідчим, проведення досудового розсліду-

вання, процесуальне керівництво з боку прокурора досудовим слідством, направлення обвинувального акта до суду та вжиття превентивних заходів соціального захисту прав громадян.

Запропоновано залучати фахівців контролюючих і правоохоронних органів та громадськості (на прикладі роботи Громадської ради при Пенсійному фонді України) до розробки проектів регіональних програм протидії злочинності із визначенням органів, відповідальних за взаємодію, та подальшим їх затвердженням органами місцевого самоврядування, наданням останнім повноважень щодо контролю за виконанням зазначених програм, та до реалізації заходів запобігання.

Вважаємо, що реалізація вказаних заходів забезпечить дієвість системи протидії злочинам у вказаній сфері, зменшить рівень злочинності та латентності цих злочинів.

**Висновки.** Отже, результатом даного дослідження є комплексний аналіз правових та організаційних засад взаємодії контролюючих і правоохоронних органів щодо протидії злочинам, пов'язаним із порушенням основних соціальних стандартів.

На нашу думку, доцільно до органів спеціальної компетенції відносити Генеральну прокуратуру, Національну поліцію України, Службу безпеки України, Державну фіскальну службу України, Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру України, Національне антикорупційне бюро України, Міністерство юстиції України, Міністерство фінансів України, Державний комітет статистики України, Державну службу фінансового моніторингу, Державну казначейську службу України, Державну аудиторську службу України та Міністерство соціальної політики України.

Слід також зазначити, що перспективним видається подальше дослідження теоретичних і практичних питань правового статусу та діяльності окремих правоохоронних і контролюючих органів у сфері соціального забезпечення в межах діяльності державних цільових фондів коштів, а також формування їх цілісної системи. Вказані питання викликають широкий науковий інтерес, особливо в умовах подальшої реалізації положень концепції реформування кримінальної юстиції та підготовки до розгляду Верховною Радою України проектів відповідних законів України.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії: Закон України від 05 жовтня 2000 р. № 2017. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2017-14>.
2. Бандурка О.М., Литвинов О.М. Протидія злочинності та профілактика злочинів: монографія. Х.: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2011. 308 с.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ–Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
4. Вознюк А.А., Чернявський С.С., Татаров О.Ю., Василевич В.В. Особливості кваліфікації та розслідування злочинів, учинених організованими групами та злочинними організаціями: метод. рек. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2013. 56 с.
5. Голіна В.В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. 120 с.
6. Джужа О.М., Василевич В.В., Гіда О.Ф. Профілактика злочинів: підручник / за заг. ред. О.М. Джужі. К.: Атіка, 2011. 720 с.
7. Джужа О.М. Кримінологічні засади запобігання злочинам в установах виконання покарань України (Пенітенціарна кримінологія): посібник / за ред. О.М. Джужі. К.: НАВС, 2013. 620 с.
8. Загуменна Ю.О. Особливості реалізації правоохоронної функції держави органами внутрішніх справ України. Європейські перспективи. Серія «Право». 2010. № 4. С. 188–194.



Поліщук О. М.,  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТІВ

### ACUTE PROBLEMS OF JOURNALISTS' RIGHTS PROTECTION BY MEANS OF CRIMINAL LAW

Кримінально-правовий захист професійних прав журналістів в Україні на базі окремої статті сягає 2001 р. У 2015 та 2016 рр., після прийняття законів щодо удосконалення та посилення кримінально-правового захисту прав цієї категорії громадян, у теорії та правозастосовчій практиці стало більше невирішених, аніж вирішених питань, незважаючи на криміналізаційні подвиги законодавця.

**Ключові слова:** захист професійної діяльності журналістів, перешкодження діяльності журналістів, криміналізація, посилення захисту прав журналістів, удосконалення захисту прав журналістів.

Уголовно-правовая защита профессиональных прав журналистов в Украине на основе отдельной статьи была заложена в 2001 г. В 2015 и 2016 гг., после принятых законов относительно усовершенствования и усиления уголовно-правовой защиты прав этой категории граждан, в теории и правоприменительной практике стало больше нерешенных, нежели решенных вопросов, несмотря на криминализационные подвиги законодателя.

**Ключевые слова:** защита профессиональной деятельности журналистов, воспрепятствование деятельности журналистов, криминализация, усиление защиты прав журналистов, усовершенствование защиты прав журналистов.

Criminal law protection of journalists' professional rights on basis of a separate norm dates back to 2001. In 2015 and 2016 after adoption of two laws related to improving and strengthening the criminal law protection for this category of citizens there arose more unresolved, rather than resolved problems both in theory and court practice, irrespectively of criminalization efforts of the legislator.

**Key words:** criminal law protection of journalists' professional rights, breach of journalists' rights, criminalization, improving the criminal law protection of journalists' rights, strengthening of criminal law protection of journalists' rights.

**Постановка проблеми.** Журналіста без перебільшення можна назвати чи не найголовнішою особою в інформаційних відносинах, оскільки саме він є посередником у донесенні інформації до широкого загалу, тому під державною охороною перебуває його професійна діяльність, за перешкодження якій передбачена не лише дисциплінарна, цивільно-правова, адміністративна, а й кримінальна відповідальність, що вже підкреслює важливість журналістської діяльності для суспільства [1; 2].

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** З огляду на особливості генезису кримінально-правової охорони професійної діяльності журналістів, найбільша увага цим питанням була приділена в останні 5–7 років. Значний внесок у дослідження цієї проблематики був зроблений П.П. Андрушко, Р.В. Верешею, М.І. Мельником, В.І. Павликівським, В.В. Шаблістим та іншими авторами.

**Мета статті.** У 2015 та в 2016 рр. законодавець значно збільшив обсяг кримінально-правового регулювання захисту професійних прав журналістів, тож наразі актуальною є оцінка таких новацій як із теоретичних, так і з практичних позицій.

**Виклад основного матеріалу.** Кримінально-правова охорона законної професійної діяльності в Україні з розвитком медіа знайшла своє втілення у 2001 р., з моменту набуття чинності Кримінальним кодексом України (далі – КК України). Попередній кримінальний кодекс УРСР 1960 р. положень щодо кримінально-правової охорони прав журналістів

не містив. Таким чином, саме з появою ст. 171 КК України «Перешкодження законній професійній діяльності журналістів» було криміналізоване певне коло діянь, що складають за змістом таке «перешкодження». Криміналізація перешкодження законній професійній діяльності журналістів у початковому вигляді редакції ст. 171 КК України проіснувала з 1 вересня 2001 р. по 2 березня 2016 р., тобто 15,5 років.

За даними Нацполіції [3], за п'ять років (із 2005 по 2009 рр.) було порушено 14 кримінальних справ за ст. 171 КК України. За 9 кримінальними справами за цей же час було завершено розслідування. Скільки справ було передано до суду – в Нацполіції дані відсутні, оскільки звітність цього не передбачала.

Активніше почали користуватися цією статтею з 2010 р. За рік було порушено 9 справ, за 8 завершено слідство та стільки ж справ передано до суду. У 2011 р. порушено 3 справи і за 5 завершено розслідування. У 2012 р. – 4 справи порушено і 4 передано до суду. Всього за три роки, за даними Нацполіції, до суду було передано 17 справ, з них 9 – у 2011–2012 рр.

Найбільш популярною ст. 171 стала після 2013 р. За даними Генеральної прокуратури України, за 2013 – січень 2017 рр. було зареєстровано 645 кримінальних проваджень за цією статтею. Із них 326 (50,6%) були закриті вже на стадії слідства. І лише 46 справ (7,1%) потрапили в суди. Решта – а це 42% усіх справ – так і знаходяться на стадії слідства. Їх і не закривають, і не направляють до судів.

Ще одна цікава тенденція – після трагічних подій під час Євромайдану кількість кримінальних справ за перешкоджання роботі журналістів не знижується. Після «гарячих» 2013 і 2014 рр., коли було зареєстровано 182 і 152 таких справи, у 2015 р. цей показник упав до 120, а в 2016 р. знову зріс до 176. Лише за січень 2017 р. зареєстровано ще 15 таких справ.

Політичні реалії зумовлюють зміни в правовому полі, зокрема у кримінально-правовій сфері. Останні два роки законодавець мав на меті значно посилити захист прав журналістів, у т. ч. засобами кримінального права.

14 травня 2015 р. ВР України приймає Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів», який вступив у силу 11 червня 2015 р. (надалі – «Закон про посилення захисту») [4].

4 лютого 2016 р. ВР України приймає Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення захисту професійної діяльності журналістів», який набув чинності 3 березня 2016 р. (надалі – «Закон про удосконалення захисту») [5].

Таким чином, за останні два роки законодавець прийняв два закони, що суттєво впливають на кримінально-правову матерію в сфері захисту прав журналістів (один запроваджує нову криміналізацію (відносно нову, про що буде зазначено далі), інший «удосконалює» (а чи дійсно є удосконалення, також ітиметься далі).

Така стихійність спостерігається не тільки у цій сфері, але й у прийнятті інших надзвичайних новацій для національного кримінального права з яскравими нотками європейського досвіду, таких як кримінально-правові заходи щодо юридичних осіб (після прийняття в 2013 р. норми двічі видозмінювалися та доповнювалися в 2014 та 2015 рр.) та інституту спеціальної конфіскації (запроваджений у 2013 р., потім один раз видозмінений у 2014 р. та тричі – за два місяці осені 2015 р.).

Європейський досвід значно впливає на національне законодавство, однак є підстави вбачати такі недоліки, як певна стихійність прийняття новацій, фрагментарність змін, непослідовність змін, невідповідність змін національній кримінально-правовій традиції. Це призводить до низької ефективності (за показниками правозастосування та оцінкою потерпілих), що продукує зневіру у гаран-

туванні державою реального, а не декларованого в тексті КК України захисту своїх прав.

Крім того, у разі вчинення злочину, склад якого передбачений ст. 171 КК України, у період із 21 листопада по 26 грудня 2013 р. (під час акцій періоду Євромайдану) можливе було закриття проваджень, застосування звільнення від покарання відповідно до прийнятого ВР України Закону «Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань» від 19 грудня 2013 р. Вже 16 січня цей Закон був доповнений, а 29 січня – скасований в частині щодо справ потерпілих-журналістів. Отже, прийнятий закон гуманістичної спрямованості протягом півтора місяця зазнає кардинальних змін – від прийняття до повного скасування [6; 7; 8].

Чи можна в такому разі говорити про стабільність, поступовість та зваженість дій законодавця? Чи сприяють вони ефективному правозастосуванню? Питання риторичне.

Таким чином, КК України містить наразі значну кількість статей у сфері захисту прав журналістів (табл. 1).

Наведені дані стосуються саме криміналізації. А який же вигляд має правозастосування (аналіз судової практики в сфері захисту прав журналістів за останні 4 роки<sup>1</sup>)?

Інформація в ЄДРСР України щодо кримінальних справ із потерпілими журналістами (і щодо інших категорій потерпілих, імовірно, також) є хаотичною. Там, де система видає «Вирок суду», на жаль, часто прикріплена ухвала по справі. Часто посилання пошуку за визначеною статтею видають інформацію про вирок з інших складів злочинів (табл. 2).

Результатом аналізу наявних у ЄДРСР вироків стало виявлення певних традицій призначення покарання у разі вчинення злочинів, передбачених ст. 171, 345-1 та 347-1 КК України.

**Стаття 171 КК України.** Всі обвинувальні вирокі були винесені саме за ч. 1 ст. 171 КК України.

За 2 справами було винесено виправдовувальні вирокі: один – за ч. 2 ст. 171<sup>2</sup>, а в іншому журналіст (оператор) не дотримався правил законного провадження своєї діяльності і обвинувачений сам дзвонив у поліцію для забезпечення недоторканності свого приватного життя.

<sup>1</sup> Із червня 2013 р. по червень 2017 р.

<sup>2</sup> Тривалість судового розгляду – 4 роки (через неодноразові експертизи та недоведеність складу злочину)

Таблиця 1

<p>У розділі III «Злочини проти волі, честі та гідності особи» (Закон 2016 р.) ч. 2 ст. 163 <u>ст. 171</u></p>	<p>У розділі XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів» (Закон 2015 р.) ст. 345-1 ст. 347-1 ст. 348-1 ст. 349-1</p> <p>У розділі XVIII «Злочини проти правосуддя» (Закон 2015 р.) ч. 2 ст. 375</p>
--	--

Стаття КК України	Кількість вироків
Ч. 2 ст. 163	0
Ст. 171	18 (із них 3 вироки по Одесі) Протяжність стадії судового розгляду, в середньому, від 2 років, а в разі спрощеного порядку – від 1 року
Ст. 345-1	3 (хоча за ЄДРСР нібито 7 вироків). Строки судового розгляду аналогічні, а в разі укладення угоди про примирення – значно менші, від 1 до 2 місяців.
Ст. 347-1	1 (у сукупності з ч.1 ст.171). За відповідними ухвалами знайдено дві справи, призначені до розгляду Ужгородським міськрайонним судом
Ст. 348-1	0
Ст. 349-1	0
Ч. 2 ст. 375	0

За 2 вироками мало місце звільнення від відбування покарання за амністією (2014 р).

За 3 вироками була укладена угода про примирення (з узгодженим покаранням).

В одній справі фігурували потерпілі журналісти зі студії «Савіка Шустера», а в двох справах було перешкоджання журналістам, задіяним у спільних проектах ДПС та ЗМІ щодо попередження порушень ПДД (телепрограми «джеДАІ» та «Надзвичайні новини на ICTV»).

Поєднане з легкими тілесними ушкодженнями (ст. 125) – 5 вироків; або побоями (ст.126) – 2 вироки; або умисним пошкодженням майна (ст. 347-1) (вчинене жінкою-пенсіонеркою) – 1 вирок.

Санкція ч. 1 ст. 171 КК України передбачає *штраф до 50 нмдг (850 грн)*, арешт строком до 6 місяців, або *обмеження волі строком до 3 років*.

Аналіз призначеного покарання за 16 обвинувальними вироками виявив:

а) штраф – 15 вироків (510 грн – 2 вироки; 680 грн – 4 вироки; 850 грн – 9 вироків).

б) обмеження волі – 1 вирок (1 рік; звільнення з випробуванням строком на 1 рік) (особа мала судимість за ч. 4 ст. 296 КК України).

Таким чином, слід зробити проміжний висновок: за такий склад злочину невеликої тяжкості суди у більшості випадків призначають найменш суворе покарання у вигляді штрафу. Перехід до більш суворого покарання має місце лише за наявності загального рецидиву. Виправдовувальні вироки пов'язані з тим, що самі журналісти не цілком дотримуються правил ведення своєї професійної діяльності.

**Стаття 345-1 («погроза або насильство») КК України.** Санкція статті передбачає покарання у вигляді виправних робіт строком до 2 років, арештом строком до 6 місяців, обмеженням волі до 3 років, позбавленням волі до 3 років.

Із 3 обвинувальних вироків за кожним як «під копірку» призначено обмеження волі строком на 1 рік зі звільненням від відбування покарання з випробуванням строком на 1 рік.

Один із трьох вироків винесений щодо жінки.

Одна справа розглядалася за спрощеною процедурою, дві справи завершилися затвердженням угоди про примирення з узгодженим покаранням.

Отже, за такий склад злочину суди призначають ідентично по 1 року обмеження волі і застосовують звільнення від відбування покарання з випробуванням.

**Стаття 347-1 («умисне знищення або пошкодження майна») КК України.** Санкція статті передбачає штраф у розмірі від 50 (850 грн) до 200 нмдг (3 400 грн), арешт строком до 6 місяців, обмеження волі строком до 5 років.

Особі (жінці-пенсіонерці) за сукупністю з ч. 1 ст. 171 (штраф 850 грн) та ч. 1 ст. 347-1 (штраф 935 грн) призначено 1 700 грн штрафу (умисно було пошкоджено пальто журналіста, від якого жінка майже відірвала рукав). У цій конкретній справі (умисне пошкодження майна журналіста у вигляді відіраного рукава від пальто) суд призначив штраф.

Таким чином, прийняті новели КК України в сфері захисту професійної діяльності журналістів мають ряд недоліків щодо обсягу криміналізації, а тому створюють складнощі для правозастосування, що ніяк не сприяє ефективному кримінально-правовому захисту прав журналістів.

**Висновки.** Поспіхом прийняті Закони про посилення та удосконалення захисту прав журналістів не відповідають вітчизняній кримінально-правовій традиції криміналізації; прийняті з порушенням правил юридичної техніки; мають вади з приводу дислокації статей за правилами об'єкту в розділах КК; мають суттєві вади в аспекті формулювання об'єктивної сторони складів злочинів; створюють ситуацію конкуренції кримінально-правових норм, шляхи подолання якої має шукати правозастосувач; не є раціональними з погляду вже наявного обсягу криміналізації та пеналізації такого роду діянь; не сприяє стабільності та наступності кримінально-правового регулювання як запоруки ефективного судочинства.

У подальших наукових пошуках доцільно зосередитися на детальнішій характеристиці прийнятих новел 2015 та 2016 рр. у сфері захисту професійної діяльності журналістів, зокрема на аналізі їх недоліків.

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Костенко Л. Кримінальна відповідальність за перешкодження журналістській діяльності. URL: [www.justinian.com.ua/article.php?id=2854](http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2854).
2. Заяць І.С. Об'єктивні ознаки перешкодження законній професійній діяльності журналістів. URL: <http://foa58r.webwavecms.com/lib/foa58r/8ZAYAC-j9t76nim.pdf>.
3. Українські новини. URL: <https://ukranews.com/ua/news/482628-lyshe-odna-z-12-kryminalnykh-sprav-za-zlochyny-proty-zhurnalistiv-dokhodyt-do-sudu>.
4. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів» від 14 травня 2015 р. № 421-19. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/421-19>.
5. Закон України «Про внесення змін до кримінального кодексу України щодо удосконалення захисту професійної діяльності журналістів» від 4 лютого 2016 року № 993-19. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993-19>.
6. Закон України «Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань» від 19 грудня 2013 р. № 712-18. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/712-18>.
7. Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань» від 16 січня 2014 р. № 731-18. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/en/731-18>.
8. Закон України «Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань» від 29 січня 2014 р. № 737-18. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/737-18>.



Салтиков С. М.,  
студент

Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ДО ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ОФОРМЛЕННЯ СЛІДЧИМ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

## TO THE QUESTION OF THE PROCEDURAL REGISTRATION OF THE CONFIDENTIAL RELATIONS BY THE INVESTIGATOR OFFICER IN THE CRIMINAL PROCEEDING

У статті досліджується питання залучення слідчим особи до конфіденційного співробітництва під час кримінального провадження. Запропоновано алгоритм встановлення та процесуального оформлення конфіденційних відносин із особою. Досліджено практику використання органами досудового розслідування конфідентів під час проведення негласних (слідчих) розшукових дій.

**Ключові слова:** *конфідент, конфіденційне співробітництво, сприяння, слідчий, негласні розшукові дії, залучення слідчим до конфіденційного співробітництва.*

В статье исследуется вопрос привлечения следователем лица к конфиденциальному сотрудничеству в ходе уголовного производства. Предложен алгоритм установления и процессуального оформления конфиденциальных отношений с лицом. Исследовано практику использования органами досудебного расследования конфидентов при проведении негласных (следственных) розыскных действий.

**Ключевые слова:** *конфидент, конфиденциальное сотрудничество, содействие, следователь, негласные розыскные действия, привлечения следователем к конфиденциальному сотрудничеству.*

The article deals with the issue of involving the person by the investigator officer in confidential cooperation during the criminal proceeding. The algorithm of establishment and procedural (adjective) registration of confidential relations with a person is proposed. The practice of using the confidants by pre-trial investigation bodies during the conduction of private investigative actions is explored.

**Key words:** *confident, confidential cooperation, assistance, investigator officer, undercover investigative actions, involving the person by the investigator officer in confidential cooperation.*

**Вступ.** Прагнення побудувати дійсно демократичну та правову державу об'єктивно зумовлює необхідність реформування вітчизняного законодавства. Не став винятком і Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України), із набранням чинності якого у кримінальну процесуальну діяльність було введено ряд нових напрямків, серед яких чільне місце посідає інститут негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД). Регламентація такого механізму доказування міститься у главі 21 КПК України, що, як справедливо зазначає С.М. Мороз, є необхідним атрибутом вдосконалення діяльності слідчого в сучасних умовах, своєрідним розширенням його повноважень [1, с. 506].

У науковій літературі вже давно висловлюються думки, що діючий КПК України надає слідчим оперативно-розшукові функції, призводить до невиправданого їх змішування [2, с. 105], максимального зближення оперативно-розшукової діяльності та кримінального провадження [3, с. 221], фактично перетворює оперативно-розшукові заходи, що мали негласний характер, у негласні слідчі (розшукові) дії [4, с. 59].

Особливої уваги в даному контексті заслуговує раніше невідомий для вітчизняної кримінально-процесуальної системи інститут конфіденційного співробітництва, закріплений у ст. 275 КПК України.

Загалом, використання агентурних можливостей та агентурного апарату завжди було однією з основних форм отримання інформації правоохоронними органами під час здійснення оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД). До прийняття нового КПК України робота з негласним апаратом була закріплена у законодавстві на рівні Закону України «Про ОРД», Закону України «Про контррозвідвальну діяльність», Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та відомчих нормативно-правових актів. Однак на сьогодні використання конфідентів набуло явно вираженого процесуального характеру, що створює певну невизначеність у правовому просторі, а тому потребує додаткового дослідження.

Актуальність вибраної теми полягає у відсутності цілісного уявлення щодо застосування інституту конфіденційного співробітництва в рамках кримінального провадження. Серед наукової спільноти існують різні (у т.ч. протилежні) погляди на використання конфідентів під час досудового розслідування. Як справедливо зазначає Д.Б. Сергєєва, сучасна теорія ОРД та кримінального процесу не має єдиного підходу до розуміння сутності та змісту конфіденційного співробітництва з особами, залученими до виконання її завдань [5, с. 47]. Через це за понад п'ятирічний термін дії КПК України органи

досудового розслідування мають досить невелику практику використання конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД та по-різному здійснюють його процесуальне оформлення. Таким чином, неврегульованість процесуального порядку оформлення як самого конфіденційного співробітництва, так і отриманої внаслідок цього інформації призводить до труднощів використання слідчими вказаного інституту, що створює загрозу недопустимості окремих доказів, одержаних під час досудового розслідування.

**Стан дослідження.** Питання, пов'язані із дослідженням окремих проблем використання конфіденційного співробітництва під час досудового розслідування, були предметом вивчення таких вчених, як М.В. Лотоцький, В.В. Гончаров, М.М. Перепелиця, А.В. Шендрик, Н. Гольдберг, С.В. Єськов, Д.Б. Сергєєва, П.В. Горбенко, С.Р. Тагієв, Ю.І. Гекова, С.М. Мороз, О.О. Світлицький, В.Д. Берназ, М.А. Погорецький, В.М. Тертишник, М.В. Багрій, В.В. Луцик, В.Г. Уваров та ін. Однак проблемі процесуального оформлення та практиці застосування цього кримінально-процесуального інституту практично не приділялося уваги.

Саме тому метою даної роботи є окреслення повноважень слідчого щодо використання конфідентів та надання пропозицій щодо порядку залучення та процесуального оформлення осіб до негласного співробітництва під час досудового розслідування.

**Виклад основного матеріалу.** Перш за все, варто зазначити, що зміст та загальні засади конфіденційного співробітництва під час досудового розслідування окреслені законодавцем лише ст. 275 КПК України. Сама стаття складається із двох частин, а її основний зміст зводиться до такого положення: «Під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених цим Кодексом».

Поглиблений аналіз змісту вказаної норми дозволяє зробити декілька висновків. По-перше, це відносини, відомості про які не підлягають розголошенню. По-друге, суб'єктом, уповноваженим на використання конфідентів та залучення їх до проведення НСРД, є слідчий відповідного органу досудового розслідування. По-третє, законодавець виділяє дві форми взаємодії з конфідентами в рамках кримінального провадження:

1) використання інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД;

2) залучення конфідентів до проведення НСРД.

Водночас, нормою ст. 275 КПК України детально не регламентовано використання конфідентів як за окремими НСРД [1, с. 508], так і в цілому. Така правова невизначеність і відсутність чіткого алгоритму роботи слідчого із конфідентами в процесі досудового розслідування не може залишатися поза увагою і потребує додаткового дослідження.

На наш погляд, враховуючи специфіку негласних відносин, залучення особи до конфіденційного співробітництва повинне відбуватися на засадах добровільності. Якщо проводити аналогію з ОРД, то слушною є позиція С.Р. Тагієва та Ю.І. Гекової, які зазначають, що, згідно з положеннями п. 1, п. 6, п. 13 ч. 1 ст. 8 та ч. 2 ст. 11 Закону України «Про ОРД», на оперативних працівників покладається обов'язок дотримуватися умови добровільності у разі використання допомоги громадян [6, с. 361]. Окрім цього, на добровільність як засаду співробітництва із правоохоронними органами скерована і норма ч. 1 ст. 19 Конституції України, яка вказує, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Відтак, співпраця з правоохоронними органами є правом особи, а не її обов'язком. Іншими словами, для залучення особи до конфіденційного співробітництва для цілей досудового розслідування необхідна її згода.

Неоднозначною, на нашу думку, видається позиція щодо можливості надання такої згоди як в усній, так і в письмовій формі [5, с. 49]. На наше переконання, лише письмова форма буде чітким та безспірним фактом вираження волі особи на співпрацю із органами досудового розслідування. Вказана позиція знаходить своє підтвердження і в матеріалах практики. Так, у кримінальному провадженні № 4201410000000818 до конфіденційного співробітництва та проведення інших негласних слідчих дій була залучена потерпіла, котра надала письмову згоду [7]. В іншому випадку добровільна згода на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування та участь у негласних слідчих діях була надана у вигляді письмової заяви на ім'я слідчого [8].

Важливим моментом після отримання такої згоди є процесуальне закріплення відносин між слідчим та конфідентом для встановлення правового статусу останнього у кримінальному провадженні. Таке рішення повинно оформлюватися у вигляді відповідної постанови слідчого. Вказана позиція чітко впливає із ч. 3 ст. 110 КПК України, відповідно до якої рішення слідчого приймаються у вигляді постанови. Постанова виноситься у випадках, передбачених цим Кодексом, а також коли слідчий визнає це за необхідне. Таким чином, моментом залучення особи до конфіденційного співробітництва буде не момент надання згоди на таку співпрацю, а дата винесення постанови про залучення до конфіденційного співробітництва. Необхідність відповідної постанови підтверджується і практичними напрацюваннями. Наприклад, Слідчим управління ГУМВС України в Запорізькій області особу було залучено до конфіденційного співробітництва шляхом винесення постанови слідчого [9].

Окремим питанням, що заслуговує на увагу, є проблема визначення конкретного строку залучення особи до конфіденційного співробітництва у вказаній постанові. Адже, по суті, співпраця конфідента з органами досудового розслідування обмежується,

з одного боку, строками проведення НСРД, а з іншого – цілями та метою залучення до конфіденційного співробітництва. Так, в одному із кримінальних проваджень постановою слідчого в особливо важливих справах слідчого відділу прокуратури м. Києва було залучено до конфіденційного співробітництва та проведення інших негласних слідчих дій особу строком на 60 діб [10]. На наше переконання, оскільки визначення строку залучення до конфіденційного співробітництва прямо не регламентовано КПК України, слідчий не зобов'язаний зазначати у відповідній постанові конкретні часові рамки співпраці з конфідентом.

До того ж, для забезпечення усвідомлення особою змісту конфіденційних відносин, а саме обізнаності в своїх правомочностях, слідчому необхідно здійснювати роз'яснення особі-конфіденту її прав та обов'язків, хоча КПК України цього прямо не вимагає. Вказане положення також знаходить свій прояв і в Основному Законі нашої держави, а саме у ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. Таке роз'яснення видається за можливе оформлювати шляхом ознайомлення особи із протоколом попередження про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування, або шляхом вручення особі відповідної пам'ятки про процесуальні права та обов'язки.

М.В. Багрій та В.В. Луцик виділяють такі права осіб, залучених до співпраці: одержувати від працівників правоохоронних органів роз'яснення про свої завдання, права та обов'язки; знати правові наслідки своїх дій під час виконання завдань, у т. ч. передбачені кримінальним законодавством; знати обставини, що виключають злочинний характер діяння; відмовитися від виконання завдань, які, на їх думку, суперечать закону або можуть нести загрозу для їх здоров'я чи життя; укласти контракт про конфіденційну співпрацю, у т. ч. такий, що передбачає можливість включення періоду їх співпраці як основного роду занять до трудового стажу, що дає право на отримання пенсії; використовувати з метою конспірації документи, які зашифровують особу; одержувати винагороди та інші компенсації, у т. ч. обумовлені контрактом; одержувати у встановленому порядку кошти на відшкодування матеріальних витрат, понесених ними під час виконання завдань, а також компенсації за шкоду, спричинену їх здоров'ю або нанесену їх майну у зв'язку зі співпрацею; оскаржувати неправомірні дії правоохоронного органу або його працівника. Серед основних обов'язків конфідентів вказані науковці виділяють такі: виконувати (якщо вони не суперечать закону) завдання правоохоронного органу щодо сприяння протидії злочинам; дотримуватися умов контракту або співпраці у разі безконтрактної форми; не розголошувати інформацію, що стала їм відома у процесі співпраці [11, с. 119–120].

На наш погляд, незважаючи на спірність окремих виділених вище прав та обов'язків конфідентів (як-от право на укладення контракту, яке жодним

чином не передбачено КПК України тощо), вважаємо, що особі-конфіденту в обов'язковому порядку мають бути письмово роз'яснені положення ст. 222 КПК України, а також ст. 387 Кримінального кодексу України щодо недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування, а також гарантії, передбачені Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» для осіб, які сприяли виявленню, попередженню, припиненню або розкриттю кримінальних правопорушень.

Іншим важливим моментом під час залучення особи до конфіденційної співпраці зі слідчим є вирішення питання про забезпечення безпеки конфідента. Відповідно до п. 3.9 і п. 3.9.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16 листопада 2012 р., використання інформації, наданої конфідентом, повинно здійснюватися за умови гарантування його безпеки [12]. Заходи забезпечення таких гарантій для конфідента прямо визначені в Законі України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р., як особи, яка брала участь чи сприяла виявленню, попередженню, припиненню або розкриттю кримінальних правопорушень. Одним із таких заходів є винесення слідчим постанови про забезпечення конфіденційних відомостей про особу (зміну анкетних даних).

У подальших процесуальних документах щодо проведення НСРД (постанові прокурора про контроль за вчиненням злочину; постанові слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування про виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої злочинної групи; ухвалі слідчого судді; протоколах, складених за результатами проведення НСРД) особа-конфідент буде фігурувати під зміненими анкетними даними. За рішенням прокурора у передбаченому порядку гриф секретності зі вказаних документів щодо проведення НСРД може бути знято, що дасть можливість у судовому засіданні оцінити ці документи у сукупності та прийняти рішення про допустимість доказів, отриманих за результатами проведення НСРД (без розкриття справжніх відомостей про конфідента).

Вказані вище документи, складені з дотриманням вимог секретного діловодства, до матеріалів кримінального провадження не долучаються, зберігаються в опечатаному вигляді в окремій номенклатурній справі у відповідному приміщенні органу досудового розслідування. У разі необхідності дослідження у судовому засіданні законності винесення слідчим вказаних процесуальних документів (мотивування, строки залучення особи-конфідента, мета та поставлені їй завдання) до матеріалів кримінального провадження може бути доданий витяг із них, в якому будуть видалені відомості стосовно персональних даних особи-конфідента.

Цікавим видається також питання нагляду за додержанням законності прокурором під час



здійснення конфіденційного співробітництва, а саме необхідності повідомлення процесуального керівника про залучення до кримінального провадження особи-конфідента та обсяг інформації, яка повинна бути йому надана.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру», однією із функцій прокуратури є нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство. Згідно із п. 2 ч. 2 ст. 36 КПК України, прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування. Саме тому, на нашу думку, слідчий в обов'язковому порядку має повідомити прокурору про факт залучення особи до конфіденційного співробітництва, хоча строк такого повідомлення в КПК України не визначений. Для забезпечення безпеки конфідента та уникнення додаткового розголошення конфіденційної інформації про нього видається за можливе у повідомленні прокурора стосовно прийнятого слідчим процесуального рішення використовувати змінені анкетні дані про конфідента згідно із попередньою постановою про забезпечення конфіденційних відомостей про особу.

Чи не найбільш дискусійним та суперечливим із погляду законодавчої регламентації є питання щодо можливості ознайомлення слідчим особи-конфідента із процесуальними документами щодо проведення НСРД (протокол проміжного етапу контролю за вчиненням злочину, протокол вручення особі спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації тощо). Адже, відповідно до ст. 246 КПК України, НСРД є різновидом слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню. Дане положення знаходить своє відображення у п. 5.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, згідно з яким протокол про проведення НСРД, що містить відомості про факт та методи проведення НСРД, а також відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, розголошення яких створює загрозу національним інтересам та безпеці, підлягає засекречуванню [12]. Більше того, відповідно до п. 4.12.4 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, відомості про факт або методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії становлять державну таємницю зі ступенем секретності «таємно». Із викладеного випливає,

що для ознайомлення конфідента із відповідними протоколами НСРД він повинен мати відповідний допуск та доступ до державної таємниці, наданий у порядку, визначеному законодавством. Водночас, згідно зі ст. 22 Закону України «Про державну таємницю», допуск до державної таємниці надається дієздатним громадянам України віком від 18 років, які потребують його за умовами своєї службової ... діяльності, органами Служби безпеки України після проведення їх перевірки. До того ж, слід наголосити, що така процедура є довготривалою та багатоетапною, а тому ставить під сумнів своєчасність та ефективність проведення НСРД за участю конфідента, який не володіє відповідним допуском.

Із цього питання цікавою видається позиція, що, з метою обмеження доступу до інформації у кримінальному провадженні, доцільніше попереджати осіб про відповідальність за розголошення даних досудового слідства, аніж проводити громіздку процедуру оформлення допуску до державної таємниці учасників кримінального процесу [13, с. 58].

Однак, на наше переконання, наразі єдиною законодавчо регламентованою процедурою залучення конфідентів до проведення НСРД залишається оформлення їм допуску до державної таємниці.

Підсумовуючи викладене, можна виділити такі документи, необхідні для залучення особи до конфіденційних відносин за ст. 275 КПК України:

- письмова згода особи-конфідента;
- постанова слідчого про залучення до конфіденційного співробітництва;
- протокол попередження про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування та/або пам'ятка про процесуальні права та обов'язки конфідента;
- постанова слідчого про забезпечення конфіденційних відомостей про особу;
- повідомлення прокурора про факт залучення особи до конфіденційного співробітництва.

Потребує вирішення шляхом законодавчого врегулювання питання ознайомлення особи-конфідента, що не має відповідного допуску до державної таємниці, із рішенням суду про проведення НСРД, постановою прокурора про контроль за вчиненням злочину, протоколом проведення НСРД тощо.

Таким чином, можна стверджувати, що наразі правове регулювання залучення осіб до конфіденційного співробітництва в Україні знаходиться у зародковому (початковому) стані. Немає жодної усталеної практики з цього питання. Саме тому необхідним є комплексний підхід до законодавчого забезпечення усіх спірних питань конфіденційного співробітництва особи зі слідчим під час кримінального провадження, врахування досвіду провідних країн світу.



ЛІТЕРАТУРА:

1. Мороз С.М. Проблеми удосконалення правового регулювання використання слідчим конфіденційного співробітництва з іншими особами. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2015. № 1. С. 506–513.
2. Сергеева Д.Б. Проблемні аспекти законодавчого визначення відомостей щодо негласних слідчих (розшукових) дій, що не підлягають розголошенню. Вісник кримінального судочинства. № 1. 2015. С. 104–110.
3. Подобний О.О. Негласні форми розслідування в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному провадженні. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2014 р. Т. 14. С. 221–227.
4. Шилін М. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 1. С. 59–64.
5. Сергеева Д.Б. Негласне співробітництво в кримінальному процесі. Вісник кримінального судочинства. № 4. 2016. С. 47–54.
6. Тагієв, С.Р., Гекова Ю.І. Особливості використання інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва, під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Сучасні проблеми правового, економічного та соціального розвитку держави: тези доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 18 листопада 2016 р.). Харків, 2016. С. 360–363.
7. Вирок Дарницького районного суду міста Києва від 02 листопада 2016 р. Справа № 753/5310/15к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62448429>.
8. Вирок Оріхівського районного суду Запорізької області від 03 липня 2015 р. Справа № 323/2071/14к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46397045>.
9. Вирок Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області від 07 червня 2017 р. Справа № 320/5799/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66947769>.
10. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 27 липня 2017 р. Справа № 757/6579/15к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67964366>.
11. Баррій М.В., Луцик В.В. Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід: монографія. Харків: Право, 2017. 376 с.
12. Інструкція про організацію і проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. Наказ ГПУ, МВСУ, СБУ, Адміністрації ДПСУ, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>.
13. Бабіков О. Негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 3. С. 52–62.

**Соколов О. В.,**  
аспірант кафедри кримінального процесу  
та оперативно-розшукової діяльності  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ЗАЛУЧЕННЯ ОПЕРАТИВНИМ ПІДРОЗДІЛОМ ОСІБ ДО ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

## INVOLVEMENT BY THE OPERATIONAL UNIT PERSONS TO PERFORMING SECRET INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS

У статті здійснено аналіз процесуальних особливостей залучення слідчим, прокурором або співробітником оперативного підрозділу, який діє на підставі доручення, до проведення негласних слідчих (розшукових) дій інших осіб, а також обґрунтована доцільність теоретичної розробки зазначеного питання для подальшого використання у вітчизняній нормотворчій діяльності.

**Ключові слова:** кримінальний процес, негласні слідчі (розшукові) дії, залучення інших осіб.

В статье осуществлен анализ процессуальных особенностей привлечения следователем, прокурором или сотрудником оперативного подразделения, который действует на основании поручения, к проведению негласных следственных (розыскных) действий других лиц, а также обоснована целесообразность теоретической разработки указанного вопроса для дальнейшего использования в отечественной нормотворческой деятельности.

**Ключевые слова:** кримінальний процес, негласные следственные (розыскные) действия, привлечение других лиц.

The article presents analysis the procedural features of by the investigator, the prosecutor or the operative officer, who acts on the basis of the instructions, to perform secret investigative (search) actions of other persons, also practicability of the theoretical study of this issue, was substantiated for the further use in the national regulatory development activity.

**Key words:** Criminal Procedure, secret investigative (search) actions, involving other persons.

Із впровадженням у вітчизняній кримінальній процес інституту негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) законодавець фактично закріпив нові процесуальні засоби доказування, які за своєю правовою природою майже збігаються з передбаченими раніше чинним законодавством оперативно-розшуковими заходами. Відповідно до наданого нормотворцем визначення НС(Р)Д, вони є різновидом слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) (ч. 1 ст. 246 КПК). З цього приводу слушною є наукова позиція В.А. Колесника, який зазначає, що негласність слідчих (розшукових) дій означає особливий порядок їх підготовки, проведення та зберігання і використання отриманих результатів у режимі прихованості до певного часу від інших осіб, які не причетні до їх проведення. Утаємничені такі відомості мають бути не лише від осіб, стосовно яких проводяться ці негласні дії, а й від будь-яких інших осіб, зокрема працівників органів досудового розслідування, оперативних підрозділів, посадових осіб правоохоронних та інших органів, пересічних громадян тощо, які не задіяні у підготовці й проведенні конкретних негласних слідчих (розшукових) дій, навіть якщо вони беруть участь в інших заходах зі здійснення досудового розслідування у конкретному кримінальному провадженні. Саме негласність виступає тим чинником, який істотно впливає на визначення видів НС(Р)Д, отримання відповідних дозволів та встановлення

порядку їх проведення, визначення основних виконавців і кола учасників, обрання способу фіксування перебігу й результатів проведення [1, с. 130].

З метою забезпечення таємниці проведення зазначених кримінальних процесуальних дій, автори «Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затвердженої Наказом ГПУ, МВСУ, СБУ, Адміністрації ДПСУ, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі – Інструкція) передбачили засекречування матеріалів НС(Р)Д шляхом надання на підставі Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, відповідному документу грифа секретності.

Слід відзначити, що проблематика проведення НС(Р)Д є предметом наукових праць М.В. Багрія, О.А. Банчука, О.В. Бауліна, А.Ф. Волобуєва, Ю.М. Грошевого, О.Ф. Долженкова, А.Я. Дубинського, В.С. Зеленецького, Л.М. Карнеєвої, В.А. Колесника, В.П. Корж, М.П. Климчука, О.М. Ларіна, Л.М. Лобойка, М.А. Погорецького, Б.Г. Розовського, Д.Б. Сергєєвої, Є.Д. Скулиша, В.М. Тертишника, В.Ю. Шепітька, М.Є. Шумили та інших учених. Водночас, поза увагою наукових досліджень залишилися питання щодо наявності в КПК положень, які неоднозначно застосовуються на практиці і регулюють повноваження суб'єктів сторони обвинувачення щодо залучення осіб до проведення НС(Р)Д працівниками уповноваженого оперативного підрозділу у процесі виконання доручення

слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д. Крім того, дискусійним є питання щодо можливості і законності залучення інших осіб (заявника, потерпілого, спеціаліста, перекладача, понятих та ін.) до проведення НС(Р)Д, оскільки це може бути пов'язано із порушенням законодавства про державну таємницю. Вказане обумовлює актуальність наукового аналізу зазначеного питання, який, на нашу думку, дозволить створити теоретичне підґрунтя для подальшого дослідження технології проведення НС(Р)Д і вдосконалення вітчизняного кримінального процесуального законодавства у цій сфері.

Так, відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК, за рішенням слідчого чи прокурора до проведення НС(Р)Д можуть залучатися також інші особи. На думку В.О. Глушкова та Є.Д. Скулиша, до цієї категорії осіб можна віднести спеціалістів у певних галузях знань, перекладачів, а також осіб, які конфіденційно співпрацюють із уповноваженими законодавством органами [2, с. 632]. В.А. Колесник наводить більш широке коло суб'єктів, які можуть залучатися до проведення НС(Р)Д, а саме: працівники оперативних чи оперативно-технічних підрозділів правоохоронних органів, спеціалісти, перекладачі, окремі громадяни, особи, які співпрацюють із оперативними підрозділами на конфіденційній основі, тощо. Такі особи надають допомогу в проведенні НС(Р)Д, забезпечують умови для її проведення, своїми знаннями сприяють ефективності досягнення її мети. Участі в проведенні таких дій незацікавлених осіб як понятих не передбачено. Заборонено залучати до проведення НС(Р)Д медичних працівників, священнослужителів, адвокатів, якщо особа, стосовно якої здійснюються зазначені дії, є їх пацієнтом, прихожанином чи клієнтом [1, с. 132]. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 275 КПК, заборонено залучати до конфіденційного співробітництва нотаріусів та журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру. На наш погляд, наукова позиція В.А. Колесника є слушною, проте потребує доповнення.

Так, у практиці правоохоронних органів України досить поширеним явищем є залучення до проведення НС(Р)Д (окрім вищенаведених осіб) заявника, потерпілого, понятих, а також законного представника, педагога, психолога або лікаря у разі проведення НС(Р)Д за участю малолітньої або неповнолітньої особи.

Крім того, вважаємо за необхідне звернути увагу на існування двох протилежних позицій щодо можливості залучення співробітником уповноваженого оперативного підрозділу до проведення НС(Р)Д інших осіб, якщо він виконує відповідне доручення слідчого або прокурора. Одні дослідники цієї проблематики вважають, що співробітник оперативного підрозділу має право залучати інших осіб до проведення НС(Р)Д. Свою позицію вони мотивують тим, що, згідно із ч. 2 ст. 41 КПК, під час виконання доручення слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого, а п. 3.8 Інструкції передбачає, що

уповноважений оперативний підрозділ для виконання доручення слідчого, прокурора з урахуванням необхідності забезпечення умов для проведення НС(Р)Д залучає на підставі свого завдання відповідні оперативні та оперативно-технічні підрозділи. Подібної позиції дотримується С.С. Терещук, який, погоджуючись із вимогами п. 3.9 Інструкції, вважає, що під час проведення НС(Р)Д слідчий або уповноважений оперативний підрозділ, який виконує доручення, має право використовувати оперативну інформацію, а також ту, яка отримана внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення НС(Р)Д у випадках, передбачених положеннями чинного КПК України [3, с. 226]. Зазначений підхід має право на існування, однак, наукова позиція щодо відсутності у співробітника оперативного підрозділу процесуальних повноважень із залучення осіб до проведення НС(Р)Д є більш обґрунтованою.

На підтвердження цієї тези наведемо такі аргументи. По-перше, ч. 6 ст. 246 КПК передбачає виключне право слідчого або прокурора, а у разі застосування ч. 1 ст. 275 КПК (використання конфіденційного співробітництва) – лише слідчого, на залучення особи до проведення НС(Р)Д. По-друге, рішення слідчого або прокурора із зазначеного питання є процесуальним і, відповідно до ст. 110 КПК, повинне прийматися у формі постанови. Тому вважаємо, що співробітник оперативного підрозділу, який виконує доручення щодо проведення НС(Р)Д, не має відповідних процесуальних повноважень щодо прийняття рішення про залучення до негласних заходів інших осіб і повинен діяти виключно в межах наданого доручення (ст. 41 КПК), в якому слідчий, прокурор передбачають можливість здійснення відповідних суб'єктів.

З урахуванням викладеного, ми вважаємо необхідним приведення положень вищевказаної Інструкції у відповідність до норм КПК, які регулюють процедуру залучення інших осіб до проведення НС(Р)Д, оскільки зібрані в такий спосіб докази надалі можуть бути визнані судом недопустимими через порушення кримінальної процедури.

Також на практиці виникають випадки, коли слідчий або прокурор, надаючи доручення оперативному підрозділу на проведення НС(Р)Д, можуть не володіти інформацією про необхідність залучення іншої особи до реалізації вказаної категорії слідчих дій. Як приклад, слід навести ситуацію, коли прокурор у рамках розслідування кримінального провадження за ст. 113 КК України (диверсія) приймає рішення про проведення контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту з використанням несправжнього (імітаційного) засобу – вибухового пристрою – і доручає його проведення оперативному підрозділу. З метою створення «якісного» несправжнього (імітаційного) засобу, який має відповідати характеристикам справжнього вибухового пристрою, у виконавця доручення виникає необхідність залучення спеціаліста-вибухотехніка. Уповноважений оперативний підрозділ, відповідно

до п. 3.10. Інструкції, зобов'язаний повідомити прокурора про виявлені обставини, які мають значення для кримінального провадження або вимагають нових процесуальних рішень, а прокурор – прийняти відповідне процесуальне рішення у формі постанови та надати відповідне доручення про залучення до проведення НС(Р)Д іншої особи.

Крім того, існує ще одна дискусійна проблема, яка обговорюється науковцями та практичними працівниками і потребує врегулювання. Вона полягає у відсутності допуску до державної таємниці учасників НС(Р)Д, які не є працівниками відповідних правоохоронних органів і беруть участь у проведенні НС(Р)Д.

Так, у ст. 246 КПК законодавець акцентує увагу на тому, що не підлягають розголошенню відомості про факт та методи проведення НС(Р)Д. Згідно із п. 1.6 Інструкції, методи проведення НС(Р)Д – це сукупність організаційних, практичних прийомів, у т. ч. із застосуванням технічних засобів, які дозволяють у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, отримати інформацію про злочин або особу, яка його вчинила, без її відома. На наш погляд, важливим елементом конструювання статті 246 КПК є використання унормовувачами кодексу з'єднувального сполучника «та» між словами факт і методи. Зазначене може свідчити, що утаємниченню підлягають саме сукупні дані про проведення НС(Р)Д. Згідно із п. 5.1 Інструкції, постанова слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д, клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д, ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д та додатки до нього, протокол про проведення НС(Р)Д, які містять відомості про факт та методи проведення НС(Р)Д, а також відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, розголошення яких створює загрозу національним інтересам та безпеці, підлягають засекречуванню. Згідно з формальним підходом, ознайомлюватися зі вказаними таємними документами мають право лише особи, які отримали допуск і доступ до державної таємниці (ст. 22, 27 Закону України «Про державну таємницю»). На практиці процедура одержання допуску передбачає проведення доволі тривалих організаційних і перевірочних заходів, у зв'язку із чим отримання допуску до державної таємниці особам, які залучаються до проведення НС(Р)Д, нівелює суть таємних слідчих дій, оскільки досить часто ефективність напряду залежить від строків їх отримання і проведення, особливо у розслідуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупційними злочинами. В.А. Колесник вважає, що спеціалісти й інші особи, які беруть участь у проведенні НС(Р)Д або у дослідженні матеріалів про результати її проведення і, таким чином, отримують доступ до державної таємниці, повинні мати відповідну форму допуску до державної таємниці [1, с. 130]. Не заперечуючи раціональність позиції вказаного автора, слід звернути увагу на її спрощений характер, реалізація якої в практичній площині призведе до блокування

НС(Р)Д, оскільки кількість випадків, у яких необхідне проведення зазначених процесуальних дій із залученням відповідних осіб, значно перевищує кількість суб'єктів, які мають допуск до державної таємниці. Крім того, якщо керуватися логікою вчених, які дотримуються вищевказаного підходу, то в діях слідчого, прокурора або співробітника оперативного підрозділу, що діє на підставі відповідного доручення, у разі залучення до проведення НС(Р)Д осіб без відповідного допуску до державної таємниці вбачаються окремі ознаки складу злочину, передбаченого ст. 328 КК України (розголошення державної таємниці). Хибність вказаної позиції досить яскраво ілюструють випадки залучення до проведення НС(Р)Д заявника або потерпілого. Вказані особи, повідомляючи про тяжкий або особливо тяжкий злочин та погоджуючись взяти участь у проведенні НС(Р)Д, фактично отримують дані від правоохоронців про факт проведення таємної слідчої дії і її окремі методи. Надання допуску до державної таємниці подібним учасникам НС(Р)Д, на наш погляд, є не виправданим. Розуміючи вказані нормативні колізії, практичні працівники, у разі виникнення необхідності залучення до проведення НС(Р)Д особи, яка не має допуску до державної таємниці, складають протокол про проведення негласної слідчої дії, включаючи в нього окремі додатки, з якими мають ознайомитися залучені особи (наприклад, протокол виготовлення несправжнього імітаційного засобу або протокол огляду та помітки заздалегідь ідентифікованих засобів), без зазначення у вказаних додатках відомостей, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, а також не відображають методи, які використовуються під час проведення НС(Р)Д. На нашу думку, подібний алгоритм дій не порушує вимоги кримінального процесуального законодавства та законодавства у сфері державної таємниці. Слід відзначити, що не вносить ясності у врегулювання вказаного питання той факт, що в Інструкції передбачено, що засекреченню підлягають лише ті відомості про проведення НС(Р)Д, розголошення яких створює загрозу національним інтересам та безпеці. Визначення термінів «національна безпека» та «національні інтереси» наводиться в Законі України «Про основи національної безпеки України». Їх зміст має загальний характер. Тому в правозастосовній практиці досить складно визначити, розголошення якої саме інформації про проведення НС(Р)Д може створити загрозу національним інтересам та безпеці.

З урахуванням викладеного, видається за доцільне внести доповнення до КПК, які передбачатимуть створення спрощеного механізму допуску і доступу особи, залученої до проведення НС(Р)Д, до їх матеріалів, які містять державну таємницю. Це є можливим на підставі відповідного процесуального рішення слідчого, прокурора з обов'язковим роз'ясненням особі її прав і обов'язків, а також попередження про кримінальну відповідальність за розголошення матеріалів досудового розслідування.



Також потребує корегування Закон України «Про державну таємницю», положення якого слід доповнити нормою, що передбачатиме право слідчого або прокурора надавати допуск і доступ до матеріалів НС(Р)Д особам, які залучаються до його проведення і не отримали допуску до державної таємниці за загальною процедурою.

Наведене підтверджує важливе значення питання, яке має бути вирішено слідчим, прокурором перед проведенням НС(Р)Д і яке стосується визначення кола суб'єктів, які будуть до неї залучені. Виходячи із заявленої в темі проблематики, пропонуємо окреслити коло осіб, які можуть брати участь у реалізації НС(Р)Д, визначити мету та правові підстави їх залучення, а також права і обов'язки.

Відповідно до ст. 60 КПК, заявником є фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про кримінальне правопорушення до органу державної влади, уповноваженого розпочати досудове розслідування, і не є потерпілим. Заявник має право: 1) отримати від органу, до якого він подав заяву, документ, що підтверджує її прийняття і реєстрацію; 2) подавати на підтвердження своєї заяви речі і документи; 3) отримати інформацію про закінчення досудового розслідування.

Слід зазначити, що у разі необхідності залучення заявника або потерпілого до проведення НС(Р)Д і наявності його добровільної згоди, на наш погляд, слідчий на підставі ст. 275 КПК має встановлювати з ним конфіденційне співробітництво шляхом винесення відповідної постанови. Визначення терміну «конфіденційне співробітництво» наводять В.О. Глушков та Є.Д. Скулиш. На їх думку, конфіденційне співробітництво – це негласні відносини, що встановлюються уповноваженими органами з повнолітньою дієздатною особою (громадянином України, іноземцем або особою без громадянства) і на засадах добровільності та конспіративності використовуються для вирішення завдань кримінального провадження [2, с. 694]. Подібне визначення видається досить прийнятним, за винятком того, що до проведення НС(Р)Д можуть залучатися лише повнолітні особи. На практиці трапляються випадки, коли до проведення таємних слідчих дій необхідно залучати неповнолітніх. Наприклад, якщо неповнолітній належить до злочинного угруповання, яке спеціалізується на крадіжках і яким планується вчинення вбивства з корисливих мотивів. У цьому разі проведення за його участі НС(Р)Д дозволить попередити вчинення особливо тяжкого злочину і зібрати докази щодо суб'єктивної сторони злочину інших учасників групи. Вказане питання не врегульовано 21 главою КПК, а тому потребує більш детального наукового дослідження. Ст. 227 КПК передбачає, що у разі участі малолітньої або неповнолітньої особи у проведенні слідчих (розшукових) дій забезпечується участь законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря. У виняткових випадках, коли участь законного представника може завдати шкоди інтересам малолітнього або неповно-

літнього свідка, потерпілого, слідчий, прокурор за клопотанням малолітнього або неповнолітнього чи з власної ініціативи має право обмежити участь законного представника у виконанні окремих слідчих (розшукових) дій або усунути його від участі у кримінальному провадженні та залучити замість нього іншого законного представника. Зважаючи на викладене і беручи до уваги те, що негласні слідчі (розшукові) дії є різновидом слідчих (розшукових) дій, нам видається можливим застосування вимог вищевказаної норми під час проведення НС(Р)Д, за умови забезпечення неухильного дотримання прав і свобод неповнолітнього та відповідних заходів безпеки під час участі в таємній слідчій дії. Що стосується законного представника, педагога, психолога або лікаря, то слідчий, прокурор у конкретному випадку мають визначати, наскільки виправданим є їх залучення до проведення НС(Р)Д. Однак, ми дотримуємося позиції, що, хоч основним завданням законного представника, педагога, психолога або лікаря під час участі у слідчих діях є забезпечення прав і свобод неповнолітнього, вони в подібних випадках своїми діями надають сприяння і допомогу у проведенні НС(Р)Д, а тому з ними може бути встановлено конфіденційне співробітництво.

Ще однією категорією осіб, що, на наш погляд, можуть бути залучені до проведення НС(Р)Д, є поняті, які мають процесуальний статус свідків.

На сучасному етапі питання дієвості інституту поняті є гостро дискусійним. Позиції науковців можна поділити на дві групи: 1) інститут поняті вичерпав своє значення, а тому від нього слід відмовитися; 2) інститут поняті відіграє важливе значення в механізмі забезпечення достовірності зібраних доказів, проте потребує реформування. Аналіз теоретичних джерел дає змогу визначити такі аргументи опонентів інституту поняті:

- 1) незацікавленість громадян в участі у здійсненні правосуддя;
- 2) складність процедури залучення поняті до процесуальних дій;
- 3) формальний підхід до вибору поняті;
- 4) неможливість забезпечити участь поняті у виняткових випадках;
- 5) розвиток науково-технічного прогресу, що дозволяє застосовувати альтернативні засоби фіксації достовірності отримання доказів;
- 6) фактично встановлюється презумпція недовіри до правоохоронних органів, що має наслідком підрив авторитету держави;
- 7) можливість залучення до проведення слідчих дій інших учасників кримінального провадження (захисника, потерпілого, спеціаліста тощо);
- 8) наявність системи прокурорського та судового контролю за досудовим розслідуванням;
- 9) відсутність інституту поняті або його аналогу в країнах англосаксонської правової системи та його обмежене застосування у провідних країнах континентальної правової системи;
- 10) наявність стадійності процесу, що дає змогу перевіряти достовірність доказів тощо.

Представники протилежної позиції обґрунтовують необхідність залишення інституту понятих в кримінальному процесі таким чином:

- 1) поняті забезпечують процесуальні гарантії прав особи у кримінальному судочинстві;
- 2) виключається можливість фальсифікацій із боку працівників правоохоронних органів;
- 3) їх наявність має важливе дисциплінуюче значення для слідчого та прокурора;
- 4) підвищується надійність достовірності отриманих доказів;
- 5) забезпечується участь народу у здійсненні правосуддя;
- 6) гарантується дотримання правильності фіксації факту, змісту та результатів процесуальних дій;
- 7) такий інститут є характерним для вітчизняної системи права;
- 8) тривала апробація часом залучення понятих у процес;
- 9) у процесі судового розгляду понятій може стати свідком однієї зі сторін кримінального провадження тощо [4].

З приводу участі понятих у проведенні НС(Р)Д, наша позиція полягає у доцільності їх залучення до проведення контролю за вчиненням злочину, а саме до процедури виготовлення, огляду, помітки і вручення несправжніх (імітаційних) або заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів завданню, потерпілому або особі, яка конфіденційно співпрацює з органом досудового розслідування. Хоча подібна норма прямо не передбачена чинним КПК, у ч. 7 ст. 223 КПК зазначено, що поняті, окрім передбачених Кодексом слідчих (розшукових) дій, можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатимуть це за доцільне. Наша позиція обумовлюється тим, що в сучасних умовах спостерігається значна недовіра суспільства і окремих представників судової гілки влади до органів досудового розслідування, що і обґрунтовує потребу залучення до проведення НС(Р)Д сторонніх незацікавлених осіб – понятих, які надалі можуть бути допитані у процесі судового провадження в якості свідків. Своєю участю у контролі за вчиненням злочину вони мають засвідчити, що конкретні засоби були виготовлені, оглянуті, помічені слідчим або співробітником оперативного підрозділу та вручені певній особі. З урахуванням вимог законодавства про державну таємницю, перед понятими не повинна розкриватися інформація щодо часу і місця проведення НС(Р)Д, установчих даних особи, щодо якої вони здійснюються, а також методи, які застосовуються під час таємних слідчих дій. Зважаючи на викладене, вважаємо, що ст. 273 КПК доцільно доповнити нормою, яка передбачатиме залучення понятих до процесу створення засобів, які використовуються під час проведення НС(Р)Д.

Крім того, правозастосовна практика свідчить, що суб'єктом, який залучається до проведення НС(Р)Д, може бути спеціаліст. Згідно із ч. 1 ст. 71 КПК, спеціалістом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками

застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Можливість залучення спеціаліста безпосередньо до проведення НС(Р)Д передбачено лише ст. 262 КПК під час огляду і виїмки кореспонденції. В інших випадках (ст. 266 КПК та п. 4.12, 4.13 Інструкції) передбачається, що спеціалісти можуть залучатися з метою дослідження матеріалів за результатами проведення НС(Р)Д і з цього приводу надавати відповідні консультації слідчому, прокурору. На наш погляд, нормотворець значно «звужив» сферу застосування можливостей спеціаліста в процесі реалізації НС(Р)Д. Видається, що у процесі виконання доручення слідчого про проведення НС(Р)Д співробітник оперативного підрозділу повинен бути спеціалістом в сфері застосування форм і методів таємних слідчих дій і не обов'язково має володіти вичерпними знаннями в певних галузях, які необхідні для вирішення завдань кримінального провадження і потребують залучення відповідних спеціалістів. Досить слушною вбачається думка В.А. Литвинова та А.С. Малахова, які звертають увагу на те, що в діючому законодавстві не міститься прямого і повного визначення, що слід розуміти під спеціальними знаннями, тоді як правильне усвідомлення зазначеного питання в теорії кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності визначає і критерії залучення спеціаліста на практиці. Їх наукова позиція полягає у тому, що спеціаліст в сфері оперативно-розшукової діяльності – це незацікавлена в результатах проведення оперативно-розшукових заходів повнолітня особа, яка має спеціальні знання в науці, техніці, мистецтві або ремеслі [5, с. 160]. Це твердження є слушним у контексті досліджуваного питання і свідчить про актуальність залучення спеціаліста до проведення НС(Р)Д. Вище зазначалася доцільність участі спеціаліста у процесі виготовлення несправжніх (імітаційних) засобів під час контролю за вчиненням злочину. У правозастосовній практиці також виникають інші випадки, які потребують задіяння спеціаліста у проведенні НС(Р)Д. Так, під час негласного отримання зразків, необхідного для порівняльного дослідження, на наш погляд, виправданим є залучення спеціаліста, який забезпечить належний відбір зразків, результати дослідження яких не ставитимуть під сумнів через порушення процедури їх отримання і збереження. Також спеціаліст може залучатися під час обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК) з метою виявлення і фіксації слідів злочину, дослідження речей і документів, виготовлення їх копій і зразків, а також виявлення та вилучення зразків для дослідження. Слід зазначити, що наведені приклади не вичерпують ситуації, в яких участь спеціаліста є необхідною. Нормативне закріплення переліку негласних слідчих (розшукових) дій, у яких може брати участь спеціаліст, сприятиме ефективності досудового розслідування.

Також у практичній роботі виникають випадки, коли до проведення НС(Р)Д необхідно залучити перекладача. Відповідно до ч. 1 ст. 68 КПК,

у кримінальному провадженні, за необхідності перекладу пояснень, показань або документів сторони кримінального провадження, слідчий суддя чи суд залучають відповідного перекладача (сурдоперекладача). У чинному КПК відсутні норми, які передбачають участь перекладача у проведенні НС(Р)Д, хоча його участь необхідна для здійснення таємних слідчих дій, коли об'єктом зацікавленості органу досудового розслідування є громадянин України, іноземний громадянин або особа без громадянства, які під час планування і вчинення злочину спілкуються та переписуються іноземною мовою, а також обмінюються відповідними документами. Подібні випадки є характерними для кримінальних проваджень щодо шпигунства, міжнародного тероризму, незаконного переправлення осіб через державний кордон України, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом тощо. З метою якісного проведення НС(Р)Д щодо вказаної категорії осіб необхідно розуміти зміст розмов фігурантів провадження, що потребує з боку слідчого, оперативного співробітника або співробітника оперативно-технічного підрозділу високих знань іноземної мови. Значні труднощі в процесі проведення НС(Р)Д виникають під час перекладу з азійських та східних мов через нестачу дипломованих спеціалістів (більшість яких працює не у правоохоронних органах, а у спеціалізованих навчальних закладах). Через це документування протиправної діяльності іноземців є надто ускладненим. Основною причиною, як зазначалося, є відсутність допуску до державної таємниці у перекладача, що унеможливує його ознайомлення з матеріалами НС(Р)Д, через що втрачаються відповідні докази. На наш погляд, вирішенню вказаної проблеми сприятиме розробка і впровадження до чинного КПК норм, що передбачають механізм тимчасового допуску особи до матеріалів НС(Р)Д, який вище було запропоновано у розгляді питання щодо залучення спеціаліста.

Крім того, згідно із п. 3.8. Інструкції, уповноважений оперативний підрозділ для виконання доручення слідчого, прокурора, з урахуванням необхідності забезпечення умов для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, залучає на підставі свого завдання відповідні оперативні та оперативно-технічні підрозділи. Зазначене право є різновидом залучення особи до проведення НС(Р)Д і може реалізуватися лише у випадку, коли задіяння працівників зазначених підрозділів передбачено відповідною постановою слідчого, прокурора і відображено у дорученні. Вказане слід враховувати під час проведення НС(Р)Д із залученням «допоміжних» підрозділів, оскільки у разі відсутності відповідних процесуальних рішень одержані докази можуть бути визнані судом недопустимими як такі, що здобуті з порушенням передбаченого законом порядку.

Також ст. 262 КПК передбачає, що огляд затриманої кореспонденції проводиться в установі зв'язку, якій доручено здійснювати контроль і затримувати кореспонденцію за участю представника цієї установи. Нині у КПК відсутні норми, які регулюють

питання надання доручення установі зв'язку і визначення процесуальних підстав залучення співробітника вказаного закладу до проведення НС(Р)Д. Значно ускладнює проведення таємних слідчих дій відсутність у вказаних установах режимно-секретних підрозділів, через які здійснюється таємний документообіг, та відсутність у їх працівників відповідного допуску до державної таємниці. У такому разі процедура надання доручення установі зв'язку на проведення НС(Р)Д підлягає законодавчому врегулюванню. З приводу залучення до проведення НС(Р)Д відповідних співробітників вважаємо, що у вказаних випадках доцільно на підставі відповідної постанови слідчого встановлювати конфіденційне співробітництво із вказаною категорією осіб, оскільки вони своїми діями створюють умови або сприяють проведенню таємної слідчої дії. Крім того, завдяки аналізу положення ст. 261 КПК, стає зрозумілим, що арешт накладається на поштово-телеграфну кореспонденцію, до якої належать листи усіх видів, бандеролі, посилки, поштові контейнери, перекази, телеграми, інші матеріальні носії передавання інформації між особами. В Україні, відповідно до діючих ліцензій, операторами поштового зв'язку є УДППЗ «Укрпошта», ТОВ «Нова пошта Інтернешнл» та ТОВ «DHL». Вказані суб'єкти господарської діяльності є юридичними особами, які здійснюють поштові відправлення. Також у нашій державі набуває розвитку комерційна діяльність т. зв. «служб доставки» та «експрес-служб», які юридично не є поштовими операторами, але виступають транспортними компаніями, які доставляють вантажі. З урахуванням викладеного, проведення НС(Р)Д з арешту, огляду і виїмки кореспонденції є неможливим на вказаному каналі та потребує відповідного законодавчого врегулювання шляхом внесення змін до ст. 261, 262 КПК. Слід відзначити, що на практиці працівники закладів зв'язку не лише залучаються до проведення вищезазначеного НС(Р)Д, а й беруть участь у контролі за вчиненням злочину у формі контрольованої поставки. Вказане ще раз доводить обґрунтованість залучення зазначеної категорії осіб до конфіденційного співробітництва з органом досудового розслідування під час проведення НС(Р)Д.

Крім того, важливим аспектом залучення осіб до проведення НС(Р)Д є наявність у чинному законодавстві норм, які гарантують збереження у таємниці факту їх проведення та методів, які використовують правоохоронні органи у процесі їх здійснення.

Так, ст. 222 КПК передбачає, що відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, який вони визнають можливим. У необхідних випадках слідчий, прокурор попереджає осіб, яким стали відомі відомості досудового розслідування, у зв'язку з участю в ньому, про їх обов'язок не розголошувати такі відомості без його дозволу. Незаконне розголошення відомостей досудового розслідування тягне за собою кримінальну відповідальність, встановлену законом. Оскільки особи, які залучаються до проведення НС(Р)Д, переважно мають процесуальний



статус свідків, вони, відповідно до ст. 66 КПК, зобов'язані не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі свідку у зв'язку з виконанням його обов'язків. Особа, яку залучають до проведення процесуальних дій під час досудового розслідування як понятого або яка стала очевидцем таких дій, зобов'язана на вимогу слідчого, прокурора не розголошувати відомості щодо проведеної процесуальної дії. Відповідно до ч. 3 ст. 223 КПК, перед проведенням слідчої (розшукової) дії особам, які беруть у ній участь, роз'яснюються їх права і обов'язки, передбачені цим Кодексом, а також відповідальність, встановлена законом. На перший погляд, вказані норми мають забезпечити нерозголошення відомостей щодо проведення НС(Р)Д. Вони встановлюють обов'язок особи, яка залучена до таємної слідчої дії, не розголошувати без письмового дозволу слідчого, прокурора або особи, яка провадила оперативно-розшукову діяльність, інформацію, що стала їй відома під час участі у процесуальних діях. Однак передбачена ст. 387 КК України (розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування) кримінальна відповідальність є досить м'якою, оскільки передбачає покарання у вигляді штрафу від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправних робіт на строк до двох років. Притягнути залучену особу за розголошення матеріалів НС(Р)Д за ст. 328 КК України не виявляється можливим із двох причин. По-перше, диспозиція вказаної статті передбачає, що суб'єктом вказаного злочину може бути лише особа, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків. По-друге,

вказані залучені особи не мають допуску до державної таємниці. На наш погляд, відповідальність за розголошення матеріалів НС(Р)Д має бути більш суворою, ніж це передбачено ст. 387 КК України, оскільки «витік» подібної інформації може не лише зашкодити результатам проведення таємної слідчої дії, а й створити реальну загрозу життю осіб, які в ній беруть участь. Тому вважаємо доцільним внести відповідні зміни до КК України, передбачивши кримінальну відповідальність за розголошення саме матеріалів НС(Р)Д і віднести вказаний злочин до категорії тяжких.

З урахуванням викладеного, можемо дійти висновку, що юридичні конструкції чинного КПК, які регулюють повноваження суб'єктів сторони обвинувачення щодо залучення осіб до проведення НС(Р)Д, не дозволяють однозначно вирішити це питання. Актуальним воно є і для працівників уповноваженого оперативного підрозділу у процесі виконання відповідного доручення слідчого, прокурора. Крім того, виявлені колізії КПК та положень Інструкції, що регламентує проведення НС(Р)Д. Аналіз правозастосовної практики свідчить про наявність різних підходів представників правоохоронних органів до визначення процедури залучення інших осіб до проведення НС(Р)Д. Проблемним аспектом цього питання є також процедура допуску інших учасників таємної слідчої дії до проведення НС(Р)Д і її матеріалів. Вказане обумовлює актуальність наукового аналізу заявленої проблематики, який, на нашу думку, дозволить створити теоретичне підґрунтя для подальшого дослідження технології проведення НС(Р)Д і вдосконалення вітчизняного кримінального процесуального законодавства та підзаконних нормативно-правових актів у вказаному напрямі.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Колесник В.А. Суб'єкти здійснення та класифікація негласних слідчих (розшукових) дій. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. К.: НАВС. 2013. № 1. С. 129–134.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бордуль та ін. / за заг. ред. В.Я. Тація. Харків: Право, 2012.
3. Терещук С.С. Учасники проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Науковий фаховий журнал «Право і суспільство». 2016. № 4. С. 224–230.
4. Маленко О.В. Інститут понятих в кримінальному процесі України. – URL: [http://protokol.com.ua/ua/institut\\_ponyatih\\_u\\_kriminalnomu\\_protseji\\_ukraini/](http://protokol.com.ua/ua/institut_ponyatih_u_kriminalnomu_protseji_ukraini/).
5. Литвинов В.А., Малахов А.С. Участие специалистов при проведении оперативно-розыскных мероприятий органами внутренних дел. Вестник КРСУ. 2015. Т. 15. № 12. С. 158–161.



Сулейманова С. Р.,  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри цивільного процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯМИ І ДІЯМИ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА ТА ПРОКУРАТУРИ

### PECULIARITIES OF COMPENSATION FOR HARM CAUSED BY UNLAWFUL DECISIONS AND ACTIONS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION BODIES AND PROSECUTORS

Стаття присвячена дослідженню особливостей відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями і діями органів досудового слідства та прокуратури з наведенням прикладів із судової практики.

**Ключові слова:** відшкодування шкоди, завдання шкоди незаконними рішеннями і діями органів досудового слідства та прокуратури, судова практика.

Стаття посвящена исследованию особенностей возмещения вреда, причиненного незаконными решениями и действиями органов досудебного следствия и прокуратуры, приведены примеры из судебной практики.

**Ключевые слова:** возмещение вреда, причинение ущерба незаконными решениями и действиями органов досудебного следствия и прокуратуры, судебная практика.

The article is devoted to the study of the peculiarities of compensation for harm caused by unlawful decisions and actions of the pre-trial investigation bodies and the prosecutor's office, examples are given from the court practice

**Key words:** compensation for harm, damage caused by illegal decisions and actions of pre-trial investigation bodies and prosecutors, court practice.

**Постановка проблеми.** Інститут відшкодування шкоди, покликаний виконувати правозахисну функцію, має важливе значення, адже зобов'язання з відшкодування шкоди є безпосереднім наслідком порушення прав та інтересів учасників цивільних відносин, що охороняються законом.

Конституція України проголошує право громадян на відшкодування шкоди, завданої незаконними діями посадових осіб під час здійснення ними своїх повноважень. Юридичною гарантією здійснення цього права є положення, закріплені у ст. 1176 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), яка передбачає спеціальні підстави відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду.

Дослідження питання відшкодування шкоди здійснювалось такими науковцями, як Н.Ю. Голубєва, М.Р. Мазур, О.О. Грін, І.В. Спасибо-Фатєєва та ін. На рівні монографічних та дисертаційних досліджень щодо зобов'язання відшкодування шкоди відомі роботи Т.С. Ківалової («Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми») та колективу авторів – Л.М. Горбунової, С.В. Богачова, І.Ф. Іванчук, Ю.В. Трало («Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю»).

Проте питання, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої незаконними рішеннями і діями

органів досудового слідства та прокуратури, потребують подальшого вивчення, адже, як показує судова практика, яка є своєрідним лакмусом виявлення проблем у певному сегменті правовідносин, на сьогодні ця категорія спорів вирішується судами по-різному.

Метою статті є аналіз судової практики вирішення спорів про відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями і діями органів досудового слідства та прокуратури, проблемних питань, що виникають під час розгляду зазначеної категорії справ та можливих шляхів їх розв'язання.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Відповідно до ст. 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1].

Важливим етапом на шляху досягнення Україною ідеалів забезпечення і розвитку прав людини та основоположних свобод, підтвердження глибокої віри в ті основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості та миру в усьому світі і які найкращим чином забезпечуються завдяки дієвій політичній демократії та спільному розумінню і додержанню прав людини, стала ратифікація Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 17 липня 1997 р [2].

Питання відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями і діями органів досудового слідства та прокуратури, в Україні регулюється нормами Конституції України, ЦК України, Закону України від 01 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду»

(далі – Закон України), Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 04 березня 1996 р. (далі – Положення), затвердженого наказом Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України, Постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27 березня 1992 р. «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», №4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди».

Законодавство України передбачає два різні шляхи реалізації права особи на відшкодування шкоди: непозовний та позовний, залежно від того, про який вид шкоди йдеться. Зокрема, відшкодування майнової шкоди, у т. ч. повернення майна, відбувається у непозовному порядку в рамках кримінального провадження шляхом звернення до того органу, який або закрив кримінальне провадження за реабілітуючими обставинами, або ухвалив виправдувальний вирок. Тобто, майнову шкоду можуть нараховувати органи досудового розслідування, прокуратура чи суд. Моральна шкода компенсується у загальному позовному порядку відповідно до норм цивільного судочинства [3].

Такий підхід законодавця до реалізації права особи на відшкодування шкоди призводить до досить неоднозначного розв'язання судами цієї категорії спорів.

Так, за обставинами справи № 522/17164/16-ц, яка перебувала у провадженні Приморського районного суду м. Одеси, гр. П., звернувшись із позовом про відшкодування моральної та матеріальної шкоди, завданої незаконними рішеннями і діями органів досудового слідства та прокуратури, зазначив, що він «був виправданий вироком Малиновського районного суду м. Одеси від 28 грудня 2015 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Одеської області від 28 квітня 2016 р. за ч. 2 ст. 368 Кримінального кодексу України у зв'язку з недоведеністю участі у скоєнні злочину». Органами досудового слідства та прокуратури йому була заподіяна матеріальна шкода, пов'язана з витратами на ліки у зв'язку з погіршенням стану здоров'я, та моральні страждання, пов'язані з незаконним затриманням, обмеженням права на свободу пересування, можливістю повноцінно забезпечувати себе та свою сім'ю, негативним ставленням до нього за місцем роботи, приниженням честі, гідності та ділової репутації.

Ухвалою Приморського районного суду м. Одеси від 11 травня 2017 р. провадження у справі закрито з підстав ст. 205 ч. 1 п. 1 ЦПК України через те, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства. Суд виходив з того, що Законом України 266/94-вр та Положенням встановлення розміру шкоди, завданої позивачу внаслідок незаконних дій органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування віднесено до компетенції цих органів, а не суду. Також

суд першої інстанції послався на те, що аналогічна правова позиція висловлена Верховним Судом України у постанові суду від 24 лютого 2016 р. у справі №6-2089цс15 [4].

Справа була переглянута в апеляційному порядку. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та направляючи справу на новий розгляд до першої інстанції іншим суддею, апеляційний суд, застосувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини, вказав: «У справі «Хан (Khan) проти Сполученого Королівства» Європейський Суд зробив висновок, що засіб правового захисту у вигляді скарг на поліцію, які доступні заявнику, «не відповідає потребам стандартів незалежності, необхідним для формування достатнього захисту проти зловживання владою». Аналіз обставин справи «Хан (Khan) проти Сполученого Королівства» свідчить про те, що стандартна процедура розгляду скарг на поліцію полягала у призначенні працівника цієї ж служби для проведення розслідування; керівник органу відіграв важливу роль в призначенні, оплаті, звільненні його членів.

Беручи до уваги, що позивач оскаржив саме дії органів досудового розслідування про незаконне притягнення його до кримінальної відповідальності, які потягнули для нього негативні правові наслідки, твердження суду першої інстанції про те, що правовий захист порушених прав позивача внаслідок незаконних дій органів досудового розслідування має бути здійснений цим органом із визначенням розміру шкоди, не відповідає потребам стандартів незалежності, що необхідні для формування достатнього захисту проти зловживання владою. Такий спосіб захисту не буде ефективним способом правового захисту у контексті ст. 13 Конвенції.

Позивачем заявлені вимоги, які мають цивільний характер за змістом норм національного законодавства та п. 1 ст. 6 Конвенції, однак суд першої інстанції, який має юрисдикцію для розгляду цих вимог, помилково закрив провадження у справі...» [5]

Концептуальним недоліком чинного порядку відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної неправомірними (незаконними) рішеннями, діями чи бездіяльністю суду (судді, суддів), є виключно його позасудовий характер, із можливістю подальшого судового оскарження прийнятих рішень [6].

Відповідно до ст. 12 Закону України № 266/94 ВР, розмір відшкодуваної шкоди, зазначеної в п. 1, 3, 4 ст. 3 Закону, залежно від того, який орган провадив слідчі (розшукові) дії чи розглядав справу, у місячний термін із дня звернення громадянина визначають відповідні органи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратура і суд, про що виносять постанову (ухвалу) [7].

Такий порядок суперечить положенням Конституції України, а також ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка гарантує кожному право звернутися до суду з будь-якою вимогою щодо своїх цивільних прав та обов'язків.

Так, у вересні 2014 р. гр. Н. звернулася до суду з позовом на прокуратуру м. Сум про визнання незаконним рішення прокуратури про відмову у винесенні постанови про відшкодування шкоди, завданої внаслідок незаконних дій правоохоронних органів, та зобов'язання прийняти рішення. У позові вона посилялася на те, що 07 липня 2014 р. кримінальне провадження щодо неї було закрито прокурором м. Сум у зв'язку з відсутністю достатніх доказів її вини. За таких обставин і на підставі вимог Закону України № 266/94 ВР вона звернулася до прокуратури м. Сум із заявою про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів досудового розслідування, а саме: заробітку, який вона втратила внаслідок таких незаконних дій, та коштів, витрачених на отримання правової допомоги. Листом від 15 серпня 2014 р. прокуратура м. Сум відмовила їй у задоволенні заяви про відшкодування шкоди.

Закриваючи провадження у справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 205 Цивільного процесуального кодексу України, суд першої інстанції, з яким погодився й суд апеляційної інстанції, дійшов висновку про те, що «даний спір підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства, виходячи з того, що вимога про відшкодування шкоди в порядку ст. 1176 ЦК України позивачем не заявлялася» [8].

Отже, як вбачається з матеріалів наведеної справи, звертаючись із заявою до органу прокуратури, заявниця скористалася засобом правового захисту, доступним їй згідно із законом, однак, такий засіб юридичного захисту, як звернення до органу, який провадив слідчі дії для визначення ним розміру шкоди, що

підлягає відшкодуванню, виявився неефективним, заявниця змушена надалі звертатися до судових інстанцій. Наявний стан речей призводить до затягування розгляду справ та порушення розумних строків їх розгляду, причина цьому – недосконала процедура відшкодування шкоди, прописана в Законі.

Якість закону в контексті верховенства права є одним з головних пріоритетів його забезпечення. Європейський Суд з прав людини у своїх рішеннях підкреслював, що оскаржувані заходи повинні не тільки мати законодавче підґрунтя, але й передбачатися якісним законом, який має бути достатньо доступним та передбачуваним щодо наслідків його застосування, тобто бути сформульованим у спосіб, який дає змогу кожній особі – у разі потреби, за допомогою відповідної консультації – регулювати свою поведінку (Справа «Свято-Михайлівська парафія проти України» п. 115) [9].

**Висновки.** Слід зазначити, що потребують перегляду положення Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду», зокрема положення ст. 12 щодо порядку відшкодування шкоди. Законодавство держави повинно надавати «ефективний засіб правового захисту», щоб заявник міг отримати відшкодування шкоди. Для удосконалення чинного законодавства пропонуємо внести зміни до наведеної статті та викласти її в такій редакції: «Питання про відшкодування шкоди, зазначеної в п. 1, 3, 4 ст. 3 цього Закону, вирішується судом відповідно до чинного законодавства, про що виноситься постанова (ухвала)».

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. №254к/96-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
3. Мазур М.Р. Реалізація виправданого права на відшкодування шкоди у кримінальному провадженні. Право і суспільство. 2015. № 4 (3). С. 195–199.
4. Ухвала Приморського районного суду м. Одеси від 11 травня 2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66409565>.
5. Ухвала Апеляційного суду Одеської області від 04 липня 2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67824686>.
6. Куліцька С.В. Проблемні питання порядку відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної неправомірними (незаконними) рішеннями, діями чи бездіяльністю суду (судді, суддів). Науковий вісник Ужгородського Національного університету. 2015. Вип. 35. Ч. 1. Т. 1. С. 139–144.
7. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду: Закон України від 01 грудня 1994 р. Відомості Верховної Ради України. 1995. №1. Ст. 1.
8. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 03 червня 2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48335789>.
9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» (Заява N 77703/01) від 14 червня 2007 р. (п. 115). URL: [show/974\\_254/page?text=%EF%EE%EB%EE%E6%E5%ED%ED%FF+%E7%E0%EA%EE%ED%F3+%EF%EE%E2%E8%ED%ED%B3+%E1%F3%F2%E8](http://www.echr.coe.int/T/H12/JUDgments/2007/01/77703_01_20070614_00000_en.pdf).

**Турлова Ю. А.,**  
кандидат юридичних наук,  
головний науковий співробітник відділу науково-методичного забезпечення  
прокурорської діяльності поза сферою кримінальної юстиції  
Науково-дослідного інституту  
Національної академії прокуратури України,  
здобувач відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького  
Національної академії наук України

## ПРОТИДІЯ ЕКОЛОГІЧНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ: ПОНЯТТЯ, МЕТА ТА ЗАВДАННЯ

## COMBATING ENVIRONMENTAL CRIME: CONCEPT, OBJECTIVE AND GOALS

У статті досліджуються концептуальні засади протидії екологічній злочинності, зокрема поняття, мета та завдання такої діяльності. Обґрунтовано твердження, що термін «протидія екологічній злочинності» охоплює всі заходи, що спрямовані проти цього явища, та відображає весь комплекс заходів впливу держави та суспільства на екологічну злочинність. Застосування аксіологічного підходу дозволило сформулювати загальну мету протидії екологічній злочинності, визначити реалістичні результати функціонування системи протидії екологічній злочинності та завдання такої діяльності.

**Ключові слова:** екологічна злочинність, протидія, поняття, мета, завдання.

В статье исследуются концептуальные основы противодействия экологической преступности, в частности понятие, цели и задачи такой деятельности. Обосновано утверждение, что термин «противодействие экологической преступности» охватывает все меры, направленные против этого явления, и отражает весь комплекс мер воздействия государства и общества на экологическую преступность. Применение аксиологического подхода позволило сформулировать общую цель противодействия экологической преступности, определить реалистичные результаты функционирования системы противодействия экологической преступности и задачи такой деятельности.

**Ключевые слова:** экологическая преступность, противодействие, понятие, цель, задача.

The article investigates the conceptual foundations of combating environmental crime, in particular, the concept, goals and objectives of such activities. The author provides justification for the assertion that the term "combating environmental crime" embraces all of the measures against this phenomenon, and reflects the entire range of measures through which the State and society influence environmental crime. Owing to the application of the axiological approach, the author formulated the overall goal of combating environmental crime, determined realistic results of operation of the environmental crime combating system, as well as the goals of such activities.

**Key words:** environmental crime, combating, concept, objective, goal.

**Постановка проблеми.** Аналіз сучасної екологічної ситуації, причин погіршення стану природного середовища України, зростання захворюваності населення, негативні демографічні тенденції визначають основні джерела, динаміку й напрями розвитку екологічних проблем. Розв'язання зазначених проблем, що гостро постали перед українською державою та значною мірою є наслідком масштабної екологічної злочинності, вимагають адекватного реагування держави та суспільства на наявні загрози. Зважаючи на системний характер екологічної злочинності як явища, системними і комплексними мають бути заходи реагування, що мають втілюватись у розробку й реалізацію дієвої стратегії протидії екологічній злочинності.

Як слушно зазначає А. П. Закалюк, згідно з визначеною політикою держави у сфері протидії злочинності повинні бути розроблені й у легітимній формі офіційно визначені стратегія та концептуальні засади (концепції) її реалізації [1, с. 4]. Саме тому необхідною передумовою наукового дослідження проблем протидії екологічній злочинності в Україні має бути визначення її концептуальних засад.

**Аналіз досліджень даної проблеми.** У вітчизняній кримінологічній науці питанням визначення

концептуальних засад протидії злочинності традиційно приділяється значна увага. Вагомі здобутки у цій сфері досліджень репрезентували у своїх працях такі вітчизняні вчені, як О. М. Бандурка, В. В. Голіна, Л. М. Давиденко, І. М. Даньшин, А. П. Закалюк, О. М. Джу́жа, О. Г. Кальман, О. М. Костенко, О. М. Литвак, О. М. Литвинов. Теоретичні проблеми розробки стратегії протидії екологічній злочинності в Україні стали предметом дослідження на рівні монографій та дисертацій у роботах вітчизняних авторів Н. Г. Іванової, Т. В. Корнякової, О. В. Мельник, Г. С. Поліщука та інших науковців.

Водночас, визнаючи важливість праць зазначених авторів, вважаємо дослідження концептуальних засад екологічної злочинності актуальним і вартим поглибленого вивчення.

Мета статті полягає в описі та поясненні поняття, мети та завдань протидії екологічній злочинності.

**Виклад основного матеріалу.** Дієва протидія екологічній злочинності неможлива без послідовних спланованих та скоординованих дій, об'єднаних однією концепцією, оскільки явища, що мають ознаки системності, зокрема й екологічна злочинність, потребують системного підходу в їх подоланні.



Перш ніж перейти до дослідження концептуальних засад зазначеної діяльності, на нашу думку, слід з'ясувати найбільш адекватне її термінологічне визначення та тлумачення відповідного терміну. Як відомо, розвиток кримінологічної науки супроводжується появою численних термінів у різних її галузях. Оскільки переважну частину лінгвістичного фонду кримінології складає фахова лексика, то цілком природним є те, що науковці надають особливого значення дослідженню семантичних особливостей термінів, що застосовуються у кримінологічних дослідженнях, адже чіткість та однозначність термінології визначає чіткість у з'ясуванні та розв'язанні проблем протидії злочинності.

Варто зауважити, що у кримінологічній та кримінально-правовій літературі стосовно діяльності з протистояння злочинності застосовуються такі терміни як «кримінальна політика», «боротьба», «контроль», «протидія», «війна», «запобігання», «обмеження злочинності», «подолання злочинності», «викорінення злочинності», «управлінський вплив на злочинність» та інші. При цьому спостерігається значна варіативність як розуміння зазначених понять, так і їх застосування на позначення зазначеної діяльності. Відтак, можна констатувати, що серед науковців відсутня єдина узгоджена позиція щодо термінологічного визначення такої діяльності. Необхідність же такого узгодження очевидна, адже «термін має однозначно відобразити це поняття так, щоб сприйняття терміну безсумнівно вело до відтворення того самого предмета» [2, с. 321]. Розгляду різноманітних підходів до зазначеної проблеми приділялась увага як у попередніх дослідженнях авторки, так і публікаціях інших авторів [3, с. 113-115; 4, с. 67-73; 5, с. 213-216; 6, с. 326; 7, с. 105].

Узагальнюючи висловлені думки, зауважимо, що основні заперечення щодо застосування терміну «протидія злочинності» зводяться до таких аргументів. На думку А. П. Закалюка, поняття «боротьба», «протидія» належать до класу узагальнених, які відтворюють загальну сутність, що полягає у чиненні спротиву. Вони не розкривають напрямів, спрямованості, функціональної ролі та змістової сутності різних форм спротиву, що мають значну сутнісну, а звідси й понятійну різницю. Термін «протидія» може бути використаний для відтворення загального впливу на злочинність, але він лише однобічно («спротив») відображає останній та не містить однозначного відображення поняття запобігання злочинності, тобто не може вживатися як такий, що за сутністю тотожний поняттю «запобігання», навіть коли він вживається у широкому значенні [2, с. 321-322].

Наголошуючи на доцільності застосування терміну «боротьба зі злочинністю», схожу аргументацію наводить і А. І. Долгова: «Очевидно, що цей термін не відображає суть даної діяльності. По-перше, не тільки держава «заважає» злочинності, а й злочинність – суспільству, державі, причому активно і цілеспрямовано. По-друге, розглянутий термін не охоплює всього комплексу заходів впливу на злочинність

як на соціальне явище зі складним причинно-наслідковим комплексом, у тому числі недопущення порушення кримінального закону, а у випадках його порушення застосування до винного заходів державного примусу» [8, с. 388].

З цього приводу варто зауважити, що етимологічно термін «боротьба» означає сутичку, в якій кожний з учасників намагається подужати супротивника, а у соціальному аспекті – «активне протистояння, зіткнення між супротивними соціальними групами, станами, супротивними напрямками, течіями у суспільстві» [9]. Стосовно ж злочинності, то використання цього терміну є доречним у контексті застосування заходів кримінальної репресії, тобто заходів кримінально-правового впливу до осіб, які вже вчинили злочини. Так, ст. 4 Закону України «Про протидію торгівлі людьми», визначаючи основні напрями державної політики у сфері протидії торгівлі людьми, включає до них і боротьбу зі злочинністю, пов'язаною з торгівлею людьми, шляхом виявлення злочинів торгівлі людьми, осіб, причетних до скоєння злочину, притягнення їх до відповідальності [21].

Очевидно, що така діяльність не охоплює превентивну складову протидії злочинності. Відтак, у такій діяльності відсутня кримінологічна складова, що спрямована на нейтралізацію детермінуючих злочинності явищ, насамперед соціального характеру, адже за словами М. Ганді [10], будь-який злочин – свого роду хвороба. Влучним є висловлювання з цього приводу О. М. Литвака: «Насправді, найбільш зручно і успішно боротьба могла б вестись, якби злочинців фізично знищували. Але держава не воює із хворими та не вихованими» [11, с. 52].

Етимологія ж поняття «протидія» має значення дії, що спрямована проти іншої дії, перешкоджає їй. Термін «протидіяти» означає спрямовувати дію проти кого-, чого-небудь, діяти всупереч комусь, чомусь; спрямовуватися проти іншої дії [12; 13, с. 317; 14, с. 992]. У кримінологічному ж розумінні він охоплює як репресивну, так і превентивну складову діяльності з протистояння злочинності. Саме таке розуміння протидії злочинності набуло поширення останніми роками як у науковій літературі [7, с. 105; 8, с. 435; 15, с. 9, 16, с. 15; 17, с. 277; 18, с. 45; 19, с. 8;], так і законотворчій діяльності [20; 21; 22; 23].

Відтак, термін «протидія екологічній злочинності» охоплює всі заходи, що спрямовані проти цього явища, та відображає весь комплекс заходів впливу держави та суспільства на екологічну злочинність, включаючи вплив на чинники, що зумовлюють її виникнення, поширення та трансформацію, а також правоохоронну діяльність щодо виявлення, розслідування та притягнення осіб, які вчиняють екологічні злочини, до відповідальності, судовий розгляд кримінальних справ і виконання покарань.

Сучасні характеристики екологічної злочинності в Україні, її масштаби, поширення, трансформаційні процеси та небезпечні тенденції розвитку вимагають адекватного реагування держави та суспільства

на наявні загрози. Зважаючи на системний характер екологічної злочинності як явища, системними і комплексними мають бути заходи реагування, що мають втілюватись у розробку й реалізацію дієвої стратегії протидії екологічній злочинності.

Як і будь-яка управлінська діяльність, протидія екологічній злочинності буде дієвою при дотриманні певних вимог. А. П. Закалюк до таких вимог (чинників) відносить: доктринальне визначення стратегії, у тому числі мети, завдань, стратегічних напрямів та результатів запобіжної діяльності; адекватне уявлення про стан функціонування безпосереднього та опосередкованого предмета діяльності; прогнозування змін і тенденцій предмета діяльності; визначення порядку, методики, форм, засобів запобіжної діяльності, загальних засад її тактики, адекватних цим засобам суб'єктів застосування; інформаційне забезпечення реалізації визначених завдань, пересудом стосовно злочинності, її причин і умов, інших детермінантів, динаміки їхньої зміни, спрямування і змісту запобіжних заходів і засобів, оцінки їхньої результативності, відповідних знань та умінь (навичок) суб'єктів діяльності; прийняття потрібних управлінських рішень, зокрема затвердження планів запобіжної роботи та організаційних заходів щодо їхнього запровадження, обов'язків суб'єктів діяльності стосовно виконання останніх; координація запобіжної діяльності по горизонталі та вертикалі; здійснення контролю виконання; забезпечення правового регулювання; матеріальне та у цілому ресурсне забезпечення [2, с. 358-359].

Розглядаючи доктринальне визначення стратегії протидії екологічній злочинності варто приділити особливу увагу визначенню мети такої діяльності, адже цілепокладання визначає сам зміст діяльності. Невірно, помилково її формулювання здатне зумовити неефективність функціонування всієї системи протидії. Відсутність мети позбавляє будь-яку діяльність її сенсу, тому із впевненістю можна стверджувати, що мета є складовим елементом системи протидії злочинності, а процес її визначення першим етапом побудови системи протидії злочинності.

О. М. Литвинов, який ґрунтовно досліджував ці питання на рівні докторської дисертації, розглядає цілі протидії злочинності з різних позицій та на різних рівнях функціонування системи: загальносоціальної цілі через комплексне забезпечення безпеки; інституційної цілі через зменшення вірогідності вчинення злочинів; цілі організації системи через визначену позицію з приводу призначення місця та ролі системи; функціональної цілі через зниження рівня злочинності, спеціальної цілі діяльності через сукупність пріоритетів тощо [24, с. 381].

Не заперечуючи наукової цінності наведеної диференціації цілей, зауважимо на доцільність визначення мети протидії злочинності з позицій аксіологічного підходу. Відповідно до ієрархії соціальних цінностей, встановлених ст. 3 Конституції України, головною метою будь-якої діяльності держави, у тому числі й протидії злочинності, має бути визнано захист людини від посягань на її життя, здоров'я та

інші природні права. Саме потреба у такому захисті й зумовлює необхідність та корисність такої діяльності для суспільства.

Зважаючи на спрямованість екологічних посягань, такою соціальною потребою може бути визнано забезпечення дотримання екологічних прав людини.

Розуміння сутності категорії «екологічні права людини» у науковців-екологів істотно різняться. Узагальнюючи, зазначимо наявність двох основних підходів: у вузькому розумінні – це безпосередньо право на безпечне навколишнє природне середовище; у широкому розумінні – це права, пов'язані з використанням та відтворенням природних ресурсів і охороною довкілля [25, с. 181].

Нормативно визначеними Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» (ст. 9) екологічними правами громадян України є безпечне для їх життя та здоров'я навколишнє природне середовище; участь в обговоренні та внесення пропозицій до проектів нормативно-правових актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва і реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, внесення пропозицій до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, юридичних осіб, що беруть участь у прийнятті рішень з цих питань; в) участь у розробці та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів; здійснення загального і спеціального використання природних ресурсів; об'єднання у громадські природоохоронні формування; вільний доступ до інформації про стан навколишнього природного середовища (екологічна інформація) та вільне отримання, використання, поширення та зберігання такої інформації, за винятком обмежень, встановлених законом; участь у публічних слуханнях або відкритих засіданнях з питань впливу запланованої діяльності на навколишнє природне середовище на стадіях розміщення, проектування, будівництва і реконструкції об'єктів та у проведенні громадської екологічної експертизи; одержання екологічної освіти; подання до суду позовів до державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їх здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище; оскарження у судовому порядку рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб щодо порушення екологічних прав громадян у порядку, передбаченому законом [26]. Крім зазначених, інші екологічні права громадян закріплені у Кодексі України про надра, Водному, Земельному, Лісовому кодексах, окремих екологічних законах.

Основними ж, найважливішими екологічними правами людини є визначені ст. 50 Конституції України право на безпечне для життя і здоров'я довкілля; право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення; право на відшкодування шкоди, завданої громадянам порушенням зазначених прав.

Відтак, кінцевою метою протидії екологічній злочинності є захист людини від злочинних посягань на її екологічні права, зокрема у сфері забезпечення екологічної безпеки, охорони навколишнього природного середовища, охорони, використання, збереження та відтворення природних ресурсів. При цьому варто наголосити на тому, що сформульована мета, по суті, є ідеальною моделлю очікуваного бажаного, кінцевого результату, якого можна лише прагнути, постійно наближаючись до нього.

Водночас, зважаючи на закономірність існування злочинності (принаймні на сучасному етапі), її соціальну природу, зокрема й екологічної складової злочинності, ставити за реальну мету унеможливлення вчинення екологічних посягань і, відтак, існування екологічної злочинності як явища є ненауковим і, навіть, шкідливим. Сумний історичний досвід засвідчує, що визначення метою протидії злочинності її викорінення [27, с. 4] має кінцевим наслідком повну дискредитацію такої діяльності у суспільстві.

У цьому контексті цілком слушним є зауваження О. М. Литвинова: «Спроба поширення мети саме як ідеальної моделі майбутнього результату діяльності у сферу об'єктивного існування власне функції протидії злочинності, тобто за межі власних можливостей цієї категорії, здатна спричинити спотворення уявлень про її природу і вдосконалення способів прояву її якостей» [24, с. 31].

Формулювання кінцевої, ідеальної мети (цілі-орієнтиру) протидії екологічній злочинності зумовлює необхідність визначення конкретних об'єктів, вплив на які дозволив би прогнозовано наблизитись до неї (при цьому про повне досягнення цілі-орієнтиру не йдеться).

Визначення конкретних цілей має містити ознаки, що вказували б на спрямованість і функціональний характер такого впливу, а також очікуваний, прогнозований соціально-значущий результат застосування впливу.

Щодо спрямованості протидії варто зауважити, що об'єктом такого впливу є всі складові детермінаційного комплексу екологічній злочинності. Характер впливу відображає ступінь радикальності дій щодо зазначеного об'єкта та варіюється від нейтралізації та мінімізації до усунення криміногенних чинників.

Реалістичними результатами функціонування системи протидії екологічній злочинності мають вважатись: скорочення фактичного рівня й зниження міри суспільної небезпечності екологічної злочинності; утримання її на певному прийнятному для суспільства мінімальному рівні злочинних посягань; локалізація сфери поширення таких посягань; усунення чи зменшення негативних для довкілля наслідків екологічної злочинності.

Відповідно до мети та залежно від конкретних напрямів протидії злочинності мають бути визначені й завдання такої діяльності. Автори монографії

«Протидія злочинності та профілактика злочинів» пропонують головними завданнями у цій галузі вважати: забезпечення переходу на якісно новий ступінь протидії злочинності, що відповідає сучасним соціально-економічним реаліям; досягнення необхідної цілеспрямованості і комплексності протидії злочинності; широке залучення у діяльність державних органів і інститутів громадянського суспільства; забезпечення паритету у застосуванні заходів переконання і примусу [18, с. 80].

На наш погляд, наведеним формулюванням завдань протидії злочинності бракує конкретики, що можна пояснити різним розумінням поняття «завдання».

Варто зауважити, що у науковій літературі відсутня єдина думка щодо співвідношення категорій «мета» і «завдання». Не вдаючись до детального аналізу останніх, що не є основним завданням нашої роботи, зазначимо, що найбільш виваженим, на наш погляд, є сформульоване О. М. Литвиновим розуміння завдання як способу організації зв'язку конкретної мети з конкретними можливостями її досягнення [24, с. 34].

Відтак, якщо мета – бажаний кінцевий результат протидії екологічній злочинності, то її завдання – це певні рішення, спрямовані на досягнення мети, а також сплановані конкретні дії та заходи. Відповідно до такого підходу, основними завданнями протидії екологічній злочинності слід вважати:

- створення в Україні системи належного інформаційно-аналітичного забезпечення протидії екологічній злочинності на основі результатів аналізу достовірних відомостей про її стан і детермінуючі чинники, а також моніторингових даних про стан навколишнього природного середовища;
- мінімізація впливу криміногенних факторів і практичних можливостей учинення екологічних злочинів;
- підвищення ефективності правозастосовної діяльності органів кримінальної юстиції щодо виявлення, розкриття екологічних злочинів, їх розслідування, судового розгляду та виконання покарань;
- здійснення інформаційного впливу на різні соціальні групи з метою формування нетерпимого ставлення до екологічних правопорушень;
- посилення ролі інститутів громадянського суспільства у протидії екологічній злочинності.

**Висновки.** Дієва протидія екологічній злочинності неможлива без послідовних спланованих та скоординованих дій, об'єднаних однією концепцією, оскільки явища, що мають ознаки системності, зокрема й екологічна злочинність, потребують системного підходу в їх подоланні. Описані категорії протидії екологічній злочинності, зокрема її поняття, мета та завдання, відображають авторське концептуальне бачення її основ.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Закалюк А. П. Теоретична характеристика та обґрунтування системи державної протидії проявам злочинності // Право України. 2012. № 1–2. С. 216–227.
2. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3 кн. К.: Ін Юре, 2007. Кн.1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 2007. 424 с.
3. Турлова Ю. А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам: монографія / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. К.: Наук. світ, 2012. 181 с.
4. Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії: дис... докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Інститут держави та права імені В.М. Корецького. К., 2015. 479 с.
5. Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. К.: Юридична думка, 2004. 400 с.
6. Назаренко Д. О. Кримінологічний аналіз та протидія фоновим для злочинності явищам: монографія / Харківський національний університет внутрішніх справ. Х.: Діса плюс, 2013. 524 с.
7. Куц В. Протидія злочинності: сутність і зміст. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 4(12). С. 103–112.
8. Кримінологія: учебник для вузов / Под общ. ред. д. ю. н., проф. А. И. Долговой. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2005. 912 с.
9. Вікісловник. URL: <https://uk.wiktionary.org/wiki/боротьба>.
10. Ганди Махатма Карамчанд, Гомер Джек А. – Мудрость Ганди. Мысли и изречения. URL <https://unotices.com/book.php?id=160585&page=36>.
11. Литвак О. М. Державний вплив на злочинність: Кримінологічно-правове дослідження. К.: Юрінком Інтер, 2000. 280 с.
12. Академічний тлумачний словник української мови (1970–1980). URL: <http://sum.in.ua/>.
13. Словник української мови / під ред. І. К. Білодіда. Т. 8. К.: Наукова думка, 1971. – 927 с.
14. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь: Перун, 2001. 1440 с.
15. Проблеми протидії злочинності: підруч. Х.: Новасофт, 2010. 352 с.
16. Бандурка А.М., Давиденко Л.М. Противодействие преступности: война терминов, понятие, общая характеристика. Право і безпека. 2004. № 33. С. 7–11.
17. Кримінологічний довідник: довідкове видання / за наук. ред. д-ра юрид. наук, професора, академіка НАПрН України Бандурки О. М.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, професора О. М. Джужі і д-ра юрид. наук, професора О. М. Литвинова. Х.: Золота миля, 2013. 412 с.
18. Бандурка О.М., Литвинов О.М. Протидія злочинності та профілактика злочинів: монографія. Харків: Вид-во ХНУВС, 2011. 322 с.
19. Кицюк В.П. Кримінологічні засади діяльності суду у сфері протидії злочинності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Харків, 2013. 19 с.
20. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>.
21. Про протидію торгівлі людьми Закон України: від 20 вересня 2011 року № 3739-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3739-17>.
22. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1702-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1702-18>.
23. Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19>.
24. Литвинов О. М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні (теоретичні та практичні засади): дис. ... д-ра юрид. наук / Дніпропетр. держ. ун-т внутріш. справ. Дніпропетровськ, 2010. 426 с.
25. Гетьман А. П., Костицький В. В. Становлення та розвиток інституту екологічних прав людини у законодавстві України. Право України. 2012. № 1/2. С. 180–202.
26. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1264-12/page4>.
27. Герцензон А. А. Введение в советскую криминологию. М.: Юрид. лит., 1965. 227 с.



**Фомін С. Б.,**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу  
та оперативно-розшукової діяльності*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Туров В. Д.,**

*студент*

*Слідчо-криміналістичного інституту*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## **ОПЕРАТИВНЕ ВПРОВАДЖЕННЯ: МИНУЛЕ, СЬОГОДЕННЯ ТА МАЙБУТНЄ**

### **OPERATIONAL INTRODUCTION: THE PAST, THE PRESENT AND THE FUTURE**

Стаття присвячена дослідженню виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, яке у чинному законодавстві розглядається як оперативно-розшуковий захід і як негласна слідча (розшукова) дія. На основі історичного та порівняльно-правового аналізу пропонуються науково обґрунтовані рекомендації для вдосконалення КПК України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

**Ключові слова:** виконання спеціального завдання, оперативне впровадження, кримінально-криміногенне середовище.

Статья посвящена исследованию выполнения специального задания по раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации, которое в действующем законодательстве рассматривается как оперативно-розыскное мероприятие и как негласное следственное (розыскное) действие. На основе исторического и сравнительно-правового анализа предлагаются научно обоснованные рекомендации для совершенствования УПК Украины и Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности».

**Ключевые слова:** выполнение специального задания, оперативное внедрение, криминально-криминальная среда.

The article is devoted to the investigation of the implementation of a special task for the disclosure of criminal activities of an organized group or criminal organization, which in the current legislation is considered as an operational-search activity and as an unspoken investigative (search) action. On the basis of historical and comparative legal analysis, scientifically based recommendations are proposed for the improvement of the Criminal Procedure Code of Ukraine and the Law of Ukraine "On Operative-Search Activity".

**Key words:** fulfillment of a special task, operational implementation, criminal-criminal environment.

**Постановка проблеми.** Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності проголошує, що кожна Держава-учасниця, у межах своїх можливостей і на умовах, встановлених її внутрішнім законодавством, вживає всі необхідні заходи, у тому числі агентурні операції, її компетентними органами, на її території з метою проведення ефективної боротьби проти організованої злочинності (ст. 20).

З набуттям чинності КПК України 2012 року у кримінальному процесуальному законодавстві з'явилась негласна слідча (розшукова) дія (надалі – НС(Р)Д) під назвою « Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації». Порядок проведення даної НС(Р)Д регламентований ст. 272 КПК та Інструкцією про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні (надалі – Інструкція).

За своєю сутністю вона є аналогом оперативно-розшукового заходу, відомого у теорії та практиці оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) як оперативне впровадження (проникнення).

Статтями 13, 14 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» визначено, що при здійсненні боротьби

з організованою злочинністю спеціальні підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю СБ України мають право, якщо інших заходів для розкриття організованої злочинності та притягнення винних до відповідальності недостатньо, використовувати штатних і нештатних негласних співробітників або учасника організованого злочинного угруповання, які вводяться під легендою прикриття в організовані злочинні угруповання.

Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» (надалі – ЗУ «Про ОРД») у своїй первинній редакції надавав оперативним підрозділам право здійснювати проникнення у злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співпрацює з ним, зі збереженням у таємниці достовірних даних щодо їхньої особистості (п. 8 ч. 1 ст. 8 ЗУ «Про ОРД» у редакції 1992 року).

Чинна редакція цього пункту відсилає до ст. 272 КПК України і надає право виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

У цьому аспекті цікавою є думка правозастосовників. Так, Л. Бобрицьким було проведено опитування оперативних співробітників СБУ і карного розшуку МВС, щодо їхнього ставлення до такої законодавчої новели. Позитивно її оцінили близько 30% опитаних, негативно – більш, ніж 60%. На запитання:

«Як, на Вашу думку, впливатиме на ефективність проведення розробки організованих злочинних угруповань і злочинних організацій та їх лідерів доповнення у Закон України «Про ОРД»?», позитивно відповіли лише біля 5%, тоді як приблизно 60% висловили своє негативне ставлення до зазначених доповнень і зазначили, що розробку взагалі здійснювати стане неможливим [1, с. 5]. Зазначене дає підстави для припущення, що окремі норми чинного КПК не сприяють своєчасному виявленню, локалізації та знешкодженню організованих злочинних угруповань і злочинних організацій та ефективному розслідуванню злочинів, які ними вчиняються.

Метою статті є формулювання теоретично обґрунтованих висновків, на підставі наукових напрацювань та міжнародного досвіду, щодо співвідношення понять, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, як негласної слідчої (розшукової) дії та оперативного впровадження, як оперативно-розшукового заходу; визначенні ролі та значення наведених дій у правозастосовній практиці; викладення наукового обґрунтування щодо удосконалення чинного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації та оперативне проникнення були предметом наукового аналізу у дослідженнях таких вітчизняних та зарубіжних авторів: Н. Д. Абдуллаєва, І. І. Алгазін, М. В. Багрій, О. Ю. Ващенко, С. О. Грищенко, О. М. Дроздов, С. С. Кудінов, В. В. Луцик, Д. Б. Панюшин, Р. М. Шехавцов та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 272 КПК України, під час досудового розслідування тяжких або особливо тяжких злочинів можуть бути отримані відомості, речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, особою, яка відповідно до закону, виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, або є учасником зазначеної групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування.

Як вбачається, зміст цієї НС(Р)Д полягає у комплексі заходів, спрямованих на впровадження співробітника уповноваженого органу або особи, яка конфіденційно з ним співпрацює, в організовану групу або злочинну організацію з метою отримання (збирання) доказів або перевірки раніше отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

Важливим у контексті аналізу зазначеної НСРД є питання щодо фактичних та юридичних підстав її проведення, строків та кола осіб (суб'єктів), які уповноважені на виконання спеціального завдання.

Фактичною підставою проведення спеціального завдання є наявність відомостей у слідчого або прокурора про те, що в організованій групі чи злочинній організації вчинено або готується вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. З таких підстав, керівником органу досудового розслідування або прокурором вирішується питання про доцільність

проведення виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності. У постанові, у такому випадку, крім загальних відомостей, передбачених ст. 251 КПК, зазначається обґрунтування меж спеціального завдання, а також використання спеціальних – імітаційних засобів.

Юридичною підставою проведення зазначеної негласної слідчої (розшукової) дії є: 1) постанова слідчого, погоджена з керівником органу досудового розслідування; 2) постанова прокурора. З огляду на вищезазначене, слід вказати на відсутність судового контролю за проведенням зазначеної негласної слідчої (розшукової) дії.

Оперативне впровадження (проникнення) як оперативно-розшуковий захід, у тому вигляді, в якому це поняття було напрацьоване теорією та практикою до внесення змін до ЗУ «Про ОРД» у 2012 році, полягало у конспіративному введенні штатного співробітника оперативного підрозділу або конфідента у *кримінально-криміногенне середовище або на відповідні об'єкти* (виділено нами – С. Ф., В. Т.), добуванні відомостей про особи, факти й обставини, що представляють оперативний інтерес, на впливі на особи та іншу конспіративну участь у рішенні або сприянні рішенню завдань ОРД [2, с. 359-360]<sup>1</sup>.

Таке проникнення у злочинне середовище оперативного негласного працівника чи особи, яка залучена до оперативно-розшукової діяльності, здійснюється під легендою, у тому числі з імітацією протиправної діяльності та інших демонстративних дій, необхідних для встановлення довіри.

Оперативне проникнення варто розглядати не тільки як процес введення, впровадження з метою збору інформації, а і як проміжний або кінцевий результат у вигляді: закріплення на об'єкті проникнення; одержання доступу до відомостей, що цікавлять оперативника як суб'єкта ОРД; створення обставин, що сприяють одержанню інформації впровадженими особами; проведення ними пошукових і розвідувальних заходів; виявлення осіб і фактів, що становлять оперативний інтерес; встановлення контакту (довірчих відносин) з виявленими особами; збору оперативної інформації, проведення інших заходів з метою рішення завдань ОРД [3, с. 45].

Об'єктами оперативного проникнення до прийняття КПК 2012 року, крім організованих злочинних угруповань, могли бути окремі особи, обґрунтовано підозрювані у підготовці або причетності до вчинення злочинів; житлові масиви, ділянки місцевості зі складною криміногенною або кримінальною обстановкою; уражені злочинністю об'єкти економіки, інші установи, організації незалежно від форм власності.

<sup>1</sup> Існуючий нині проект Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» № 2149-VIII від 03.10.2017 року закріплює виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, як оперативно-розшуковий захід, що полягає в організації оперативним підрозділом упровадження уповноваженої особи в організовану групу чи злочинну організацію під легендою прикриття для отримання відомостей, речей або документів, які мають значення для запобігання, виявлення чи розслідування злочинів (злочину), які вчиняються такими групами, або надання вказаних відомостей чи документів особою, яка є учасником організованої групи чи злочинної організації й на конфіденційній основі співпрацює з відповідним оперативним підрозділом.

У Великій Британії, наприклад, існує достатньо широке коло об'єктів оперативного впровадження. Так, офіцери, які працюють під прикриттям, мають право діяти під вигаданим ім'ям або іншою легендою з метою: а) впровадження в наявні законспіровані кримінальні чи терористичні організації; б) арешту осіб, які вчинили злочин або яких підозрюють у його вчиненні; в) захисту національної безпеки; г) захисту від загрози завдання значної шкоди громадському порядку; д) захисту від загрози завдання значної шкоди громадській безпеці; е) захисту економічної безпеки Об'єднаного Королівства [4].

Обмеження в українському законодавстві об'єктів оперативного впровадження залишило поза правового регулювання такі його різновиди, як внутрішньокамерна розробка (до речі, цей прийом використовується правоохоронними органами багатьох країн і не був визнаний ЄСПЛ незаконним методом одержання доказів<sup>2</sup>), «ловля на живця», коли конфідент виступає як потенційна жертва у криміногенному середовищі, та інші.

Відповідно до ст. 272 КПК України безпосереднім виконавцем спеціального завдання може бути як особа, яка впроваджується у злочинну організовану групу чи злочинну організацію, так і особа, яка вже є учасником зазначеної групи чи організації.

Натомість, у теорії ОРД завжди підкреслювалося, що не утворює розглянутого ОРЗ залучення до негласного співробітництва особи, яка вже перебуває (працює) на відповідному об'єкті, що має контакт або стійкий зв'язок з особою, яка становить оперативний інтерес, або яка входить до складу організованого злочинного угруповання [3, с. 45].

Вбачається, що норма чинного КПК має корупційні ризики, оскільки не виключає можливості укладання угоди про конфіденційне співробітництво, так би мовити, заднім числом з метою виведення учасника злочинного угруповання з під кримінальної відповідальності.

Покращення ж становища особи, яка є членом організованої злочинної групи чи злочинної організації, у разі її співпраці з органом досудового розслідування у викритті кримінального правопорушення,

<sup>2</sup> У справі ЄСПЛ «А проти Німеччини» (рішення від 15.10.1987 року заява № 12127/86) громадянин Німеччини скаржився на порушення ст. 6 Конвенції, коли його разом із співучасником затримали в Італії і помістили у тюрмну камеру разом з негласним агентом, який виступав у ролі співкамерника і робив вигляд, що не розуміє німецької. При цьому він чув, як ті двоє говорили про вбивство і про те, що вчинив цей злочин один з них. Ця людина була допитана про вбивство поліцією й пізніше повторила свої показання. На суді підсудний намагався затверджувати, що визнання, зроблене їм у камері, було отримане незаконним шляхом, і прийняття його судом порушує його право на справедливий суд. Комісія вирішила, що його скарга неприйнятна за наступними підставами: по-перше, засудження заявника було засноване на його первісному визнанні, що підтверджувалося іншими непрямыми доказами... Крім того, відповідно до норми Федерального конституційного суду, прийом, використаний італійською поліцією проти заявника, сам по собі не є незаконним методом одержання доказів. В інтересах заявника було не говорити зі своїм співучасником про цей злочин у присутності третьої особи. Якщо він, проте, зробив це добровільно, відповідальність за те, що це обернулося проти нього, лежить на ньому. Він не стверджував, що негласний агент яким-небудь чином змусив його заговорити про вбивство бізнесмена. У цих обставинах не можна вважати, що свобода волевиявлення заявника була защемлена діями італійської поліції й, використання доказів, отриманих італійським негласним агентом, позбавляють заявника права на справедливий суд, передбаченого ст. 6 Конвенції (цит. за [8, с. 436]).

вчиненої іншою особою або інших злочинів, про які невідомо правоохоронним органам повинно, за нашим переконанням, має здійснюватися із застосуванням інституту угод у кримінальному провадженні (гл. 35 КПК України).

Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 255 КК України звільняється від кримінальної відповідальності особа, крім організатора або керівника злочинної організації, за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК, якщо вона добровільно заявила про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю.

Таким чином, задля уникнення конкуренції правових норм, у разі співпраці члена злочинної групи чи злочинної організації з правоохоронними органами повинні застосовуватися ч. 2 ст. 255 КК України або гл. 35 КПК України, а не ст. 43 КК України, яка участь у злочинному угрупованні взагалі не вважає злочином.

Оперативне проникнення може являти собою разовий (закінчений) захід або певний процес, системі організаційних, тактичних, розвідувально-пошукових заходів, які здійснюються переважно негласними силами, засобами та методами, вибір яких диктується конкретними обставинами і завданнями ОРД.

З огляду на це, у теорії ОРД опитування, спостереження (у тому числі із застосуванням технічних засобів), оперативний експеримент розглядалися як його допоміжні елементи, складові частини підготовки оперативного проникнення або розвідувально-пошукової діяльності впроваджених суб'єктів, які не потребували прийняття додаткового рішення і їх обсяг визначався самостійно агентом у рамках поставленого загального завдання.

На жаль, чинний КПК не містить жодних винятків з правил проведення НС(Р)Д, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, обстеженням житла чи іншого володіння, а також контролю за вчиненням злочину. Отже, результати дій, які агент проводив у злочинному угрупованні за власною ініціативою, не можуть бути визнані як допустимі докази надалі. Безумовно, це значна прогалина у законодавстві, яка суттєво знижує ефективність проникнення у злочинне угруповання для виконання спеціального завдання.

Згідно з ч. 4 ст. 272 КПК строк виконання спеціального завдання не може перевищувати шість місяців, а у разі необхідності строк його виконання може бути продовжений у кримінальному провадженні слідчим, за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурором на строк, який не перевищує строку досудового розслідування.

На нашу думку, такий строк не є достатній для розкриття більшої чисельності злочинів. Виконання спеціального завдання є стратегічним, а отже довгостроковим, оскільки на організацію, здійснення та припинення такого заходу потребується час, який може значно перевищувати строк, зазначений у КПК, адже до його здійснення залучається значний штат спеціалістів [5, с. 182].



Прикладом може слугувати закон Республіки Молдова «Про спеціальну розшукову діяльність», відповідно до ст. 30 якого, дозвіл для діяльності під прикриттям надається на період, необхідний для розкриття факту існування злочину [6].

Як зазначалося, у кримінальному провадженні рішення про виконання спеціального завдання приймає слідчий за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурор.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» питання проведення оперативно-розшукових заходів регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України з урахуванням особливостей, встановлених Законом «Про оперативно-розшукову діяльність», щодо мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання та проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, обумовлених специфікою мети їх проведення. Прийняття рішень про проведення оперативно-розшукових заходів, які не потребують дозволу слідчого судді або рішення прокурора, здійснюється керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником з повідомленням про прийняте рішення прокурора.

Статтею 14 ЗУ «Про ОРД», яка визначає повноваження прокурора, не передбачене його право самостійно виносити постанову про проведення оперативно-розшукового заходу.

Таким чином, в ОРД рішення про виконання спеціального завдання приймається керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником з повідомленням про прийняте рішення прокурора.

Дані, які отримані у результаті оперативного проникнення, до прийняття КПК 2012 року, як правило, оформлювалися довідкою за повідомленнями особи, уведеної до злочинної групи, або самим письмовим повідомленням цієї особи, актом (довідкою) щодо предметів, документів, виявлених у результаті використання оперативно-технічних засобів особою, введеною до злочинної групи, а також зібраних нею зразків.

На тепер обов'язковою формою фіксації будь-якої слідчої дії, а також оперативно-розшукових заходів, порядок проведення яких передбачений КПК, є протокол.

Відповідно до п. 4.2 Інструкції періодичність складання протоколів залежить від виду негласної слідчої (розшукової) дії, строку її проведення (одномоментно чи упродовж часу), віддурчення слідчого, прокурора, але у будь-якому випадку безпосередньо після отримання фактичних даних, які можуть використовуватись як докази для встановлення місця перебування особи, що розшукується, про кожний випадок огляду, виїмки, дослідження матеріалів про результати негласної слідчої дії тощо. З огляду на те, що даний захід є тривалим, під час якого можуть систематично отримуватись важливі фактичні дані, зокрема і про виявлення ознак нових

кримінальних правопорушень, які не розслідуються у даному кримінальному провадженні, та проводитись дії, які забезпечують можливість виконання спеціального завдання (вручення несправжніх (імітаційних) та технічних засобів тощо), протоколів може бути декілька.

Зрозуміло, що особа, яка впроваджена у злочинне угруповання для виконання спеціального завдання, навіть гіпотетично, не може скласти протокол. Вбачається, що для цих НС(Р)Д, ОРЗ повинне бути зроблене виключення із загального правила. Думаємо, що протокол як акт про результати виконаного завдання може бути складений лише після виводу агенту зі злочинного угруповання і завершення виконання спеціального завдання.

І останнє, відповідно до ч. 1 ст. 272 КПК України виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації проводиться лише під час розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину. Відсутність судового контролю при проведенні даної НС(Р)Д свідчить, що законодавець вважає, що цей захід не пов'язаний із суттєвим обмеженням конституційних прав. Отже, вважаємо за доцільне виключити тяжкість злочину, як ознаку, яка б враховувалась при застосуванні «оперативного проникнення», оскільки це зробить даний захід більш ефективним при виявленні розслідуванні та припиненні злочинів, незалежно від ступеня тяжкості.

Наприклад, у Швейцарії використання законспірованого агента допускається при розслідуванні близько 50 складів злочинів. Далеко не усі з них є тяжкими, проте зазначена процесуальна дія допускається лише, якщо це «виправдовує тяжкість злочину». У цій країні термін «тяжкий злочин» має, насамперед процесуальне значення. У даному випадку серед таких злочинів можна назвати розтрату, крадіжку, пошкодження речей, підробку документів [7, с. 308].

**Висновки.** Проведене дослідження демонструє, що чинне кримінальне процесуальне та оперативно-розшукове законодавство не достатньо повно відображає всю сутність та унікальність такого заходу як виконання спеціального завдання або, як його називають у різних країнах світу, оперативного проникнення (впровадження), використання законспірованого агента, проникнення у злочинне середовище, розшукової діяльності під прикриттям тощо.

Вбачається, що, по-перше, об'єктом цього заходу повинно бути кримінально-криміногенне середовище у самому широкому сенсі цього словосполучення; по-друге, суб'єктом-виконавцем заходу може бути особа, яка не є членом злочинного угруповання (тільки у цьому випадку на нього можуть розповсюджуватися гарантії, передбачені ст. 43 КК України); по-третє, проведення виконання спеціального завдання потребує низку виключень із загальних правил: а) аудіо-, відео контроль особи та місця, спостереження за особою, місцем або річчю, огляд кореспонденції, негласне обстеження публічно



недоступного місця, житла чи іншого володіння, які впроваджені агент проводить за власною ініціативою, але у рамках виконання спеціального завдання, можуть проводитися без дозволу слідчого судді, а контроль за вчиненням злочину – без рішення прокурора; б) строки проведення виконання спеціального завдання обмежуються лише строками ведення

оперативно-розшукової справи або строками досудового розслідування; в) протокол складається після виконання спеціального завдання; по-четверте, виконання спеціального завдання проводиться при перевірці готування (в ОРД) або досудовому розслідуванні кримінального правопорушення незалежно від тяжкості злочину.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Бобрицький Л. Проблемні питання проведення негласних слідчих (розшукових) дій при розслідуванні злочинів, учинених організованими злочинними угрупованнями, у контексті нового кримінального процесуального законодавства // *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2013. №2 (30). С. 3-8.
2. *Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник* / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова. М.: ИНФРА-М, 2006. 832 с.
3. *Грошевий Ю. М., Фомін С. Б. Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність: навч. посіб.* Х.: Право, 2010. 112 с.
4. *The Use of Covert Human Intelligence Sources: Code of Practice*. URL: <https://www.fipr.org/rip/pre-Draft%20Cop%20part2.pdf>.
5. Григоренко О. І. Гносеологічна функціональність правоохоронної розвідки // *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. №3. С. 182.
6. Про спеціальну розшукову діяльність: Закон Республіки Молдова №. 59 від 29.03.2012. URL: <http://lex.justice.md/ru/343452/>
7. Багрий М. В., Луцик В. В. *Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід: монографія*. Харків: Право, 2017. 376 с.
8. *Об оперативно-розыскной деятельности: Комментарий к Федеральному закону с приложением решений Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека*. М. : Норма, 2006. 448 с.

**Халавка В. І.,**  
полковник внутрішньої служби,  
начальник Софіївської виправної колонії № 45  
Міністерства юстиції України

## ЗАОХОЧУВАЛЬНІ ТА ЗАБОРОННІ ЗАХОДИ У СИСТЕМІ КАРАЛЬНО-ВИПРАВНОГО ВПЛИВУ

### ENCOURAGING AND PROHIBITIVE MEASURES IN THE SYSTEM OF PUNITIVE-CORRECTIVE ACTION

У статті аналізуються питання співвідношення заохочувальних та заборонних заходів при виконанні покарання у виді позбавлення волі та їх місце у системі карально-виправного впливу. Констатується, що у процесі виконання покарання проявляється багатогранність карально-виправного впливу на засуджених. Він передбачає комплекс заходів, які виховують засудженого, дають йому можливість усвідомити необхідність правослухняної поведінки. Завдяки заохочувальним та заборонним заходам корегується антисоціальна спрямованість особи, підвищується її правовий рівень, що надалі може утримати її від злочинної поведінки.

**Ключові слова:** засуджені, позбавлення волі, заохочувальні заходи, заборонні заходи, карально-виправний вплив.

В статье анализируются вопросы соотношения поощрительных и запретительных мер при исполнении наказания в виде лишения свободы и их место в системе карательно-исправительного воздействия. Констатируется, что в процессе исполнения наказания проявляется многогранность карательно-исправительного воздействия на осужденных. Предусматривается комплекс воспитательных мер. Благодаря поощрительным и запретным мерам корректируется антиобщественная направленность личности, повышается ее правовой уровень, что в дальнейшем может удержать осужденного от преступного поведения.

**Ключевые слова:** осужденные, лишение свободы, поощрительные меры, запретительные меры, карательно-исправительное воздействие.

The article analyzes the issues of the ratio of incentive and prohibitive measures in the execution of punishment in the form of deprivation of liberty and their place in the system of punitive and corrective influence. It is stated that in the process of execution of punishment a multifaceted punitive-corrective effect on convicts is manifested. A set of educational measures is envisaged. Thanks to incentive and forbidden measures, the antisocial orientation of the individual is adjusted, its legal level is raised, which in the future can keep the convicted person from criminal behavior.

**Key words:** convicts, imprisonment, incentive measures, prohibitive measures, punitive-corrective action.

**Постановка проблеми.** Вивчення причин посилення соціальної напруженості у суспільстві показує, що злочинність сьогодні стає реальною силою. Державна влада намагається призупинити ускладнення криміногенної ситуації в Україні, нейтралізувати основні причини та умови поширення тяжких, особливо тяжких та інших видів злочинів. Як відомо, серед засобів держави у боротьбі зі злочинністю, найбільш вагомим було і залишається покарання. Його реалізація повинна здійснюватися не тільки адекватно стану злочинності, її структурі та динаміці, соціально-економічним умовам тощо. Кримінальний закон чітко наголошує на необхідності звертати увагу на тяжкість вчиненого злочину, характеристику особи злочинця, обставин, що пом'якшували або обтяжували діяння. Таким чином, значна частина осіб засуджується до покарання у виді позбавлення волі. Нині оперативна обстановка у місцях позбавлення волі залишається складною: чисельність спецконтингенту, попри проведення амністій не зменшується, погіршився криміногенний склад засуджених.

Демократичний шлях, який обирає держава, неможливий без формування заходів протидії злочинності, укріплення морального рівня суспільства, правової зрілості населення. Разом з тим, пенітенціарні установи повинні забезпечити

безпеку суспільства, переорієнтувати засуджених від злочинної поведінки на соціально прийнятну. Зазначені фактори показують актуальність обраного напрямку.

**Аналіз останніх досліджень.** Позитивний вплив у формі карально-виправних заходів певною мірою сформувався в установах виконання покарань (далі – УВП). Вивчення наукової літератури свідчить, що досить потужне наукове підґрунтя у цьому контексті створили такі науковці, як К. А. Автухов, Л. В. Багрий-Шахматов, М. І. Бажанов, В. А. Бадира, І. Г. Богатирьов, І. В. Боднар, Є. М. Бодюл, В. В. Василевич, А. П. Гель, А. В. Градецький, Т. А. Денисова, О. М. Джужа, В. К. Дуюнов, П. П. Козлов, О. Г. Колб, І. М. Копотун, О. Г. Крикушенко, О. В. Лисодед, Л. П. Оніка, М. С. Пузирьов, Г. О. Радов, А. Л. Ременсон, М. В. Романов, В. В. Сташис, А. Х. Степанюк, В. М. Трубников, С. Я. Фаренюк, С. В. Царюк, В. І. Шакур, І. С. Яковець та ін.

Водночас, зазначена проблематика досліджувалася фрагментарно. Залишилися на доктринальному рівні не розкриті питання, що зумовили вибір предмета цієї наукової розробки, зокрема не повною мірою з'ясовано зміст заохочувальних та заборонних заходів карально-виправного впливу, що формують поведінку засуджених при відбуванні покарання у виді позбавлення волі.

Метою статті є розкрити теоретичні положення, що стосуються заохочувальних та заборонних заходів при виконанні покарання у виді позбавлення волі та їх місце у системі карально-виправного впливу.

**Виклад основного матеріалу.** Призначення, виконання і відбування покарання знаходиться у взаємозв'язку з кримінальною та кримінально-виконавчою політикою держави. Політика держави безпосереднім чином впливає на змістовну характеристику покарання, систему морально-етичних цінностей, вибір кримінальних покарань, громадських санкцій та заходів впливу. І у всіх випадках особливу цінність і важливість набувають питання, пов'язані з ефективністю покарання, а саме процесу соціальної адаптації та ресоціалізації осіб, і, у кінцевому підсумку, рівнем рецидивної злочинності.

Як відомо, підсумком карально-виправного впливу на засуджених у пенітенціарних установах прийнято вважати ступінь виправлення особи, яка відбула повністю або частково покарання, про що зазначено у ст. 6 КВК України «Виправлення і ресоціалізація засуджених та їх основні засоби» [1]. Розкриваючи у вказаній нормі поняття виправлення та ресоціалізації, законодавець вважає за потрібне зазначити у ч. 1. «Виправлення засудженого – процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокеруваної правослужняної поведінки». У ч. 2 ст. 6 КВК під ресоціалізацією розуміється «свідоме відновлення засудженого у соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя у суспільстві». Таким чином, позитивний вплив на засудженого у формі виправлення передбачає організацію такого карально-виправного впливу, котрий забезпечив би формування особистісної поведінки засудженого, що надалі передбачає правослужняну поведінку. Необхідною умовою ресоціалізації також є виправлення засудженого.

Науковцями неодноразово ставилися питання про наявність відмінностей, особливих якостей, специфічних рис, які б відрізняли злочинця від правослужняної особи [2, с. 7, 39-53; 3, с. 5; 4, с. 83-136; 5, с. 21-24; 6, с. 107], а також про потребу у виправленні засуджених в умовах несвободи [7, с. 68-69; 8, с. 325; 9, 164-165]. Вважаємо, що цьому питанню необхідно приділяти особливу увагу, а тому лише констатуємо, що наша точка зору повністю збігається із думками професорів І. М. Даньшина, А. Ф. Зелінського, Т. А. Денисової.

Нинішня кримінально-виконавча система України знаходиться на переломі, коли стало очевидним загострення суперечностей між консервативністю чинного кримінально-виконавчого законодавства і рухом країни до гуманізму і демократії, побудови правової держави. Потрібно зазначити, що за час незалежності держави, не було зроблено суттєвих кроків назустріч соціальним змінам. Розрив між реальним станом закону і соціальними потребами у сфері виконання кримінальних покарань продовжує наростати. Це призводить до збільшення кількості

та тяжкості правопорушень серед засуджених, загрожує привести систему виконання покарань до кризи. У місцях позбавлення волі непоодинокими є факти антигуманного поводження із засудженими, де пригнічується їх людська гідність, а у деяких випадках панує свавілля і жорстокість. Виходячи на свободу, колишні злочинці не тільки не виправляються, але набувають певних негативних навичок і повністю готові до подальшої злочинної діяльності. Крім того, багато з них, за певними обставинами, ще у місцях позбавлення волі формуються в організовані злочинні угруповання з антисоціальними установками.

Повертаючись до норм КВК України, зазначимо, що ч. 3 ст. 6 передбачено, що «основними засобами виправлення і ресоціалізації засуджених є встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим), пробация, суспільно корисна праця, соціально-виховна робота, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, громадський вплив» [1]. Саме вказані засоби характеризують карально-виправний вплив, що здійснюється на засуджених.

У зв'язку з тим, що основні права та обов'язки тісно пов'язані із режимними вимогами, що висуваються до засуджених, необхідно зупинитися на заборонних та заохочувальних заходах, котрі охоплюються режимом виконання й відбування покарань.

Чинний КК України не передбачає необхідності визначення судом певного виду режиму при призначенні покарання у виді позбавлення волі на певний строк. Визначення виду УВП здійснюється Комісіями з питань розподілу й направлення засуджених зі слідчих ізоляторів (тюрем) до місця виконання покарання. Проте, у залежності від виду УВП, засуджені зазнають різного ступеню обмежень прав та свобод. Таке становище не відповідає ч. 3 ст. 63 Конституції України [10], згідно з якою засуджений користується всіма правами людини та громадянина за виключенням обмежень, визначених законом та встановлених вироком суду. Це означає, що обмеження прав та свобод засуджених мають бути визначені не процедурними нормами КВК і, тим більш, не постановою Комісії з питань розподілу й направлення засуджених зі слідчих ізоляторів (тюрем) до УВП, а на підставі або матеріальних норм КК України та за вироком суду, який і має визначати вид установи для осіб, позбавлених волі або норм КВК України.

Науковцям і практикам відомо, яких збитків засудженим приносить нерозумне застосування режимних обмежень, виховуючи у них почуття приниженості, бажання виділитись будь-якою ціною, навіть шляхом порушення правил внутрішнього розпорядку. Практиці відомі випадки, коли засуджені готові вчинити злочин, щоб змінити своє життя. Найкращий вихід протистояти режимним вимогам засудженими вбачається у створенні своєї, альтернативної адміністрації, середовища з неформальними нормами поведінки (субкультурою).

Безумовно, кожен засуджений повинен постійно відчувати неможливість послаблення встановленого законом режиму, але не відкидаючи його позитивних вад (виховання почуття дисциплінованості,

відповідальності, вміння підпорядковувати свою волю вимогам більшості та ін.), все ж необхідно зазначити, що режим повинен мати свої межі, встановлені законом. Ні в якому разі не можна допускати знущань з засуджених, навмисного приниження їхньої особистої гідності, застосування непередбачених законом засобів примусового характеру. Тобто, режим відбування покарання повинен суворо регламентуватися нормами закону і не може нагромаджуватись штучно створеними жорстокими умовами, обмеженням у правах та іншими діями.

Ізоляція – це виявлення кари за вчинений злочин, що має принциповий характер. Кара є складовою частиною кожного покарання і їй притаманні чіткі терміни покарання, наявність фізичних та моральних страждань, різного роду правообмеження тощо. За час відбування покарання у засуджених можливі різноманітні зміни поглядів і поведінки, які повинні неодмінно нести за собою поліпшення або погіршення умов утримання засуджених як у межах однієї установи, так і шляхом переведення в інші виправні заклади. Якщо мова йде про засуджених з позитивними установками, то подальше залишення їх у загальному асоціальному середовищі може принести тільки шкоду. Неможливості погіршення поведінки засуджених сприятиме саме диференційоване застосування заходів заохочень і стягнень.

КК передбачена можливість, за певних умов, звільнення засуджених від подальшого відбування ними покарання або, в окремих випадках, заміна його на більш м'яке покарання. Так, КК передбачає умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, а ст. 154 КВК вказує на порядок дострокового звільнення від відбування покарання.

В останні роки почалися реформаторські зрушення, що, як вбачається, можуть змінити ситуацію на краще у місцях несвободи. Активізація позиції Міністерства юстиції у подоланні недоліків, зловживань, відступів від норм права і моралі ні в якій мірі не повинна послаблюватися. Незмінним завданням залишається використання сили закону у боротьбі зі злочинністю та іншими правопорушеннями, особливо у місцях позбавлення волі. Таким чином, слід

зазначити, що для ефективності карально-виправного впливу на засуджених, попри значні економічні труднощі, фундаментального значення набуває обов'язок держави створити всі умови для повернення у суспільство не злочинця, а законслухняного громадянина.

**Висновки.** У процесі виконання покарання проявляється багатогранність карально-виправного впливу на засуджених. По-перше, він передбачає комплекс правообмежувальних та правовстановлюючих заходів, які виховують засудженого, дають йому можливість усвідомити необхідність правослухняної поведінки. По-друге, завдяки заохочувальним та заборонним заходам корегується анти-суспільна спрямованість особи. По-третє, завдяки вказаним заходам, що входять у систему карально-виправного впливу, підвищується правовий рівень особи і розвивається її правосвідомість, що надалі може утримати її від злочинної поведінки.

Людина, яка на довгі роки позбавлена волі, пристосовується до складного життя в умовах несвободи, а потім поступово звикається зі своїм становищем і стає не придатною до нормальних умов життя. Суспільство не має бажання «співпрацювати» з колишнім злочинцем, а значить він буде триматись свого злочинного осередку, з яким є постійний зв'язок. І це може провокувати вчинення повторних злочинів.

Одночасно, уявляється, що виховні можливості покарання (особливо у виді позбавлення волі) досить обмежені. Негативні фактори (несприятливе оточуюче середовище, наявність правообмежень та заборон, невдоволеність призначеним покаранням тощо) дозволяє засудженим протистояти карально-виправному впливу, що може нейтралізувати його процес. Тому слід приєднатися до позиції тих фахівців, які вважають, що при призначенні та виконанні покарання необхідно таким чином впливати на особу злочинця, щоб засуджений не під впливом страху (якого він практично не відчуває після перших років засудження), а з позитивних мотивів бажав самовиправлення, а саме, змін своєї поведінки, прагнув повернутися до родини, і надалі відмовився від злочинної діяльності.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінально-виконавчий кодекс України (у редакції від 07.04.2017). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1129-15>
2. Тард Г. Преступник и преступление. Сравнительная преступность. Преступления толпы / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. М.: ИНФРА-М, 2004. 391 с.
3. Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. М.: ИНФРА-М, 2004. 110 с.
4. Бачинин В. А., Панов Н. И. Достоевский: философия, социология и психология преступления. Х.: Основа, 2001. 360 с.
5. Зелинский А. Ф. Криминальная психология. Научно-практическое издание. К.: Юринком Интер, 1999. 240 с.
6. Даньшин И. Н. Общетеоретические проблемы криминологии: монография. Х.: Прапор, 2005. 224 с.
7. Денисова Т. А. Зменшення репресій – зменшення рецидиву злочинів // Актуальные проблемы криминологии и криминальной психологии. Одеса: Фенікс, 2007. С. 68–76.
8. Денисова Т. А. Криза призначення, виконання, відбування покарання у виді позбавлення волі на певний строк та шляхи її подолання // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. А. А. Музики. К.: КЮІ КНУВС, 2005. С. 324–332.
9. Степанюк А. Х., Трубников В. М. Виконання покарання у вигляді позбавлення волі й особистості постпенітенціарної адаптації звільненого: навч. посібник. К.: ІСДО, 1993. 370 с.
10. Конституція України: Основний Закон України від 28.06.1996р. № 254к/96–ВР // Відом. Верхов. Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.



**Чернишов Г. М.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ: АНАЛІЗ СУЧАСНОГО СТАНУ

### CRIMINOLOGICAL CHARACTERISTICS OF RECIDIVISM IN UKRAINE: ANALYSIS OF CURRENT STATE

У статті розглядаються питання, пов'язані з дослідженням рецидивної злочинності. Розкривається сутність рецидиву злочинів з позицій кримінального закону та кримінології. На підставі аналізу кількісно-якісних показників надається кримінологічна характеристика сучасного стану рецидивної злочинності в Україні.

**Ключові слова:** рецидив, рецидив злочинів, рецидивна злочинність, кримінологічна характеристика, показники рецидивної злочинності, сучасний стан рецидивної злочинності.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с исследованием рецидивной преступности. Раскрывается сущность рецидива преступлений с позиций уголовного закона и криминологии. На основании анализа количественно-качественных показателей даётся криминологическая характеристика современного состояния рецидивной преступности в Украине.

**Ключевые слова:** рецидив, рецидив преступлений, рецидивная преступность, криминологическая характеристика, показатели рецидивной преступности, современное состояние рецидивной преступности.

The article deals with issues related to the study of recidivism. The essence of recidivism is revealed from the positions of criminal law and criminology. The criminological characteristics of the current state of recidivism in Ukraine are provided and based on the analysis of quantitative and qualitative indicators.

**Key words:** recidivism, criminal recidivism, criminological characteristics, indexes of recidivism, current state of recidivism.

**Постановка проблеми.** Однією з головних загроз нормального розвитку суспільних відносин є злочинність. На рівні Організації Об'єднаних Націй злочинність у різноманітних її проявах, у тому числі організована, транснаціональна, терористична, визнана проблемою всього людства на рівні з такими сучасними викликами, як війни, голод, нестача питної води, зміни клімату тощо.

Рецидивна злочинність є свідченням того, що кримінальний спосіб життя для значної частини населення (у 2016 р. частка осіб, які на момент учинення нового злочину мали незняту або непогашену судимість, становила 20,9%, тобто приблизно кожен п'ятий виявлений злочинець був рецидивістом) фактично став соціальною практикою, а вчинення нового злочину – одним зі способів задоволення власних потреб.

Поширення кримінальної ідеології та субкультурних проявів, у тому числі серед неповнолітніх та навіть малолітніх осіб (варто пригадати лише так званий рух «АУЕ»), романтизація злочинності, моральне виправдання цілої низки правопорушень у свідомості соціуму («не ми такі, а то життя таке»), героїзація кримінальних авторитетів, не стабільний стан українського суспільства та інші чинники є сприятливим фундаментом для поширення рецидивних злочинів та збільшення кількості осіб, які їх вчиняють.

Актуальність теми статті обумовлена тим, що рецидивна злочинність є одним з найбільш небезпечних проявів кримінальної активності. Підвищена суспільна небезпечність пояснюється тим, що такі

злочини фактично нівелюють превентивну функцію кримінального закону (як загальну, так і спеціальну превенцію), підривають основи правопорядку у країні та є яскравим свідченням неефективності виправного впливу на злочинців та взагалі усієї кримінально-виконавчої системи. На фоні цього правові категорії «виправлення» та «ресоціалізація» втрачають авторитет та сприймаються як декларативні положення й теоретичні ідеали.

Рецидивна злочинна діяльність тісно пов'язана (а нерідко виступає основою) з існуванням та поширенням суміжних деструктивних практик – професійної злочинності, організованої злочинності, злочинності у місцях позбавлення волі та під час відбування інших покарань. Більше того, основними носіями кримінальної субкультури є злочинці-рецидивісти, які складають ідеологічне ядро кримінального світу.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Кримінально-правові та кримінологічні аспекти рецидиву злочинів у цілому та пов'язані з ним інші криміногенні явища (професійна та організована злочинність, кримінальна та тюремна субкультура тощо) досліджували вітчизняні та зарубіжні науковці, зокрема П. П. Андрушко, Ю. М. Антонян, В. С. Батиргареева, М. Г. Вербенський, В. В. Голина, Б. М. Головкін, А. І. Гуров, І. М. Даньшин, А. І. Долгова, О. М. Джужа, В. М. Дрьомін, А. П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, О. Г. Кулик, В. Ф. Лагоцька, П. П. Михайленко, В. О. Навроцький, Ю. К. Олександров, Н. В. Ольховик, Н. М. Пісоцька, Є. Ю. Полянський, В. І. Попов, О. М. Яковлев та інші.

На рівні дисертаційних та монографічних досліджень рецидивна злочинність ставала предметом ґрунтовного вивчення В. С. Батиргарєєвої («Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми», 2009 р.; «Кримінологічні засади запобігання рецидивній злочинності в Україні», 2011 р.), А. Ф. Зелінського («Рецидив преступлений (структура, связи, прогнозирование», 1980 р.)), П. П. Михайленка («Рецидивная преступность и её предупреждение органами внутренних дел», 1970 р.), Н. М. Пісоцької («Рецидивна злочинність молоді та її попередження», 2001 р.), І. В. Попова («Рецидив и организованная преступность», 1998 р.), О. М. Яковлева («Борьба с рецидивной преступностью», 1964 р.) та інших вітчизняних та зарубіжних учених.

**Постановка завдання.** Метою статті є кримінологічна характеристика сучасного стану рецидивної злочинності в Україні на підставі дослідження її кількісно-якісних показників. Отримана інформація є продовженням наукових досліджень інших учених, що займалися вивченням рецидивної злочинної діяльності, та підґрунтям для формування стратегій та розробки заходів запобіжного впливу з метою мінімізації її небезпечних проявів на сучасному етапі.

**Виклад основного матеріалу.** Рецидив злочинів – явище не нове в юридичній доктрині та у практиці правозастосування. Як пише В. І. Попов, відношення суспільства до особи, яка вчинила декілька злочинів, як до більш суспільно небезпечної, аніж ті, хто вчинив злочин один раз, було закріплено і зустрічається у стародавніх правових документах різних народів світу. Зокрема, деякі дослідники знаходять доволі розвинене поняття рецидиву ще у Римському праві. Термін «*recidere*» зустрічається у канонічному праві, що передбачало більш суворе покарання за повторювані злочини [1, с. 9].

Н. В. Ольховик та Л. М. Прозументов зазначають, що підвищена цікавість до рецидивної злочинності обумовлена її відносно стабільним становищем у всій сукупності злочинів, високою питомою вагою раніше засуджених осіб у загальній чисельності осіб, які вчинили злочини, а також засуджених до позбавлення волі, стійкістю асоціальної поведінки визначеної категорії рецидивістів [2, с. 8].

Кримінологічний аналіз рецидивної злочинності в Україні ускладнюється низкою обставин, які призводять до викривлення її об'єктивного стану та можливого формування хибного уявлення про реальну кримінальну ситуацію й загрози рецидивізму. До таких причин можна віднести, по-перше, відсутність єдиного розуміння рецидивної злочинності, попри наявність легального визначення рецидиву у кримінальному законодавстві, по-друге, недоліки офіційного статистичного обліку даного виду злочинності та, по-третє, латентністю, яка у більшій чи меншій мірі притаманна усім проявам кримінальної активності.

У великому тлумачному словнику сучасної української мови «рецидив» визначається, як: 1) (медицина) повернення або повторення хво-

роби у типовій формі одразу після одужання або у період одужання; 2) повторний вияв чого-небудь; 3) (юриспруденція) повторне (чи неодноразове) вчинення злочину [3, с. 1028].

Як вже зазначалося вище, рецидив та відповідно рецидивна злочинність неоднаково визначаються різними науковцями. Легальне визначення рецидиву злочинів (від лат. «*recidivus*» – такий, що відновлюється, повторюється) передбачено ст. 34 Кримінального кодексу України – це вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин [4].

У кримінологічній літературі, як правило, використовується більш широке тлумачення рецидиву. Аналіз концепцій та визначень багатьох авторів дозволяє зробити висновок, що найбільш поширеним є підхід, що виключає залежність від наявності чи відсутності судимості у особи.

Кримінологічний рецидив злочинів – це повторне вчинення нового злочину особою, яка раніше вчинила злочин, незалежно від наявності у неї судимості. Кримінологічне поняття рецидиву дозволяє виділити повторні злочини, вчинені особами: до яких за різних обставин заходи кримінально-правового впливу взагалі не вживалися; які мають непогашену або незняту судимість; судимість яких погашена чи знята; щодо яких застосовані за попередні злочини інші, некримінальні покарання або заходи правового впливу [5, с. 226-227].

В. С. Батиргарєєва у межах власного дослідження рецидивної злочинності акцентує увагу на необхідності оперування кримінально-правовим визначенням рецидиву. Як слушно зазначає автор, інваріантність інтерпретації рецидивної злочинності частково зумовлюється спробами теоретиків вирізнити види рецидиву (легальний, кримінологічний, пенітенціарний, реабілітаційний та ін.), що одночасно має за мету показати неоднорідність цього явища. У будь-якому разі виявлення параметрів останнього треба гармонізувати з легальною дефініцією рецидиву злочинів, яку наводить кримінальний закон [6, с. 4].

До 2012 року включно (до 20 листопада 2012 р.) в офіційній статистичній звітності Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС України) фактично існували наступні види обліку, що мають відношення до аналізу показників рецидивної злочинності:

- 1) щодо кількості злочинів, вчинених особами, що раніше вчиняли злочин;
- 2) щодо кількості осіб, що вчинили злочин, які раніше вже вчиняли злочин;
- 3) щодо кількості осіб, які на момент учинення нового злочину мали незняту або непогашену судимість.

При цьому у статистичних звітностах взагалі не використовувались категорії «рецидивна злочинність», «рецидивні злочини», «рецидивісти».

Не дивлячись на певну недосконалість такого обліку, на наше переконання, усі зазначені показники мають відношення до оцінки стану рецидивної злочинності в Україні. Перший показник у наведеній

системі (кількість злочинів, вчинених особами, що раніше вчиняли злочин) дає уявлення про рівень рецидивної злочинності у країні у широкому кримінологічному значенні цього терміну. При цьому суттєвим недоліком цього розділу статистичного аналізу рецидивізму слід вважати той факт, що невідомо, які саме злочини тут враховані. Логічно, що попередніми і новими злочинами у цьому випадку можуть бути як умисні, так і необережні злочини.

Проаналізувавши дані за майже 8 років (з 2005 р. по 20 листопада 2012 р.), можна прослідкувати наступну тенденцію: у період з 2005 р. по 2009 р. рівень злочинів, вчинених особами, що раніше вчиняли злочин, мав сталий характер, а питома вага коливалась у межах 24-26,6%. З 2010 р. спостерігалось суттєво збільшення рівня цих злочинів: у 2010 р. – 96 830 злочинів (29,8%); 2011 р. – 147 585 (46,2%); 2012 р. – 138 310 (48,8%). Якщо порівняти 2005 р. та 2011 р., то абсолютне число злочинів збільшилось більше, ніж у двічі: з 72 940 до 147 585 злочинів. Приблизно вдвічі збільшився і їх відносний показник: з 24% до 46,2%.

Частка виявлених осіб, що вчинили злочин, які раніше вже вчиняли злочин, характеризувалась поступовим зростанням з 2005 по 2009 рік у середньому на 1%: 2005 р. – 46 637 осіб (19,7%); 2006 р. – 44 514 (20,8%); 2007 р. – 45 943 (21,5%); 2008 р. – 46 177 (22,2%); 2009 р. – 49 422 (23,3%). У 2010 р. їх число збільшилось майже на 11 тисяч осіб, що становило 60 373 особи (26,7% від всієї кіль-

кості осіб, що вчинили злочин). У 2011 р. цей показник налічував вже 102 694 (45,5%) особи, тобто збільшився на понад 42 тисячі осіб. За майже 11 місяців 2012 р. кількість осіб, що вчинили злочин, які раніше вже вчиняли злочин, становила 91 308 (46,8%) осіб.

У середньому майже кожен другий серед виявлених осіб, які раніше вже вчиняли злочин, на момент учинення нового злочину мав незняту або непогашену судимість: 2005 р. – 24 784 особи (19,4% до всіх осіб, що вчинили злочин); 2006 р. – 22 983 (10,7%); 2007 р. – 24 086 (11,25%); 2008 р. – 24 140 (11,6%); 2009 р. – 25 140 (11,85%); 2010 р. – 27 706 (12,2%); 2011 р. – 35 828 (15,9%); 2012 р. – 34 003 (17,4%) (таблиця 1) [7].

З 2013 року веденням кримінальної статистики займається Генеральна прокуратура України (далі – ГПУ), в офіційних статистичних звітах якої фактично відсутня інформація щодо кількості злочинів та осіб, які на момент учинення нового злочину (злочинів) мали незняту або непогашену судимість (тобто рецидивної злочинності у легальному розумінні рецидиву), а лише зазначається кількість злочинів, вчинених особами, які раніше вчиняли кримінальні правопорушення (таблиця 2) [8].

Лише з 2016 року ГПУ окремо надається статистична інформація «Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення», що включає облік осіб, що мають незняту та непогашену судимість (див. таблицю 3) [9].

Таблиця 1

**Деякі показники рецидивної злочинності в Україні**

Рік	Кількість злочинів, вчинених особами, що раніше вчиняли злочин (питома вага у %)	Виявлено осіб, що вчинили злочин, які раніше вже вчиняли злочин (у % до всіх осіб, що вчинили злочин)	Виявлено осіб, які на момент учинення нового злочину мали незняту або непогашену судимість (у % до всіх осіб, що вчинили злочин)
2005	72 940 (24%)	46 637 (19,7%)	24 784 (19,4%)
2006	65 800 (24,6%)	44 514 (20,8%)	22 983 (10,7%)
2007	71 261 (26,3%)	45 943 (21,5%)	24 086 (11,25%)
2008	70 394 (26,6%)	46 177 (22,2%)	24 140 (11,6%)
2009	73 544 (24,6%)	49 422 (23,3%)	25 140 (11,85%)
2010	96 830 (29,8%)	60 373 (26,7%)	27 706 (12,2%)
2011	147 585 (46,2%)	102 694 (45,5%)	35 828 (15,9%)
2012 (до 20 листопада)	138 310 (48,8%)	91 308 (46,8%)	34 003 (17,4%)

Таблиця 2

**'Кількість кримінальних правопорушень, вчинених особами, які раніше вчиняли кримінальні правопорушення**

Рік	Обліковано кримінальних правопорушень у звітному періоді	Кількість злочинів, вчинених особами, які раніше вчиняли кримінальні правопорушення (питома вага у % до усіх зареєстрованих кримінальних правопорушень)
2013	563 560	62 625 (11,1%)
2014	529 139	63 746 (12%)
2015	565 182	58 242 (10,3%)
2016	592 604	50 510 (8,5%)
2017 (січень-листопад)	519 730	60 509 (11,6%)

**Особи, які вчинили кримінальні правопорушення**

Рік	Виявлено осіб, які вчинили кримінальні правопорушення	Особи, з яких судимість не знята та не погашена (питома вага у % до усіх виявлених осіб)	Кількість жінок, з яких судимість не знята та не погашена (питома вага у % до усіх виявлених рецидивістів)
2016	99 307	20 776 (20,9%)	1 398 (6,7%)
2017 (січень-листопад)	107 391	22 291 (20,75%)	1 441 (6,5%)



Структура рецидивної злочинності характеризується наступними показниками: за даними В. С. Батиргаресової, найбільшу питому вагу у структурі рецидивних злочинів займають злочини проти власності (65,3%); злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (14,5%) і злочини проти життя та здоров'я особи (9,8%) [10, с. 16]. Злочини проти громадського порядку та моральності складають 5,4%, злочини проти правосуддя – 2,5%, злочини проти громадської безпеки – 1,3% [6, с. 169].

Географічні особливості поширення рецидивних злочинів фактично збігаються із загальними тенденціями розвитку злочинності в Україні: поступове зменшення рівня злочинності з південного сходу до північного заходу (виключення становить м. Київ, що традиційно має високі показники кримінальної активності). У межах власного ґрунтового дослідження злочинності в Україні О. Г. Кулик наводить наступні дані: протягом 1992-2009 рр. у середньому 57,9% всіх злочинів реєструвалося у 8 регіонах України: Дніпропетровській (у середньому 11%), Донецькій (10,7%), Харківській (7,2%), Запорізькій (5,7%) областях, м. Києві (5,7%), Автономній Республіці Крим (5,2%) та Одеській області (5,1%). Найнижчі показники злочинності характерні для Західної України [11, с. 41-48].

Без урахування територій, непідконтрольних українській владі, найбільш поширена рецидивна злочинність у Дніпропетровській, Харківській, Запорізькій, Одеській областях та у м. Києві. Найменш ураженими рецидивом злочинів є Тернопільська, Чернівецька, Рівненська, Івано-Франківська, Волинська, Закарпатська області.

За даними В. С. Батиргаресової, рецидивні злочини вчиняються (топографія рецидивної злочинності): 1) у житлових приміщеннях – 45,1% рецидивних злочинів; 2) в установах, організаціях, на підприємствах – 17,1%; 3) на вулицях, у дворах, скверах, парках – 13,9%; 4) у громадських місцях (кафе, ресторанах, на вокзалах, у магазинах тощо) – 13,55%; 5) у безлюдних місцях (на пустирях, у лісових масивах, покинутих будівлях тощо) – 3,6%; 6) на транспорті – 1,6%; 7), в інших місцях – 5,2% [6, с. 178].

**Висновки.** Рецидивна злочинність – складова частина загальної злочинності. Підвищена суспільна небезпечність, значна поширеність, відносна стабільність, кореляційна залежність з іншими проявами кримінальної активності, зв'язок із багатьма деструктивними практиками, насамперед, з організованою та професійною злочинністю, кримінальною ідеологією, та інші характеристики дозволяють розглядати рецидивну злочинність як самостійний кримінологічний феномен.

Не тільки рецидивні злочини є небезпечними, що підтверджується положеннями кримінального законодавства, адже рецидив розглядається як обставина, яка обтяжує покарання, але й особи, що їх вчиняють, відрізняються підвищеною небезпечністю та виступають носіями криміногенного потенціалу. Рецидивна злочинність демонструє закріплення у свідомості осіб, які вчиняють повторні злочини, стійких злочинних установок та навичок, антисуспільної спрямованості та занепаду моральності.

Кримінологічний аналіз кількісно-якісних показників рецидивної злочинності в Україні за період з 2005 р. по листопад 2017 р. включно дозволив зробити висновки про відсутність позитивних змін у динаміці її розвитку. Тенденції рецидивізму мають загрозливий характер. З 2009 року питома вага рецидивістів у структурі всієї злочинності зростає: з 10,7% у 2006 р. до 20,9% у 2016 р. За 11 місяців 2017 р. питома вага таких осіб вже сягнула 20,75%, тобто можна констатувати збереження негативної тенденції. Аналіз сучасної соціально-політичної, економічної та криміногенної обстановки у країні дає підстави спрогнозувати, що найближчі декілька років динаміка рецидивізму не зміниться у сторону суттєвого зменшення як рецидивних злочинів, так і осіб, що їх вчиняють. Це вимагає вдосконалення системи запобіжних заходів та втілення у життя комплексу заходів, у тому числі і пенітенціарної реформи, з метою мінімізації загроз рецидивної злочинності.



**ЛІТЕРАТУРА:**

1. Попов В. И. Рецидив и организованная преступность: монография. М., 1998. 192 с.
2. Ольховик Н. В., Прозументов Л. М. Рецидивная преступность осужденных и ее предупреждение. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2009. 160 с.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: Перун, 2001. 1440 с.
4. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. 2001. №25-26.
5. Кримінологія: Загальна та Особлива частини: підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, М. Ю. Валуйська та ін.; за заг. ред. В. В. Голіни. 2-ге вид. перероб. і доп. Х.: Право, 2009. 288 с.
6. Батиргарєєва В. С. Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми: монографія. Х.: Право, 2009. 576 с.
7. Стан та структура злочинності в Україні (2005-20.11.2012 рр.) // Міністерство внутрішніх справ України: офіц. веб-сайт. URL: <http://www.mvs.gov.ua>
8. Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (2013-2017 рр.) // Генеральна прокуратура України: офіц. веб-сайт. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>
9. Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення за січень-листопад 2017 року // Генеральна прокуратура України : офіц. веб-сайт. URL: [https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir\\_id=113281&libid=100820#](https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113281&libid=100820#)
10. Батиргарєєва В. С. Кримінологічні засади запобігання рецидивній злочинності в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2010. 47 с.
11. Кулик О. Г. Злочинність в Україні: тенденції, закономірності, методи пізнання: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2011. 288 с.

Членов М. В.,

старший викладач спеціальної кафедри № 1  
 Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України  
 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## СТРОКИ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ПОРЯДОК ОБЧИСЛЕННЯ ТА ПРОДОВЖЕННЯ

### THE TERMS OF THE PRIVATE INVESTIGATIVE (DETECTIVE) PROCEDURES: THE ORDER OF CALCULATION AND PROLONGATION

Статтю присвячено дослідженню положень Кримінального процесуального кодексу України щодо строків негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Висвітлено проблеми правового регулювання строків проведення негласних слідчих (розшукових) дій та надано пропозиції щодо його удосконалення.

**Ключові слова:** кримінальні процесуальні строки, негласні слідчі дії, порядок продовження строків.

Статья посвящена исследованию положений Уголовного процессуального кодекса Украины относительно сроков негласных следственных (розыскных) действий в уголовном производстве. Освещены проблемы правового регулирования сроков проведения негласных следственных (розыскных) действий и даны предложения по его совершенствованию.

**Ключевые слова:** уголовные процессуальные сроки, негласные следственные действия, порядок продления сроков.

The article deals with the research of the principles Criminal Procedural Code of Ukraine concerning the terms of the private investigative (detective) procedures in the criminal proceeding. The problems of legal regulation of the terms of the conducting the private investigative (detective) procedures are analyzed and proposals for their improvement are given.

**Key words:** criminal procedural terms, private investigative procedures, order of extending terms.

**Постановка проблеми.** Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України).

Процесуальні строки є однією з гарантій забезпечення конституційних прав і свобод людини (ст. ст. 28, 29, 30, 31, 32 Конституції України), які у передбачених законом випадках правомірно обмежуються, зокрема під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД). Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) закріплює строки та порядок проведення НСРД, який унеможливує свавільне обмеження конституційних прав особи, контроль за дотриманням якого покладено на слідчого суддю та прокурора. Глава 21 КПК визначає поняття, види, підстави, порядок та строки проведення НСРД. При цьому, окремі аспекти стосовно строків НСРД, порядку їх обчислення та продовження залишилися неврегульованими, або врегульовані не досить чітко й однозначно.

Актуальність дослідження пов'язана з тим, що норми КПК недостатньо чітко регламентують граничні строки проведення окремих НСРД, зокрема, які проводяться на підставі постанови слідчого, прокурора, що призводить до неоднакового їх обчислення та застосування на практиці. Наслідком цього є порушення конституційних прав і свобод громадян (перевищення строків правомірного обмеження цих прав) та визнання доказів, отриманих у результаті НСРД, недопустимими.

**Стан дослідження.** Питання правового регулювання та застосування інституту НСРД у кримінальному провадженні досліджували такі науковці, як

М. Й. Вільгушинський, М. Л. Грібов, С. О. Грищенко, О. В. Капліна, В. А. Колеснік, Г. Р. Крет, В. Т. Маляренко, Д. Й. Нікіфорчук, М. А. Погорецький, О. І. Полюхович, Є. Д. Скулиш, Р. М. Шехавцов, М. О. Шилін, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, С. Б. Фомін, В. Г. Уваров та ін.

Окремі проблемні питання щодо строків НСРД та порядку їх продовження розглянуто Д. Б. Сергеевою [1], О. О. Проценко [2], С. М. Ховавко [3]. Разом з тим, чимало проблемних аспектів щодо цього питання залишилися не розкритими, а комплексне дослідження строків НСРД та їх продовження не проводилось.

Метою статті є дослідження норм КПК, що регламентують строки, пов'язані з проведенням НСРД, суб'єктів, уповноважених встановлювати ці строки та порядок їх обчислення, виявлення недоліків правової регламентації, а також надання пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства у цій сфері.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ч. 1 ст. 246 КПК негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК [4]. Норми КПК щодо НСРД повинні застосовуватись з урахуванням практики ЄСПЛ та загальних засад кримінального провадження, однією з яких є розумність строків (ст. 28 КПК).

Строки проведення НСРД, а також порядок їх продовження, залежать від виду НСРД, а також від того, ким прийнято початкове рішення про їх проведення. Таке рішення слідчий, прокурор приймає у формі постанови, а слідчий суддя – у формі ухвали за результатами розгляду клопотання прокурора або

клопотання слідчого, погодженого з прокурором (ст. ст. 110, 246 КПК). З урахуванням цього, підстави проведення НСРД є:

– *ухвала слідчого судді* про дозвіл на проведення: 1) аудіо-, відео контролю особи (ст. 260 КПК), 2) накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261 КПК), 3) огляду і виїмки кореспонденції (ст. 262 КПК), 4) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК), 5) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ч. 1 ст. 264 КПК), 6) обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК), 7) установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК), 8) спостереження за особою (ст. 269 КПК), 9) моніторингу банківських рахунків (ст. 269-1 КПК), 10) аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270 КПК), 11) негласного отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274 КПК);

– *постанова прокурора* про проведення: 1) контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК), 2) виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК), 3) спостереження за річчю або місцем (ст. 269 КПК);

– *постанова слідчого, погоджена керівником органу досудового розслідування* про виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК);

– *постанова слідчого* про спостереження за річчю або місцем (ст. 269 КПК).

Д. Б. Сергеева слушно зазначає, що зміст ст. 246 КПК не відповідає її назві «підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій», що є суттєвим недоліком кримінального процесуального закону, оскільки строки проведення НСРД, а також порядок їх продовження, суб'єкти його ініціювання, зазначені у вказаній статті, повинні бути чітко визначені у законодавстві в окремих його нормах [1, с. 150]. Погоджуючись з цим, слід зазначити, що з точки зору законодавчої техніки розумним було б встановити у главі 21 КПК окрему норму, в якій встановити граничні строки НСРД, які проводяться на підставі ухвали слідчого судді, постанови слідчого, прокурора; загальні (максимальні) строки проведення певних НСРД у кримінальному провадженні; порядок обчислення строків НСРД; суб'єктів, уповноважених продовжувати строки НСРД; порядок продовження цих строків, суб'єктів його ініціювання.

Строки прийняття рішень щодо НСРД. Заслужує на увагу питання строку розгляду та погодження прокурором клопотання слідчого до слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД, який у КПК не встановлений. Вважаємо це недоліком правової регламентації НСРД, оскільки у практичній діяльності інколи це призводить до необґрунтованого затягування з боку прокурора процедури погодження вказаного клопотання слідчого. Подібні ситуації є недопустимі, оскільки зволікання з проведенням НСРД може призвести до втрати доказів. Ця прогалина вирішена в Інструкції про організацію проведення негласних

слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, яка затверджена спільним наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Міністерством фінансів України, Адміністрацією ДПС України та Міністерством юстиції України від 16.11.2012 (далі – Інструкція) [5], п. 2.4. якої закріплює строк розгляду прокурором клопотання слідчого «невідкладно з моменту надходження», а також встановлює письмову форму відмови шляхом прийняття постанови. Крім того, у пунктах 10.1 та 10.2 наказу Генеральної прокуратури України «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» від 19.12.2012 № 4гн [6] зазначено «невідкладно» вирішувати прокурором питання про погодження клопотань слідчих про проведення НСРД або про відмову в їх погодженні, про що виноситься письмова постанова з викладенням мотивів такого рішення.

На нашу думку, строк розгляду прокурором клопотання слідчого повинен бути закріплений у кримінальному процесуальному законі, у зв'язку з чим пропонується внести законодавчі зміни до ч. 3 ст. 246 КПК, якими після першого речення додати речення наступного змісту: «Розгляд та погодження прокурором клопотання слідчого про надання дозволу на проведення НСРД здійснюється невідкладно з моменту надходження. Відмова у погодженні клопотання приймається у формі постанови».

Відповідно до ч. 1 ст. 248 КПК слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про дозвіл на проведення НСРД протягом 6 годин з моменту його отримання. При цьому, у розділі 3 «Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій» (лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.03.2014 № 101-323/0/4-14) зазначено, що перебіг строку «протягом шести годин» починається з моменту надходження до канцелярії відповідного апеляційного суду та реєстрації клопотання про дозвіл на проведення НСРД.

Суб'єкти, уповноважені встановлювати строки проведення НСРД. Згідно з ч. 1 ст. 113 КПК процесуальні строки – це встановлені законом або відповідно до нього прокурором, слідчим суддею або судом проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії. Аналогічні суб'єкти, уповноважені встановлювати процесуальні строки, зазначені у ст. 114 КПК. За результатом аналізу та зіставлення змісту статей 113, 114, 246 КПК можна зробити висновок, що суб'єктом, уповноваженим встановлювати процесуальні строки, зокрема строки, пов'язані з проведенням НСРД, є не тільки прокурор та слідчий суддя, а і слідчий. Наприклад, у клопотанні до слідчого судді, а також постанові про проведення НСРД – строк її проведення; у дорученні про проведення НСРД – періодичність (строки) складання протоколів уповноваженим оперативним підрозділом. На нашу думку, у ч. 1 ст. 113 та ч. 2 ст. 114 КПК

потрібно внести законодавчі зміни, доповнивши словом «слідчий», який також уповноважений встановлювати процесуальні строки, зокрема строки НСРД.

Строк дії процесуальних рішень про проведення НСРД. У рішенні про проведення НСРД обов'язково зазначається строк її проведення (ч. 5 ст. 246 КПК). Ця вимога пов'язана з тим, що обмеження конституційних прав під час НСРД, як вимушений, тимчасовий захід, повинно бути здійснено у межах строків (часових параметрів), визначених законом. У процесуальному рішенні слідчого, прокурора, слідчого судді, мотивуванню підлягає не тільки необхідність проведення певної НСРД, а й окремо строк її проведення, достатній для можливості досягнення її мети. У кожному конкретному випадку варто індивідуально підходити до вирішення питання про строки НСРД, протягом яких планується обмежити права людини. Строк встановлюється залежно від виду НСРД, необхідності отримання відомостей одноразово чи протягом певного часу, у межах, визначених ст. ст. 246, 249 КПК. На користь встановлення конкретного строку потрібно навести певні аргументи, мотивувати такий строк у клопотанні, ухвалі, постанові. Строк НСРД повинен встановлюватись з урахуванням обґрунтованості необхідного періоду проведення (в ухвалі – ініціатором клопотання), фактичних обставин справи, ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи підозрюваного, складності кримінального провадження і поведінки його учасників, способу здійснення слідчим, прокурором своїх повноважень, наданих раніше дозволів на проведення стосовно цієї ж особи НСРД й інших обставин, виходячи з вимог розумності (ст. 28, ч. 2 ст. 113 КПК) і дотримання балансу між забезпеченням мінімального втручання держави у приватне життя особи та досягненням мети НСРД в інтересах національної та громадської безпеки (у розумінні ст. 8 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод).

У КПК граничний строк, який не може перевищувати два місяці, встановлений тільки до НСРД, які проводяться на підставі ухвали слідчого судді (ч. 1 ст. 249 КПК). Стаття 251 КПК серед вимог до постанови слідчого, прокурора передбачає наявність даних про початок та тривалість НСРД, але містить правову невизначеність, оскільки не регламентує граничний строк її проведення. При цьому ч. 2 ст. 113 КПК вказує, що будь-яка процесуальна дія має бути виконана не пізніше граничного строку, визначеного відповідним положенням КПК. Виникає питання: чи може слідчий або прокурор своєю постановою встановити строк, наприклад, проведення візуального спостереження за річчю або місцем (ч. 2 ст. 269 КПК) більш ніж на два місяці? З формальної сторони заборон до цього, начебто, немає. Однак, ст. 28 КПК вказує, що кожна процесуальна дія повинна бути виконана у розумні строки. Крім того, ст. 246 КПК передбачає порядок продовження строку проведення НСРД, розпочатих за рішенням слідчого, прокурора до 6, 12, 18 місяців. Відсутність у ст. 251 КПК встановленого законодавцем граничного строку дії постанови

слідчого, прокурора про проведення НСРД є недоліком правового регулювання, яке може призводити до неоднакового застосування норм глави 21 КПК, ухилення від необхідності продовження строків НСРД, а надалі до визнання отриманих доказів недопустимими. На нашу думку, граничний строк НСРД, здійснюваних на підставі постанови слідчого або прокурора, повинен бути встановлений законодавцем у ст. 251 КПК таким же, як і ухвали слідчого судді, тобто не може перевищувати два місяці. Запропоновані зміни будуть узгоджуватися з положеннями ч. 5 ст. 246 КПК про необхідність мотивованого продовження строків НСРД, розпочатих на підставі постанови слідчого, прокурора, вимогами про розумність строків та забезпечення відомчого контролю з боку керівника органу досудового розслідування.

Загальний строк проведення НСРД у кримінальному провадженні. Згідно з ч. 4 ст. 249 КПК загальний строк, протягом якого в одному кримінальному провадженні може тривати проведення НСРД, дозвіл на проведення якої дає слідчий суддя, не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 КПК. НСРД проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. Згідно з чинною редакцією ст. 219 КПК строк досудового розслідування тяжких і особливо тяжких злочинів не може перевищувати 12 місяців. Тобто, загальний (максимальний) строк проведення НСРД щодо конкретного об'єкту (особи, місця, речі) на підставі ухвали слідчого судді не може перевищувати 12 місяців. Виключенням є установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК), яка може проводитись на підставі ухвали слідчого судді у будь-якому кримінальному провадженні, незалежно від ступеня тяжкості злочину. У зв'язку з цим загальний (максимальний) строк установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості не може перевищувати 6 місяців, а щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину – не може перевищувати 12 місяців.

Недостатньо чітким для розуміння та практичного застосування є положення другого речення ч. 4 ст. 249 КПК: у разі проведення НСРД на підставі ухвали слідчого судді з метою встановлення місцезнаходження особи, яка переховується від органів досудового розслідування, слідчого судді чи суду, та оголошена у розшук, вона може тривати до встановлення місцезнаходження розшукуваної особи. Складається враження, що строк дії такої НСРД може перевищувати 12 місячний строк, проводиться до встановлення місцезнаходження підозрюваного, оголошеного у розшук. Також можна припустити, що така НСРД проводиться у зупиненому провадженні, оскільки її метою є отримання не доказів, а відомостей щодо місцезнаходження підозрюваного. Визначення моменту закінчення такої НСРД словосполученням «до встановлення місцезнаходження особи» містить правову невизначеність, оскільки не зрозуміло: НСРД завершується отриманням



відомостей про місцезнаходження підозрюваного або вона продовжується до моменту затримання підозрюваного, встановленого у певному місці. На жаль, чітких відповідей на ці питання КПК не містить.

Що стосується загального (максимального) строку проведення в одному кримінальному провадженні НСРД на підставі постанови слідчого або прокурора, відповідно до ч. 5 ст. 246 КПК, він не може перевищувати 18 місяців.

Обчислення загальних (максимальних) строків НСРД необхідно здійснювати по кожній з них окремо стосовно кожного об'єкта (особи, речі, місця).

Вищевказані строки проведення НСРД наведені відповідно до чинної редакції ст. 219 КПК, в якій строк досудового розслідування обчислюється з моменту повідомлення особі про підозру та чітко визначені – до 6 місяців щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості, а також до 12 місяців щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Однак з 15.03.2018 набувають чинності зміни до ст. ст. 219, 295 КПК, внесені Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 року № 2147-VIII [7]. Цими змінами запроваджується новий порядок обліку строків досудового розслідування, який обчислюється з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності або до дня ухвалення рішення про закриття кримінального провадження. При цьому, строк досудового розслідується складається з двох складових: 1) строку до повідомлення особі про підозру, який становить: а) щодо злочину невеликої або середньої тяжкості – 12 місяців з можливістю його неодноразового продовження на 6 місяців; б) щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину – 18 місяців з можливістю його неодноразового продовження на 12 місяців; 2) строку після повідомлення особі про підозру, який становить: а) до 6 місяців щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; б) до 12 місяців щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. На відміну від чинної редакції ст. 219 КПК з чітко визначеними загальними (максимальними) строками досудового розслідування (6 або 12 місяців), нова редакція ст. ст. 219 КПК не містить чітко визначеного загального строку досудового розслідування, оскільки перша його складова (до повідомлення особі про підозру) може бути неодноразово продовжена.

Таким чином, маємо констатувати той факт, що з 15.03.2018 після набуття чинності нової редакції ст. 219 КПК, виникне проблема обчислення загальних строків проведення НСРД у кримінальному провадженні. Одним зі шляхів вирішення вказаної проблеми є внесення змін до ч. 4 ст. 249 КПК,

в якій словосполучення «не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені статтею 219 цього Кодексу» замінити словосполученням «не може перевищувати дванадцяти місяців». На наш погляд, відсутність чітко визначених строків проведення НСРД у кримінальному провадженні створює передумови до свавільного, необмеженого часовими рамками порушення конституційних прав і свобод громадян.

Обчислення строків НСРД. Згідно зі ст. 249 КПК строк дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД не може перевищувати 2 місяці. На нашу думку, з метою застосування однакового строку обмеження конституційних прав людини, у процесуальному рішенні слідчого, прокурора, слідчого судді про проведення НСРД строк повинен встановлюватись не у місяцях, а у днях (або добах, у КПК ці терміни є тотожними). За правилами обчислення строків місяцями (ч. 4 та ч. 5 ст. 115 КПК) двомісячний строк має різну тривалість у днях, у залежності від місяця, в якому прийнято рішення. НСРД, рівно як тримання під вартою та проведення стаціонарної психіатричної експертизи, безпосередньо пов'язана з обмеженням конституційних прав громадян, яке може тривати у нічний час, цілодобово, вихідні та святкові дні. Тому до НСРД не можна застосовувати передбачене ч. 5 ст. 115 КПК правило обчислення строку, за яким не береться до уваги той день, від якого починається строк. Обчислення строку НСРД днями дозволяє забезпечити однаковий граничний строк НСРД, який не може перевищувати 60 днів. У зв'язку з цим нами пропонується внести законодавчі зміни до ст. 249 КПК виклавши її в такій редакції: «строк дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії не може перевищувати 60 днів».

Крім зазначення строку проведення НСРД, у рішенні обов'язково повинен вказуватись початок його обліку, наприклад: «60 днів з моменту винесення» ухвали (постанови). Початком перебігу строку НСРД є день винесення ухвали слідчого судді, постанови прокурора, постанови слідчого, незалежно від часу складання. Однак, у випадках, коли постанова слідчого потребує погодження керівником органу досудового розслідування (ст. 272 КПК) або прокурором (у порядку ст. 250 КПК), початок перебігу строку її дії повинен обчислюватись з дати такого погодження.

При обчисленні строку НСРД у днях, проведення такої дії повинно бути закінчено о 24 годині останнього дня строку. Відповідно до ч. 5 ст. 249 КПК, перебіг строку НСРД може бути достроково припинено на підставі постанови прокурора (процесуального керівника), якщо відпала необхідність подальшого проведення цієї дії або він заборонив її подальше проведення (ч. 3 ст. 246 КПК).

З урахуванням вимог до обсягу наукової статті, інші проблемні питання щодо суб'єктів, уповноважених продовжувати строки проведення НСРД та порядку їх продовження будуть нами досліджено в окремій статті.

**Висновки.** Процесуальні строки проведення НСРД, чітка процесуальна регламентація порядку їх обчислення та продовження є однією з гарантій дотримання загальних засад кримінального судочинства, забезпечення конституційних прав і свобод людини.

Висвітлені проблемні питання правового регулювання строків НСРД вимагають подальшого ґрунтовного їх дослідження та наукових дискусій з метою пошуку оптимальних шляхів удосконалення КПК та забезпечення реального механізму гарантування державою прав людини.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Сергєєва Д. Б. Терміни провадження негласних слідчих (розшукових) дій за новим КПК України. Науковий вісник Херсонського державного університету 2013. Вип. 3. Т. 2. С. 149-152. URL: [http://www.lj.kherson.ua/pravo03/part\\_2/44.pdf](http://www.lj.kherson.ua/pravo03/part_2/44.pdf)
2. Проценко О. О. Актуальні питання продовження, припинення та повідомлення особам, відносно яких проводилось спостереження за особою, річчю або місцем в кримінальному провадженні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014. Вип. 9-1. С. 221-224. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu\\_jur\\_2014\\_9-1\\_65](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_9-1_65)
3. Ховавко С. М. Проблеми продовження строків проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. Вип. 4 (68). С. 340-346. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs\\_2013\\_4\\_49](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs_2013_4_49)
4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
5. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затверджена спільним наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Міністерством фінансів України, Адміністрацією ДПС України та Міністерством юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1681/51. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>
6. Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні: Наказ Генеральної прокуратури України від 19.12.2012 № 4гн. URL: [https://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id](https://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id)
7. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 року № 2147-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

Шапутько С. В.,

*аспірант наукової лабораторії з проблем досудового розслідування  
Національної академії внутрішніх справ***ЩОДО ОЦІНКИ ОБСТАВИН, ЩО ВРАХОВУЮТЬСЯ ПРИ ОБРАННІ  
ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ПОРЯДКУ Ч. 5 СТ. 176 КПК УКРАЇНИ****ASSESSMENT OF THE CIRCUMSTANCES TAKEN INTO ACCOUNT  
OF THE APPLICATION OF PREVENTIVE MEASURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS  
IN CHAPTER 5 ST. 176 CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE**

Здійснено порівняльний аналіз положень ч. 5 ст. 176 КПК України та позиції ЄСПЛ щодо оцінки обставин, які враховуються при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та розгляді можливості застосування альтернативних запобіжних заходів під час розгляду клопотання у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України. Запропоновано критерії, які необхідно враховувати слідчим суддям при обранні запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України.

**Ключові слова:** запобіжний захід, тримання під вартою, слідчий суддя, оцінка ризиків, повідомлення про підозру.

Проведен сравнительный анализ положений ч. 5 ст. 176 УПК Украины и позиций ЕСПЧ относительно критериев оценки, которые целесообразно использовать следственным судьям при принятии решения о применении меры пресечения в виде содержания под стражей, и рассмотрении возможности применения альтернативных мер пресечения при рассмотрении ходатайств в порядке ч. 5 ст. 176 УПК Украины.

**Ключевые слова:** мера пресечения, содержание под стражей, следственный судья, оценка рисков, уведомление о подозрении.

The main idea of the article is the implementation of a comparative analysis of the provisions of Part 5 of Art. 176 of the CPC of Ukraine and the position of the ECHR in assessing the circumstances that are taken into account in the selection of a preventive measure in the form of detention and consideration of the possibility of applying alternative preventive measures during the consideration of the application in accordance with Part 5 of Art. 176 CPC of Ukraine. Much attention is given to the criteria that must be taken into account by the investigating judges when choosing a preventive measure in accordance with Part 5 of Art. 176 CPC of Ukraine.

**Key words:** precautionary measure, detention, investigator judge, risk assessment, suspicious notification.

**Постановка проблеми.** Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» № 1689-VII від 7 жовтня 2014 р. внесено зміни до КПК України, згідно з якими ст. 176 КПК України доповнено частиною п'ятою, яка передбачає, що до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114<sup>-1</sup>, 258-258<sup>-5</sup>, 260, 261 Кримінального кодексу України, застосовується виключно запобіжний захід у вигляді тримання під вартою» [1]. Внесення змін до КПК України (ч. 5 ст. 176 КПК України) обумовлено необхідністю забезпечення принципу невідворотності покарання та підвищення ефективності розслідування окремих злочинів проти основ національної безпеки України [2]. Однак зазначені зміни є досить дискусійними в аспекті дискримінації прав осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів означеної категорії, у порівнянні з особами, які підозрюються у вчиненні злочинів інших категорій. Вивчення правозастосовної практики свідчить, що слідчі судді, реалізуючи повноваження щодо розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України, приймають рішення про застосування інших запобіжних заходів, не пов'язаних із триманням під вартою. А аналіз положень ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних

свобод та практика ЄСПЛ свідчить, що ч. 5 ст. 176 КПК України суперечить її вимогам. З огляду на це виникає необхідність здійснення порівняльного аналізу положень ч. 5 ст. 176 КПК України та позиції ЄСПЛ щодо критеріїв оцінки, які повинні застосовуватись слідчими суддями під час реалізації повноважень щодо вирішення питання про обрання запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Деякі аспекти застосування запобіжних заходів ставали предметом дослідження Ю. В. Бубири, М. Й. Вільгушинського, О. А. Губської, М. І. Дерев'янка, В. Г. Дрозд, С. Ю. Клімової, О. Коріяка, Е. Коваленка, В. К. Маввійчука, І. Озерського, А. Мельника, Т. Г. Фоміної, В. О. Попелюшка, Д. Чухраєва та інших. Однак особливості оцінки обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України, є дискусійними. Крім того, дане питання не достатньо висвітлене в аспекті правозастосовної практики ЄСПЛ.

Метою нашого дослідження є здійснення порівняльного аналізу положень ч. 5 ст. 176 КПК України та позиції ЄСПЛ щодо критеріїв оцінки, які необхідно використовувати слідчим суддям при прийнятті рішення про застосування запобіжного заходу та можливості застосування альтернативних запобіжних заходів.

**Виклад основного матеріалу.** Запобіжні заходи у кримінальному провадженні обмежують гарантоване

ч. 3 ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод право особи на свободу та особисту недоторканність, а тому можуть бути застосовані тільки за наявності законної мети та підстав, визначених КПК України. Повноваженнями щодо обмежень таких прав наділений слідчий суддя. Відповідно до ч. 1 ст. 183 КПК України тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 КПК України. Однак, ч. 5 ст. 176 КПК України передбачає виняткові підстави, за наявності яких застосовується лише запобіжний захід у вигляді тримання під вартою – такими підставами є наявність повідомлення про підозру у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114-<sup>1</sup>, 258-258-<sup>5</sup>, 260, 261 КК України. Під час судового розгляду питання про застосування запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України на сторону обвинувачення не покладено обов'язку обґрунтовувати виключну необхідність його застосування. Виникає питання, чи достатньо наявності повідомлення про підозру у вчиненні зазначених злочинів для прийняття слідчим суддею рішення про застосування виняткового та найсуворішого запобіжного заходу. На нашу думку, позиція законодавця, яка передбачає собою наявність повідомлення про підозру як єдиної підстави для застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України є досить суперечливою з огляду на практику ЄСПЛ. Крім того, у правозастосовній практиці трапляються випадки, коли хоч і наявне повідомлення про підозру у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114-<sup>1</sup>, 258-258-<sup>5</sup>, 260, 261 КК України, однак слідчі судді, оцінюючи обставини конкретного кримінального провадження, застосовують інші запобіжні заходи, не пов'язані із триманням під вартою. Така позиція хоч і суперечить ч. 5 ст. 176 КПК України, однак відповідає позиції ЄСПЛ. У той час, як у ст. 183 КПК України зазначено, що тримання під вартою застосовується виключно якщо інший, більш м'який запобіжний захід, не може бути застосовано, у ч. 5 ст. 176 КПК України зазначено, що тримання під вартою є єдино можливим запобіжним заходом.

Відсутність можливості застосування альтернативних запобіжних заходів обумовлює необхідність зазначення у клопотанні додаткових підстав, наявність яких свідчить про можливість застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України. Доповнення п. 5 ст. 176 КПК України можна розглядати як таке, що зменшує рівне здійснення прав підозрюваного у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114-<sup>1</sup>, 258-258-<sup>5</sup>, 260, 261 КК України у порівнянні з правами підозрюваного у вчиненні інших злочинів. Воно може бути виправдано суспільними інтересами та підвищеною суспільною небезпечністю особи, що вчинила злочин.

Згідно з положеннями пункту 1 (b) статті 5 Конвенції тримання особи під вартою може бути

виправданим «для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом». Суд своїм рішенням повинен забезпечити не тільки права підозрюваного, а й високі стандарти охорони загально-суспільних прав та інтересів. Обрання найсуворішого запобіжного заходу за вчинення злочину, який становить підвищену суспільну небезпеку, забезпечує захист суспільних інтересів [3]. Тримання особи під вартою завжди може бути виправдано за наявності ознак того, що цього вимагають справжні інтереси суспільства, які, попри існування презумпції невинуватості, переважають інтереси забезпечення поваги до особистої свободи [4, с. 50]. Разом з тим, редакція ч. 5 ст. 176 КПК України передбачає застосування запобіжного заходу до всіх осіб без виключень, без урахування їх підвищеної суспільної небезпечності та необхідності забезпечення інтересів суспільства попри інтереси особи, стосовно якої слідчий чи прокурор звертаються з клопотанням про обрання запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України, та обмежує можливість застосування альтернативних запобіжних заходів, що суперечить практиці ЄСПЛ. Про необхідність застосування альтернативних запобіжних заходів мова йде у рішенні ЄСПЛ у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 року (Заява № 40107/02) [3]. Крім того, приймаючи рішення про обрання запобіжного заходу, слідчий суддя повинен враховувати обставини кожного кримінального провадження з урахуванням його конкретних обставин. Редакція ч. 5 ст. 176 КПК України не передбачає такої можливості. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що наявність підстав для тримання особи під вартою може оцінюватись у кожному кримінальному провадженні з урахуванням його конкретних обставин [5, с. 13]. Такими обставинами може бути підвищена суспільна небезпечність особи, а також обставини, які свідчать про необхідність забезпечення інтересів суспільства попри інтереси особи, що дозволило б застосувати запобіжний захід у вигляді тримання під вартою у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України. Однак, на тепер у КПК України не передбачено обов'язку сторони обвинувачення обґрунтовувати такі обставини. Вивчення правозастосовної практики свідчить, що у клопотаннях не наводиться додаткових підстав, окрім обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу у загальному порядку. Відповідно до ст. 178 КПК України, при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, крім наявності ризиків, зазначених у статті 177 КПК України, слідчий суддя на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити у сукупності всі обставини, у тому числі: вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного винним у вчиненні кримінального правопорушення, у вчиненні якого він підозрюється; вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; міцність його соціальних зв'язків у місці його



постійного проживання, у тому числі наявність родини й утриманців; наявність у підозрюваного постійного місця роботи або навчання; репутацію; майновий стан; наявність судимостей; дотримання підозрюваним умов запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; наявність повідомлення про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини.

Наявність у клопотанні про обрання запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України додаткових обставин, наведених вище, дозволить слідчому судді забезпечити належний захист прав особи, щодо якої подано таке клопотання та урівноважить його процесуальне становище у порівнянні з особами, які підозрюються у вчиненні інших видів злочинів.

Зараз до повноважень слідчого судді, які він реалізує під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України, належить лише встановлення наявності обґрунтованої підозри у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114<sup>1</sup>, 258-258<sup>5</sup>, 260, 261 КК України. Можливість застосування більш м'якого запобіжного заходу не передбачена. Разом з тим, законодавець, визначаючи наявність обґрунтованої підозри як основної підстави обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України, саме поняття «обґрунтована підозра» не визначив, що передбачає собою можливість трактування цього поняття та його ознак по різному. У справі «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21 квітня 2011 року (заява № 42310/04) [3], «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» від 30 серпня 1990 року (заяви №№ 12244/86, 12245/86, 12383/86) [3], відображено позицію ЄСПЛ щодо тлумачення цього терміну. Зокрема, «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача у тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення. Вимога, що підозра має ґрунтуватися на обґрунтованих підставах, є значною частиною гарантії недопущення свавільного затримання і тримання під вартою. Наявність законодавчо закріпленого обов'язку слідчого та прокурора надати матеріали, якими обґрунтовується повідомлення про підозру, що дозволило б слідчому судді більш повно сформулювати власне переконання щодо обґрунтованості підозри і недопущення безпідставного затримання. Однак, на сьогодні сторона обвинувачення не завжди надає матеріали кримінального провадження, якими обґрунтовується клопотання, в обсязі, достатньому для оцінки шкоди, завданої суспільним інтересам. Сторона обвинувачення долучає до матеріалів кримінального провадження докази, які підтверджують зміст підозри, правову кваліфікацію кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті

(частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа. Однак докази підвищеної суспільної небезпечності особи та необхідності забезпечення інтересів суспільства попри інтереси особи, відвернення яких і є метою ч. 5 ст. 177 КПК України, до матеріалів клопотання не долучаються. Це обмежує слідчого суддю в оцінці достатності підстав для обмеження конституційних прав особи, до якої слідчий, прокурор клопочуть про застосування запобіжного заходу. З огляду на це, у редакції ч. 5 ст. 176 КПК України вбачається за доцільне передбачити обов'язок сторони обвинувачення долучення до клопотання матеріалів, які не тільки обґрунтовують підозру та наявність передбачених ст. 177 КПК України ризиків, але і свідчать про підвищену суспільну небезпечність підозрюваної особи.

Слід зазначити, що у ряді рішень ЄСПЛ зазначено, що наявність «обґрунтованої підозри» не може бути єдиним критерієм при прийнятті рішення про обрання запобіжного заходу. У рішенні «Феррарі-Браво проти Італії» від 14 березня 1984 року (заява 9627/81) [3] ЄСПЛ вказує, що затримання і тримання особи під вартою допустимі не лише у випадку доведеності факту скоєння злочину та його характеру, оскільки така доведеність по собі є метою попереднього розслідування, досягнення якої і є тримання під вартою [6, с. 123]. Факти, що викликають підозру, не обов'язково повинні бути встановлені до ступеня, необхідного до засудження або, навіть, пред'явлення обвинувачення, що являється завданням наступних етапів кримінального провадження [7, с. 52]. Сторона обвинувачення звертається з клопотанням про обрання запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України на початкових етапах досудового розслідування, тому слід враховувати ймовірність того факту, що повідомлення про підозру не є остаточним рішенням та провадження може бути закрито. Позиція Європейського суду, відображена у рішеннях «Слоєв проти України» 6 листопада 2008 р. (заява № 17283/02) [3], «Яблонський проти Польщі» від 21 грудня 2000 року (заява № 33492/96) [3] полягає у тому, що згідно з п. 3 ст. 5 Конвенції саме тільки існування обґрунтованої підозри перестає бути підставою для позбавлення свободи, і судові органи мають навести інші підстави для тримання особи під вартою. Це є ще одним аргументом на користь того, що при прийнятті рішення про обрання запобіжного заходу у порядку ч. 5 ст. 176 КПК України слід враховувати і інші обставини кримінального провадження, наявні ризики, суспільну небезпечність особи тощо.

У рішенні Європейського суду у справі «Вренчев проти Сербії» від 23 вересня 2008 року (заява № 2361/05) [3] йдеться про те, що у всіх випадках, коли ризику ухилення обвинуваченого від слідства можна запобігти за допомогою застави чи інших запобіжних заходів, обвинуваченого має бути звільнено, і у таких випадках національні органи завжди мають належним чином досліджувати можливість

застосування таких альтернативних заходів. Однак, положення ч. 5 ст. 176 КПК України виключає необхідність дослідження таких обставин, що не відповідає завданням кримінального провадження.

На необхідність дослідження ризиків та можливість застосування альтернативних запобіжних заходів міститься вказівка у рішенні «Смирнова проти Росії» від 7 червня 2007 року (заява № 71362/01) [3], де зазначено, що конвенційне прецедентне право виробило чотири основні причини для відмови у звільненні: ризик неявки обвинуваченого на розгляд справи; ризик перешкоджання здійсненню правосуддя з боку обвинуваченого або вчинення ним нових правопорушень або порушення правопорядку. Небезпека втечі не може підтверджуватися тільки вагою можливого вироку; вона повинна оцінюватися на підставі різних факторів, які або підтверджують ризик втечі або роблять його настільки незначним, що досудове утримання під вартою стає невинувачуваним. У цьому контексті слід приділяти увагу характеру зацікавленої особи, його моральним принципам, майну, зв'язку з державою, в якій він піддається переслідуванню і його міжнародним контактам. У разі відсутності таких ризиків особу має бути звільнено з-під варти. Однак, у контексті ч. ст. 176 КПК України таке звільнення неможливе.

Практика Європейського суду у справі «Ягчі і Саргін проти Туреччини» від 23 травня 1995 року [3], «Вренчев проти Сербії» від 23 вересня 2008 року (заява № 2361/05) [3], «Смирнов проти Росії» від 24 липня 2003 року (заява № 46133/99 и 48183/99) [3]

також свідчить про необхідність аналізу не лише обґрунтованої підозри, а і інших ризиків.

Порівняльний аналіз положень ч. 5 ст. 176 КПК України та позиції ЄСПЛ щодо критеріїв оцінки, які потрібно використовувати слідчим суддям при прийнятті рішення про застосування запобіжного заходу та оцінки можливості застосування альтернативних запобіжних заходів свідчить, що у редакції ч. 5 ст. 176 КПК України доцільно передбачити обов'язок слідчого та прокурора обґрунтовувати у клопотанні обставини, які свідчать про підвищену суспільну небезпечність особи, необхідність забезпечення інтересів суспільства попри інтереси особи та надати слідчому судді матеріали, якими обґрунтовується такі доводи. З огляду на це пропонуємо викласти ч. 5 ст. 176 КПК України у такій редакції: «Запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114<sup>-1</sup>, 258-258<sup>-5</sup>, 260, 261 Кримінального кодексу України. У разі звернення з клопотанням про застосування запобіжного заходу до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114<sup>-1</sup>, 258-258<sup>-5</sup>, 260, 261 Кримінального кодексу України слідчий, прокурор повинні, крім обставин, передбачених пунктами 1, 2 частини 1 ст. 194 КПК України, обґрунтовувати у ньому обставини, які свідчать про підвищену суспільну небезпечність особи, необхідність забезпечення інтересів суспільства попри інтереси особи».

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини: Закон від 07.10.2014 № 1689-VII // Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1689-18>.
2. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=51914](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51914).
3. База даних HUDOC. Інтернет-сайт Європейського Суду з прав людини. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
4. Барташук Л. Роль суду (судді) у забезпеченні права людини на повагу до гідності під час розгляду кримінальної справи. Закон и жизнь. № 3. 2011. С. 50–56.
5. Яновська О. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні судового контролю у кримінальному провадженні. Вісник академії адвокатури України. № 2 (27). 2013. С. 12–17.
6. Павлюк В. П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. К.: Фенікс, 2004. 264 с.
7. Барташук Л. Роль суду (судді) у забезпеченні права людини на повагу до гідності під час розгляду кримінальної справи. Закон и жизнь. № 3. 2011. С. 50–56.

## ЗМІСТ

### ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<b>Бойчук А. Ю.</b> ПОНЯТТЯ, ПРИЧИНИ І ОЗНАКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ: ДО ОНТОЛОГІЇ РОЗУМІННЯ.....	3
<b>Ваганова І. М.</b> ПРАВОВІДНОШЕННЯ ТА ПРАВОВИЙ ЗВ'ЯЗОК У ПРАВІ.....	8
<b>Винарчик О. П.</b> СИСТЕМА ПОКАРАНЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ ПОЛЬЩІ 1932 РОКУ.....	12
<b>Калашников В. М.</b> ПРАВОВИЙ СТАТУС «ІНДІАНСЬКОЇ ЗЕМЛІ» У СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ: ДО 130-РІЧЧЯ АКТУ ДАУЕСА (1887).....	17
<b>Мішегліна В. М.</b> ДОСЛІДЖЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ СИМВОЛІКИ: СЕМІОТИЧНИЙ ПІДХІД.....	22
<b>Савченко К. Ю.</b> ПОТОЧНА СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ПЕРВИННА ФОРМА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА.....	26
<b>Фельцан І. Ю.</b> СТАНОВЛЕННЯ АДВОКАТУРИ НА ЗАКАРПАТТІ У СКЛАДІ ЧЕХОСЛОВАЦЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ (1919–1939 РР.).....	30
<b>Цимбалюк В. І., Сахнюк В. В.</b> ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ.....	34

### ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<b>Андрієвська Л. О., Очеретян К. О.</b> ПРО ПИТАННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	38
<b>Андронов І. В.</b> ЗМІСТ РІШЕННЯ СУДУ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКУМЕНТА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ.....	42
<b>Гуйван О. П.</b> ЗАСАДИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК СПОСОБУ ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЇ.....	46
<b>Дмитренко В. В.</b> НОУ-ХАУ ЯК КОНФІДЕНЦІЙНА ІНФОРМАЦІЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	51
<b>Колесников Б. М.</b> ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СТЯГНЕННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В УКРАЇНІ.....	56
<b>Коршакова О. М.</b> ПРОБЛЕМАТИКА ОХОРОНИ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ .....	59
<b>Кузьмич О. Я.</b> ВПЛИВ ТРЕТІХ ОСІБ НА ДИНАМІКУ (РУХ) ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН З ОПОСЕРЕДКОВАНОЮ ЇХ УЧАСТЮ.....	63
<b>Новосад А. С., Положай К. І.</b> ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ.....	67
<b>Погребняк В. Я.</b> СИНЕРГЕТИЧНИЙ ПІДХІД У МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПЕРЕХОДУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ.....	70
<b>Поліщук М. Г.</b> ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СПАДКОВОГО ПРАВА ДАВНЬОГО РИМУ ТА СПАДКОВОГО ПРАВА СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	74

<b>Тубольцева Я. С.</b> ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО УСИНОВЛЕННЯ: ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ.....	78
<b>Ушинський В. О.</b> ДОТРИМАННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ВИДАВЦЯМИ.....	83
<b>Черноп'ятов С. В.</b> ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПОЗИТИВНОГО НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЧАСТІ ЕКСПЕРТА З ПИТАНЬ ПРАВА У ЦИВІЛІСТИЧНИХ СУДОВИХ ПРОЦЕСАХ.....	88
<b>Ярошевська Т. В.</b> СУБ'ЄКТИ ПРАВА НА ОБ'ЄКТИ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ.....	92
 <b>КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО</b>	
<b>Айдинян А. В.</b> РОЗУМІННЯ ВИНИ У ФІНАЛЬНІЙ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ.....	96
<b>Доценко А. Ю.</b> ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ В УКРАЇНІ.....	100
<b>Касапоглу С. О.</b> ДОПУСТИМІСТЬ НЕОСОБИСТОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА.....	105
<b>Коваль А. А.</b> ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ З ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИМИ ЗАХОДАМИ.....	108
<b>Лісцина Ю. О.</b> СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. СТ. 143, 144 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....	113
<b>Невмитий О. Ю.</b> ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ.....	117
<b>Погарченко Т. В.</b> СУБ'ЄКТИ ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ ІЗ ПОРУШЕННЯМ ОСНОВНИХ ДЕРЖАВНИХ СОЦІАЛЬНИХ СТАНДАРТИВ.....	121
<b>Поліщук О. М.</b> АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТІВ.....	124
<b>Салтиков С. М.</b> ДО ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ОФОРМЛЕННЯ СЛІДЧИМ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	128
<b>Соколов О. В.</b> ЗАЛУЧЕННЯ ОПЕРАТИВНИМ ПІДРОЗДІЛОМ ОСІБ ДО ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ.....	133
<b>Сулейманова С. Р.</b> ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯМИ І ДІЯМИ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА ТА ПРОКУРАТУРИ.....	140
<b>Турлова Ю. А.</b> ПРОТИДІЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ: ПОНЯТТЯ, МЕТА ТА ЗАВДАННЯ.....	143
<b>Фомін С. Б., Туров В. Д.</b> ОПЕРАТИВНЕ ВПРОВАДЖЕННЯ: МИНУЛЕ, СЬОГОДЕННЯ ТА МАЙБУТНЄ.....	148



<b>Халавка В. І.</b> ЗАОХОЧУВАЛЬНІ ТА ЗАБОРОННІ ЗАХОДИ У СИСТЕМІ КАРАЛЬНО-ВИПРАВНОГО ВПЛИВУ .....	153
<b>Чернишов Г. М.</b> КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ: АНАЛІЗ СУЧАСНОГО СТАНУ.....	156
<b>Членов М. В.</b> СТРОКИ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ПОРЯДОК ОБЧИСЛЕННЯ ТА ПРОДОВЖЕННЯ .....	161
<b>Шапутько С. В.</b> ЩОДО ОЦІНКИ ОБСТАВИН, ЩО ВРАХОВУЮТЬСЯ ПРИ ОБРАННІ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ПОРЯДКУ Ч. 5 СТ. 176 КПК УКРАЇНИ.....	166

## CONTENTS

### THEORY AND HISTORY OF STA

<b>Boichuk A. Yu.</b> CONCEPT, CAUSES AND SIGNS OF DEFENSE: TO INTELLIGENCE ANTOLOGY.....	3
<b>Vahanova I. M.</b> RELATIONSHIP AND LEGAL CONNECTION IN LAW.....	8
<b>Vynarchyk O. P.</b> PUNISHMENT SYSTEM FOR CRIMINAL CODE OF POLAND IN 1932 YEAR.....	12
<b>Kalashnykov V. M.</b> LEGAL STATUS OF THE INDIAN LAND IN THE UNITED STATES: TO THE 130 ANNIVERSARY ACTUAL DAYS (1887).....	17
<b>Mishehlina V. M.</b> THE RESEARCH OF JURIDICAL SYMBOLISM: SEMIOTIC APPROACH.....	22
<b>Savchenko K. Yu.</b> CURRENT JUDICIARY PRACTICE AS THE PRIMARY FORM OF APPLICATION OF LEGISLATION.....	26
<b>Feltsan I. Yu.</b> THE ADVOKACY DEVELOPMENT IN ZAKARPATTYA AS A PART OF THE CZECHOSLOVAK REPUBLIK (1919–1939).....	30
<b>Tsybaliuk V. I., Sakhniuk V. V.</b> FEATURES OF THE APPLICATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN UKRAINE.....	34

### CIVIL LAW AND PROCEDURE

<b>Andriievskaya L. O., Ocheretian K. O.</b> ON THE QUESTIONNAIRE OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	38
<b>Andronov I. V.</b> TABLE OF CONTENTS OF COURT DECISION AS JUDICIAL DOCUMENT IN CIVIL PROCEDURE OF UKRAINE.....	42
<b>Huivan O. P.</b> BASES OF INFORMATION SECURITY AS A METHOD OF PROTECTION OF INFORMATION.....	46
<b>Dmytrenko V. V.</b> KNOW-HOW AS CONFIDENTIAL INFORMATION IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY.....	51
<b>Kolesnykov B. M.</b> THE PROBLEM ASPECTS OF COMPENSATING INTANGIBLE DAMAGES IN UKRAINE.....	56
<b>Korshakova O. M.</b> PROBLEMS OF PROTECTION OF PHOTOGRAPHIC CREATIVES.....	59
<b>Kuzmich O. Ya.</b> INFLUENCE OF THE THIRD PERSONS IS ON DYNAMICS (RUH) OF CIVIL LEGAL RELATIONSHIPS WITH MEDIATED THEIR PARTICIPATION.....	63
<b>Novosad A. S., Polozhai K. I.</b> PROCEDURAL PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHT.....	67
<b>Pohrebniak V. Ia.</b> SYNERGETIC APPROACH IN METHODOLOGY OF RESEARCH OF MECHANISM OF TRANSFER RIGHTS AND OBLIGATIONS.....	70
<b>Polishchuk M. H.</b> COMPARATIVE CHARACTERISTICS SUCCESSION OF ANCIENT ROME AND THE SUCCESSION OF MODERN CIVIL LAW UKRAINE.....	74

<b>Tuboltseva Ya. S.</b> LEGAL REGULATION OF REVIEWS OF CASES ON ADOPTION: BASIC PROVISIONS.....	78
<b>Ushynskiy V. O.</b> THE OBSERVANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS BY VENDORS.....	83
<b>Chernopiatov S. V.</b> SOME ISSUES OF POSITIVE NATIONAL LEGAL REGULATION OF EXPERT ON LAW PARTICIPATION IN THE CIVILIAN JUDICIAL PROCEDURES.....	88
<b>Yaroshevskaya T. V.</b> SUBJECTS OF RIGHT TO INDUSTRIAL PROPERTY OBJECTS.....	92
 <b>CRIMINAL LAW AND PROCEDURE, CRIMINOLOGY, CRIMINAL EXECUTIVE LAW</b>	
<b>Aidynian A. V.</b> UNDERSTANDING OF THE GUILT ACCORDING TO FINAL CONCEPT: GENERAL APPROACHES.....	96
<b>Dotsenko A. Yu.</b> WAYS TO IMPROVE CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER THE AGREEMENT ON THE RECOGNITION OF GUILT IN UKRAINE.....	100
<b>Kasapohlu S. O.</b> LEGAL ADMISSIBILITY OF NON-PERSONAL REALIZATION OF THE STANDARDS OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW.....	105
<b>Koval A. A.</b> PROBLEM OF RELATIONSHIP BETWEEN NON-HIDDEN SUCCESSFUL (SURFACTIVE) ACTION WITH OPERATIONAL AND SOURCING MEASURES.....	108
<b>Lisitsyna Yu. O.</b> SUBJECT OF CRIMES IN THE ART. 143, 144 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE.....	113
<b>Nevmytyi O. Yu.</b> NOTION CRIMINAL PROCEEDINGS IN SCIENCE CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE.....	117
<b>Poharchenko T. V.</b> SUBJECTS OF ACTIVITY FOR CRIME PREVENTION ASSOCIATED WITH VIOLATION OF FUNDAMENTAL STATE SOCIAL STANDARDS.....	121
<b>Polishchuk O. M.</b> ACUTE PROBLEMS OF JOURNALISTS' RIGHTS PROTECTION BY MEANS OF CRIMINAL LAW.....	124
<b>Saltykov S. M.</b> TO THE QUESTION OF THE PROCEDURAL REGISTRATION OF THE CONFIDENTIAL RELATIONS BY THE INVESTIGATOR OFFICER IN THE CRIMINAL PROCEEDING.....	128
<b>Sokolov O. V.</b> INVOLVEMENT BY THE OPERATIONAL UNIT PERSONS TO PERFORMING SECRET INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS.....	133
<b>Suleimanova S. R.</b> PECULIARITIES OF COMPENSATION FOR HARM CAUSED BY UNLAWFUL DECISIONS AND ACTIONS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION BODIES AND PROSECUTORS.....	140
<b>Turlova Yu. A.</b> COMBATING ENVIRONMENTAL CRIME: CONCEPT, OBJECTIVE AND GOALS.....	143
<b>Fomin S. B., Turov V. D.</b> OPERATIONAL INTRODUCTION: THE PAST, THE PRESENT AND THE FUTURE.....	148

<b>Khalavka V. I.</b> ENCOURAGING AND PROHIBITIVE MEASURES IN THE SYSTEM OF PUNITIVE-CORRECTIVE ACTION .....	153
<b>Chernyshov H. M.</b> CRIMINOLOGICAL CHARACTERISTICS OF RECIDIVISM IN UKRAINE: ANALYSIS OF CURRENT STATE.....	156
<b>Chlenov M. V.</b> THE TERMS OF THE PRIVATE INVESTIGATIVE (DETECTIVE) PROCEDURES: THE ORDER OF CALCULATION AND PROLONGATION.....	161
<b>Shaputko S. V.</b> ASSESSMENT OF THE CIRCUMSTANCES TAKEN INTO ACCOUNT OF THE APPLICATION OF PREVENTIVE MEASURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN CHAPTER 5 ST. 176 CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE.....	166



Наукове видання

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

Науковий збірник

*Випуск 6*

*Том 1*

Коректура – Н.В. Богданова, Н.С. Ігнатова

Комп'ютерна верстка – С.Ю. Калабухова

Формат 60x84/8.

Обл.-вид. арк. 21,58, ум.-друк. арк. 20,81.

Папір офсетний. Цифровий друк.

Наклад 300 примірників. Замовлення № 1263.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 4392 від 20.08.2012 р.