

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ПРАВознавства

Електронне наукометричне фахове видання
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

<http://tlaw.nlu.edu.ua/>

В и п у с к 1 (13) / 2018

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Правознавство»
відповідно до чинного переліку галузей наук

**Засновник і видавець: Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого**

Заснований у 2011 р. Виходить двічі на рік.

Мови видання: українська, англійська, російська

*Включено до Переліку наукових фахових видань України з юридичних наук
Наказ Міністерства освіти і науки України
1714 від 28.12.2017 р.*

Головний редактор д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман

***Рекомендовано до поширення через мережу Інтернет
вченою радою Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого (протокол № 9 від 22.05.2018 р.)***

У виданні вміщено наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: теорії та історії держави і права, конституційного й державного будівництва, цивільного, трудового, фінансового, господарського, адміністративного, митного, екологічного, кримінального права, кримінального й цивільного процесів, криміналістики, питанням боротьби зі злочинністю.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів та практичних працівників, які цікавляться правовою тематикою.

Theory and Practice of Jurisprudence: electronic scientometric specialized edition of Yaroslav Mudryi National Law University / editor in chief A. Getman. – 2018. – Issue 1 (13).

The collection contains research papers on topical issues of law: the theory and history of law, constitutional and state-building, civil, labor, fiscal, economic, administrative, customs, environmental, criminal law, criminal and civil procedure, criminology, the struggle with crime.

For scientists, professors, students and practitioners interested in issues of law.

Електронне видання індексується в Google Scholar, у міжнародних реферативних базах даних «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Scientific Indexing Services» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Іспанія), «Index Copernicus International» (Польща), «Science Impact Factor» (Австралія), «Bielefeld Academic Search Engine» (Німеччина), «Directory of Research Journals Indexing» (Індія), «International Innovative Journal Impact Factor» (Індія), «Open Academic Journals Index» (РФ), «РИНЦ» (РФ); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, «Наукова періодика України», «Central and Eastern European Online Library» (Німеччина), «Worldwide Scientifical and Educational Library» (США), Республіканської Міжвузівської Електронної Бібліотеки (Казахстан) та ін.

Редактор М. М. Сорокун
Коректор Н. Г. Залюбовська

© Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2018

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Козаченко А. І. Земське самоврядування за доби Української держави Павла Скоропадського (квітень – грудень 1918 року)

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Литвинов О. М., Богуш В. В. Межі конституційного контролю у провадженнях за конституційними поданнями та конституційними скаргами: теоретичні аспекти

Кулешов Д. В. Незалежність судової влади як конституційна цінність та принцип конституційного ладу України

Малишкіна Н. О. Принцип поділу державної влади та система стримувань і противаг: генезис і запровадження в Україні

Остапенко В. В. Гарантії суб'єктивних прав і свобод як елемент правового статусу людини і громадянина

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Сурженко О. А. Деякі питання, що постають при здійсненні прав на спільне майно

Єфімов О. М. Матеріальне благо в цивільному праві та податковому законодавстві

Довгуша М. П. Загальна характеристика договору транспортного експедитування

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Денисова Р. О. Інститут медіації в Україні (національно-історичний аспект)

Олефір А. О. Проблеми захисту прав учасників публічних закупівель

Бабай Д. О. Проблема структурування суб'єктів організаційно-господарських повноважень в інноваційній сфері

Вольвач Б. В. Правове регулювання неплатоспроможності та банкрутства (ретроспективний і порівняльно-правовий аспекти)

Лавренюк Т. А. Принципи господарського права у Господарському кодексі України

Мазалова А. О. Удосконалення механізму публічно-приватного партнерства в Україні (правовий аспект)

Менів Я. О. Основні дисфункції законодавства України про об'єднання підприємств холдингового типу

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Кондратюк А. С. Деякі питання ефективного використання земель за законодавством України

**АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС.
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ**

Гетьман Є. А., Гетьман К. О. Порядок судового оскарження підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади

Курафєєв В. В. Мотив порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками

Шаповалов В. В., Шаповалов В. В., Гудзенко А. О., Негрецький С. М., Шаповалова В. О. Міждисциплінарний зв'язок кримінального права та фармацевтичного права під час здійснення обігу наркотичних засобів для фармацевтичного забезпечення пільгових категорій постраждалих онкохворих

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

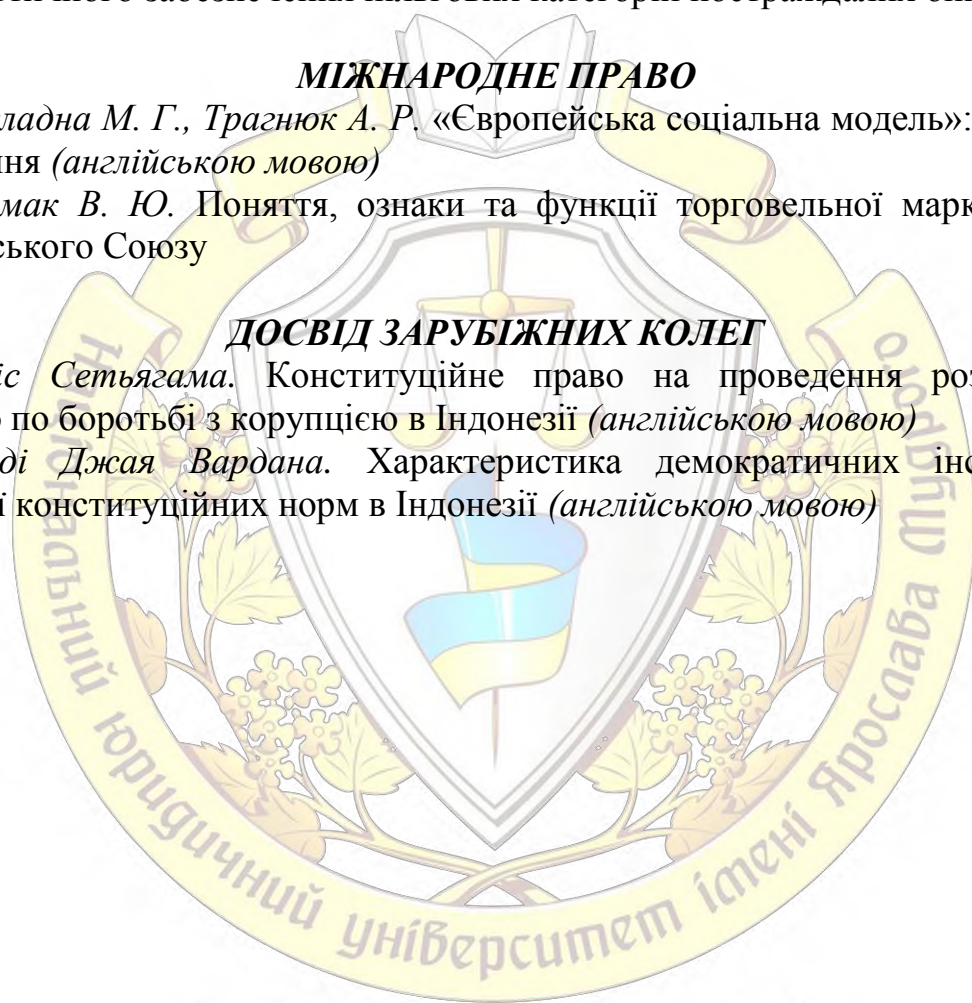
Окладна М. Г., Трагнюк А. Р. «Європейська соціальна модель»: проблеми осмислення (англійською мовою)

Ярмак В. Ю. Поняття, ознаки та функції торговельної марки у праві Європейського Союзу

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КОЛЕГ

Азіс Сетьягама. Конституційне право на проведення розслідувань Комісією по боротьбі з корупцією в Індонезії (англійською мовою)

Доді Джая Вардана. Характеристика демократичних інструментів реалізації конституційних норм в Індонезії (англійською мовою)



CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

Kozachenko A. I. Zemstvo self-government under Ukrainian State of Hetman Pavlo Skoropadsky (April – December 1918).

CONSTITUTIONAL LAW

Lytvynov O., Bohush V. Limits of constitutional control within the proceedings upon constitutional submissions and constitutional complaints: theoretical aspects

Kuleshov D. V. Independence of judicial power as the constitutional value and principle of the constitutional system of Ukraine

Malyshkina N. O., The principle of division of state power and the system of checks and balances: genesis and implementation in Ukraine

Ostapenko V. V. Guarantees of subjective rights and freedoms as an element of the legal status of a person and a citizen

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

Surzhenko O. A. Some issues arising in the implementation of the right to common property

Yefimov O. M. Material benefit in civil law and tax legislation

Dovgusha M. P. General characteristic of the contract of transport forwarding

COMMERCIAL LAW

Denysova R. O. Mediation Institute of Ukraine (national historical aspect)

Olefir A. O. Problems of protection of the rights of participants in public procurement

Babai D. O. Problem of structuring subjects of organizational and economic powers in the innovation sphere

Volvach B. V. Legal regulation of insolvency and bankruptcy (retrospective review and comparative legal aspects)

Lavrenuk T. A. Principles of commercial law in the commercial code of Ukraine

Mazalova A. O. Improvement of the public-private partnership mechanism in Ukraine (legal aspect)

Meniv Ya. O. Main dysfunctions of the legislation of Ukraine on association of holding type enterprises

LAND LAW

Kondratyuk A. S. Some questions on effective use of land by Ukraine's legislation

**ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE.
CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY**

Hetman Ye., Hetman K. O. Judicial order of appeal of sub-legal normative acts of executive power bodies

Kurafieiev V. V. The motive is a violation of the equality of citizens, depending on their race, nationality, religious beliefs, disability and other grounds

Shapovalov Valentyn V., Shapovalov Valeriy V., Gudzenko Andriy A., Negretskiy Sergiy N., Shapovalova Viktoriya A. Interdisciplinary connection between criminal law and pharmaceutical law in the course of circulation of narcotic substances for pharmaceutical provision of privileged categories of affected oncological patients

INTERNATIONAL LAW

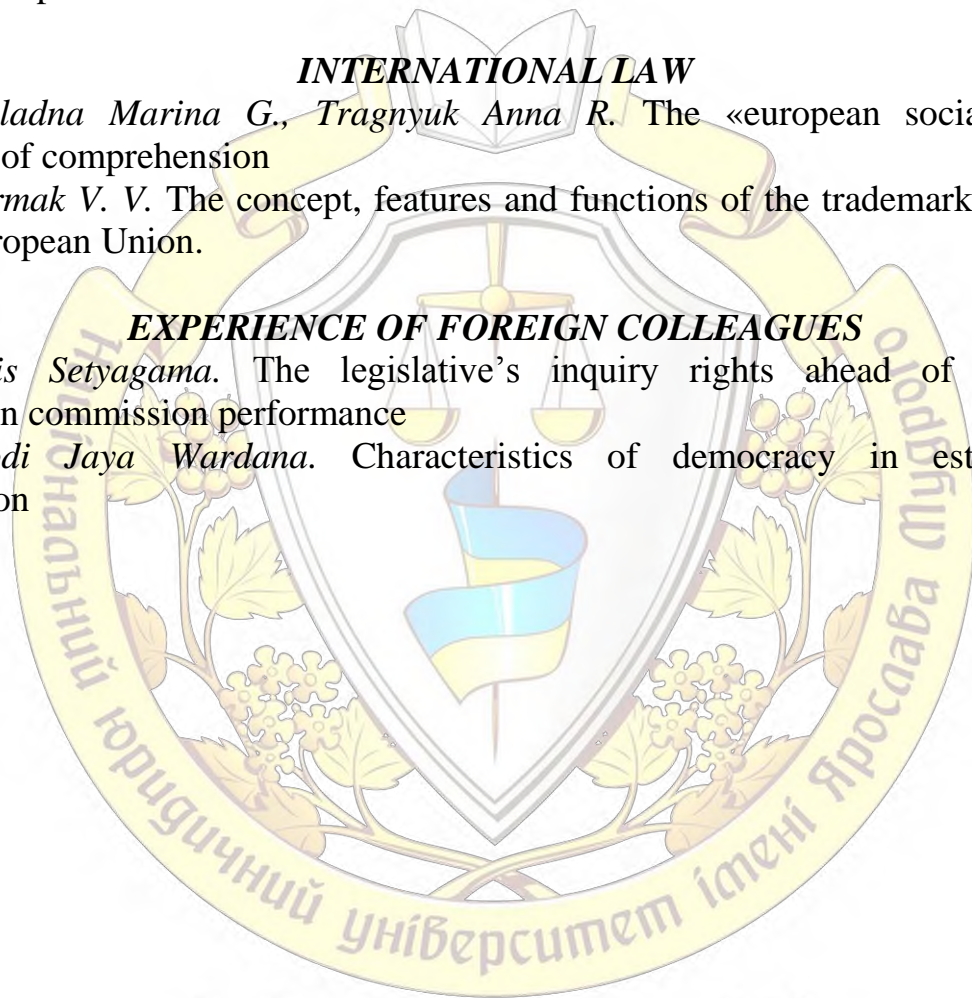
Okladna Marina G., Tragnyuk Anna R. The «european social model»: problems of comprehension

Yarmak V. V. The concept, features and functions of the trademark in the law of the European Union.

EXPERIENCE OF FOREIGN COLLEAGUES

Azis Setyagama. The legislative's inquiry rights ahead of corruption eradication commission performance

Dodi Jaya Wardana. Characteristics of democracy in establishment constitution



СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Козаченко А. И. Земское самоуправление в период Украинской Державы Павла Скоропадского (апрель – декабрь 1918 года)

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Литвинов А. Н., Богуш В. В. Границы конституционного контроля в производствах по конституционным представлениям и конституционным жалобам: теоретические аспекты

Кулешов Д. В. Независимость судебной власти как конституционная ценность и принцип конституционного строя Украины

Малышкіна Н. О. Принцип разделения государственной власти и система сдержек и противовесов: генезис и внедрения в Украине

Остапенко В. В. Гарантии субъективных прав и свобод как элемент правового статуса человека и гражданина

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Сурженко О. А. Некоторые вопросы, возникающие при осуществлении права на общее имущество

Ефимов А. Н. Материальное благо в гражданском праве и налоговом законодательстве

Довгуша Н. П. Общая характеристика договора транспортного экспедирования

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

Денисова Р. А. Институт медиации в Украине (национально-исторический аспект)

Олефир А. А. Проблемы защиты прав участников публичных закупок

Бабай Д. О. Проблема структурирования субъектов организационно-хозяйственных полномочий в инновационной сфере

Вольвач Б. В. Правовое регулирование неплатежеспособности и банкротства (ретроспективный и сравнительно-правовой аспект)

Лавренюк Т. А. Принципы хозяйственного права в Хозяйственном кодексе Украины

Мазалова А. О. Усовершенствование механизма публично-частного партнерства в Украине (правовой аспект)

Менив Я. А. Основные дисфункции законодательства Украины об объединениях предприятий холдингового типа

ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО

Кондратюк А. С. Некоторые вопросы эффективного использования земель за законодательством Украины

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС.
УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ**

Гетьман Е. А., Гетьман Е. О. Судебный порядок обжалования подзаконных нормативно-правовых актов органов исполнительной власти

Курафеев В. В. Мотив нарушение равноправия граждан в зависимости от их расовой, национальной принадлежности, религиозных убеждений, инвалидности и по другим признакам

Шаповалов В. В., Шаповалов В. В., Гудзенко А. А., Негрецкий С. Н., Шаповалова В. А. Междисциплинарная связь уголовного права и фармацевтического права при осуществлении оборота наркотических средств для фармацевтического обеспечения льготных категорий пострадавших онкобольных

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

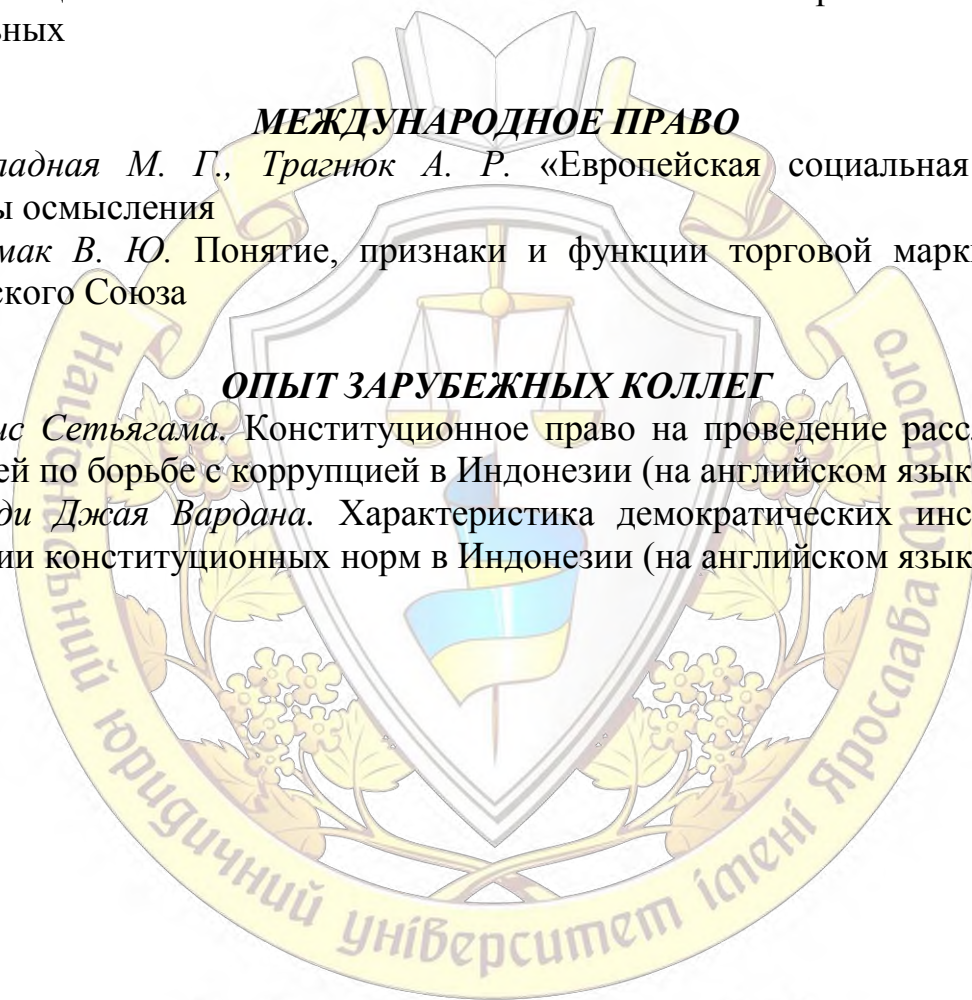
Окладная М. Г., Трагнюк А. Р. «Европейская социальная модель»: проблемы осмысления

Ярмак В. Ю. Понятие, признаки и функции торговой марки в праве Европейского Союза

ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ КОЛЛЕГ

Азис Сетьягама. Конституционное право на проведение расследований Комиссией по борьбе с коррупцией в Индонезии (на английском языке)

Доди Джая Вардана. Характеристика демократических инструментов реализации конституционных норм в Индонезии (на английском языке)





ЗЕМСЬКЕ САМОВРЯДУВАННЯ ЗА ДОБИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ ПАВЛА СКОРОПАДСЬКОГО (КВІТЕНЬ–ГРУДЕНЬ 1918 року)

Козаченко Анатолій Іванович,

*д-р юрид. наук, доц.,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права,
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Полтава
e-mail: a.i.kozachenko@ukr.net
ORCID 0000-0002-4568-7964*

Проаналізовано діяльність земського самоврядування за доби Української Держави гетьмана П. Скоропадського. Навесні 1918 р. земства перебували у стані організаційно-господарського занепаду. Це стало підставою для проведення радикальної реформи земського самоврядування. Але в процесі проведення реформи гетьманський уряд скасував такі демократичні принципи місцевого самоврядування, як виборність, самостійність і рівність органів державної влади та місцевого самоврядування. Земське законодавство гетьмана П. Скоропадського запроваджувало антидемократичну систему виборів.

Ключові слова: Українська Держава; гетьман; уряд; земське самоврядування; земське законодавство; реформа; земські вибори.

Постановка проблеми. Децентралізація влади в Україні на сучасному етапі є важливим чинником підвищення ефективності функціонування публічної влади. Столітній ювілей утворення Української Держави гетьмана П. П. Скоропадського спонукає до осмислення історичного досвіду спроб подолання кризових явищ у системі земського самоврядування, що супроводжувалося гострою політичною боротьбою між прихильниками та противниками гетьмана.

Актуальність теми полягає у вивченні та використанні досвіду протидії земського самоврядування урядовій політиці відмови від демократичних принципів організації місцевого самоврядування, що обґрунтовувалось гетьманським урядом як необхідна умова виведення його із кризового стану.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У пострадянський період проблеми державного будівництва доби Української революції 1917–1921 рр.

постійно перебувають у полі зору вітчизняної історико-правової науки. До питання діяльності земського самоврядування та ставлення до нього гетьманського уряду П. П. Скоропадського в 1918 р. останнім часом зверталися В. Д. Гончаренко, О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко, О. М. Мироненко, В. О. Рум'янцев, О. В. Тимощук, Т. О. Харченко.

Мета статті – на прикладі спроби уряду гетьмана П. П. Скоропадського за допомогою антидемократичної реформи вивести земське самоврядування із кризового стану, продемонструвати демократичну природу місцевого самоврядування, його негативне ставлення до спроб централізації влади.

Виклад основного матеріалу. 29 квітня 1918 р. в Києві відбувся Всеукраїнський З'їзд хліборобів, організований консервативними національними політичними силами України з ініціативи Союзу земельних власників, який проголосив Павла Скоропадського гетьманом України. Основні напрямки внутрішньої політики Української Держави гетьман сформулював у «Грамоті до всього українського народу» [1, с. 86–87]. Санкціоновані П. П. Скоропадським «Закони про тимчасовий державний устрій України» встановили нову систему вищих органів державної влади [Там само, с. 87–90]. Зміну місцевих органів влади та самоврядування зазначений закон не передбачав. Губернські, повітові та волосні земства продовжували свою діяльність, керуючись земським законодавством Тимчасового уряду Росії 1917 р.

Перша світова війна і революція спричинили земську бюджетну кризу, надмірну політизацію земських установ, недовіру до земств з боку населення, що врешті-решт призвело до занепаду земського самоврядування. Тому гетьман був переконаний у доцільності проведення радикальної реформи самоврядування. Плани П. П. Скоропадського підтримував голова уряду – Ф. А. Лизогуб, який у період 1901–1916 рр. очолював Полтавську губернську земську управу. На його думку, після виборів 1917 р. у земствах переважали представники соціалістичних партій, які не знали «проблем місцевих громад» [2, с. 113]. Взірцем місцевого самоврядування Ф. А. Лизогуб вважав дореволюційні земства [2, с. 114]. З огляду на це 10 травня 1918 р. Рада

Міністрів оприлюднила Декларацію, в якій повідомила про збереження земського самоврядування та необхідність його реформування. Для фінансової підтримки місцевого самоврядування у червні 1918 р. уряд ухвалив рішення про надання кредиту земствам і міським думам у розмірі 80 млн крб. Однак, як зазначає Р. Я. Пиріг, фактично кредит було надано у незначних розмірах [2, с. 115].

З метою об'єктивної оцінки результатів фінансового й матеріально-господарського становища земств у травні 1918 р. гетьманський уряд призначив проведення ревізії їх діяльності. Ревізійні комісії, очолювані губернськими й повітовими старостами, провели перевірку земств і виявили низку порушень законодавства, допущеного управами [3]. Так, у Костянтиноградській земській управі комісія виявила нецільове використання коштів. Неспроможність управи вести земське господарство призвела до його занепаду в Богодухівському, Охтирському і Старобільському повітах на Харківщині. Значна частина волосних земств не розпочала діяльність після виборів у 1917 р. [4, с. 16]. Результати роботи ревізійних комісій підтвердили, що земське самоврядування перебувало в занепаді. Крім цього, як встановили ревізійні комісії, земські управи в Катеринославській, Полтавській і Харківській губерніях вели антидержавну політичну діяльність, котра полягала у невиконанні господарських і соціальних функцій [5, с. 198]. Це стало додатковим аргументом на користь необхідності проведення земської реформи.

Наприкінці травня 1918 р. міністр внутрішніх справ вніс на розгляд уряду проект статуту самоврядування, який передбачав розпуск земств і міських дум, оскільки їх звинувачували в «поширенні анархії і присвоєнні функцій влади» [3]. Як стверджував міністр МВС, земства «випускали гроші, проводили незаконні обкладання», що давало підстави для порушення кримінальних справ проти голів та членів управ [Там само]. При МВС уряд створив Департамент місцевого самоврядування, який здійснював нагляд за законністю дій земств, координував їх діяльність, врегульовував взаємини між земствами та місцевою адміністрацією, а фактично організовував репресії проти земців. Циркуляр

МВС від 5 червня 1918 р. заборонив скликання губернських і повітових земських зборів до введення у дію нового виборчого закону. Вони могли бути скликані лише за крайньої потреби з дозволу міністра внутрішніх справ.

Зважаючи на політичні переслідування земців, 7 червня 1918 р. Ф. А. Лизогуб був змушений відправити телеграму губернським старостам, в якій висловлював стурбованість щодо розпуску земських зібрань та управ. Прем'єр-міністр наголошував, що земства виконують важливі державні завдання і ставитися до них потрібно «по змозі обережно» [2, с. 114]. Проте вже 29 червня 1918 р. гетьман ухвалив закон про надання губернським старостам права розпускати волосні земські збори і управи на підставі шкідливого «для місцевого господарства ведення справ» або «зловмисного характеру постанови зборів» [6, с. 96]. На початку серпня 1918 р. особливим відділом штабу гетьмана під грифом «дуже таємно і негайно» було розроблено інструкцію для боротьби зі злочинністю в органах влади. Інструкція рекомендувала губернським старостам звертати особливу увагу на діяльність міських і земських управ, у випадку виявлення опозиційності в їх діях розпускати управи та призначати проведення нових виборів [7, с. 322]. 30 серпня і 24 вересня 1918 р. гетьман санкціонував закони, згідно з якими міністр внутрішніх справ отримав право до проведення земських виборів, затверджувати новий склад земських управ або призначати окремих членів управ замість вибулих.

Для розробки законопроекту про вибори земських гласних 27 травня 1918 р. МВС сформувало спеціальну комісію, яку очолив князь О. Д. Голіцин – колишній голова Харківської губернської земської управи. До складу комісії увійшло близько 40 осіб – консервативно налаштованих представників від земств, Союзу хліборобів, промисловців, які представляли всі губернії Української Держави. Окрім того, членами комісії стали урядовці та правознавці. Таким чином, комісію було створено за професійним принципом, без залучення представників від опозиційних політичних партій і громадськості. Незважаючи на клопотання С. В. Петлюри до голови уряду Ф. А. Лизогуба, до складу комісії не увійшли представники від Всеукраїнської Спілки Земств

(Народних Рад) [8]. Гетьманський уряд не залучав земські установи до процесу підготовки закону про вибори, як це було за часів Російської імперії на початку ХХ ст., коли земства пропонували урядові власні законопроекти, а урядова комісія вивчала пропозиції земських установ. Тому частина земських діячів і лідери опозиційних політичних партій через пресу звинувачували уряд у порушенні демократичних принципів створення комісії.

Комісії належало розробити два законопроекти: про земські вибори та про повноваження органів земського самоврядування. З цією метою МВС зобов'язало губернських і повітових старост надати комісії інформацію про економічне становище повітових земств. Губернські земські управи повинні були інформувати комісію щодо кошторису і розподілу земських податків, надати звіти управ, виборчі списки тощо [9, арк. 39].

Насамперед комісія зосередила свою роботу на розробці законодавства про земські вибори. Члени комісії одностайно дали негативну оцінку виборчому законодавству Тимчасового уряду Росії 1917 р. Серед недоліків законодавства Тимчасового уряду про вибори земських гласних від 21 травня 1917 р. називали відсутність майнового цензу і цензу осілості, надто низький віковий ценз – 20 років, надання виборчих прав військовослужбовцям, які досягнули 18-річного віку [10]. На думку членів комісії, таких надзвичайно широких виборчих прав не надавало законодавство жодної демократичної країни Західної Європи. Комісія зважала на досвід проведення земських виборів 1917 р., коли суспільство виявилось не готовим до впровадження пропорційної системи виборів. Недосконалість земського виборчого законодавства стала однією із причин численних порушень під час виборів 1917 р. Окремі члени комісії вважали, що демократична система виборів продемонструвала свою неефективність за умов революції та політичної кризи і пропонували відновити куріальну виборчу систему, відмовитися від проведення виборів шляхом таємного голосування [9, арк. 25, 32].

Робота над новим земським законодавством про вибори викликала жваве обговорення громадськості й, незважаючи на запровадження цензури, докладно

висвітлювалася пресою. Так, Харківське губернське земство надрукувало серію статей, в яких виступило на захист демократичної виборчої системи. «Чернігівська земська газета» надрукувала доповідь міністра внутрішніх справ І. О. Кістяковського, в якій він характеризував законодавство про земські вибори 1917 р. як таке, що будувалося на антидержавних засадах. Коментуючи промову міністра, земська газета піддала критиці тезу про антидержавність цього закону [11]. Проте, як вважала опозиція, цензура не давала можливості об'єктивно висвітлювати підготовку до проведення земської реформи [12, с. 146–147].

С. В. Петлюра у листі до посла Німеччини в Україні А. Мумма від імені Всеукраїнського Союзу Земств звинуватив гетьманський уряд у незаконних арештах земських службовців, розпуску управ та розвалі земського господарства [Там само, с. 155, 158]. 7 липня 1918 р. С. В. Петлюра звернувся з листом до австрійського посла І. Фергача, в якому зазначив, що Союз вимагає від уряду негайного звільнення незаконно засуджених земських діячів, відновлення діяльності земських установ та розпуску комісії, яка працювала над новим земським законодавством [12, с. 147]. Це стало причиною арешту С. В. Петлюри і посилення урядових репресій з метою ліквідації земської опозиції. Негативну оцінку земської політики гетьманського уряду давала управа Всеукраїнського Союзу Земств. 6 вересня 1918 р. заступник голови Союзу Земств К. Мацієвич звернувся до П. П. Скоропадського з листом, в якому переконував гетьмана не підписувати антидемократичний земський закон. У листі йшлося про те, що, «ухвалений більшістю голосів земський законопроект уявляє з себе не що інше, як закон про скасування у нас, в українській державі, місцевого самоврядування» [13, с. 119].

Таким чином, процес підготовки земського виборчого законодавства за гетьманату Павла Скоропадського мав антидемократичний характер, адже до участі в роботі урядової комісії не було допущено представників опозиційних політичних партій і громадських організацій. Уряд П. П. Скоропадського відверто ігнорував погляди земських гласних, обраних до земств у 1917 р. Не

відбулося розгляду альтернативних проектів земської реформи. Навіть губернські земські збори не мали можливості обговорити проект закону про земські вибори та внести поправки і пропозиції до нього. Гетьманський уряд намагався створити ілюзію демократичності цього процесу. Формування антидемократичної за складом комісії урядовці пояснювали необхідністю обмежити доступ до процесу підготовки законопроекту тих політичних сил, які спричинили кризу земського самоврядування. Уряд інформував суспільство про хід підготовки до проведення земської реформи, але така інформація оприлюднювалася з єдиною метою – переконати власне населення та інші країни в доцільності запроваджених ним заходів.

На початок липня 1918 р. робота над розробкою законопроекту про земські вибори завершилася. 18 липня його було подано на розгляд уряду. У своїх спогадах П. П. Скоропадський зазначав, що запропонований законопроект викликав гостру дискусію серед членів Ради Міністрів, але в ході обговорення до нього внесли лише несуттєві поправки [14, с. 164]. 23 серпня 1918 р. Рада Міністрів ухвалила «Закон про перевибори губернських і повітових земських гласних» і направила його на підпис гетьманові [13, с. 118], а вже 16 вересня гетьман його затвердив.

Для проведення земських виборів цей закон передбачав створення повітових виборчих комісій у складі п'яти осіб. Голову комісії й одного її члена призначав міністр внутрішніх справ, по одному члену комісії – управитель місцевої фінансової палати, загальні збори окружного суду та повітова земська управа. Право на участь у виборах отримали особи, які досягнули 25-річного віку, незалежно від національності та віросповідання, котрі станом на 1 липня 1918 р. проживали на території повіту або впродовж року володіли на території повіту майном. Жінки допускалися до виборів за умови, якщо протягом року вони володіли майном на території повіту, яке обкладалося земським збором. Наукові та навчальні установи, товариства, спілки та інші об'єднання громадян мали право брати участь у виборах через своїх представників, якщо протягом року на території повіту вони володіли майном і сплачували за нього земський

податок. Не допускалися до земських виборів особи, які не мали українського громадянства, ченці, військовослужбовці, державні службовці, студенти й учні, психічно хворі, глухонімі. Особи, засуджені за злочини, позбавлялися виборчих прав упродовж шести років після відбуття покарання [15, с. 428].

Законодавство про вибори передбачало поділ виборців на три виборчі курії: до першої відносилися найбільші землевласники і платники земських податків, а також особи з вищою освітою, незалежно від розміру землеволодіння; до другої – так звані власники «середньої руки»; до третьої – дрібні землевласники і платники податків, а також особи, які не сплачували податків, але відповідали всім іншим вимогам, що ставилися до виборців. Кожна курія обирала третину повітових гласних [Там само].

Повітова управа направляла списки виборців повітовому старості, який у семиденний термін міг заявити про свій протест, а виборці – подавати скарги. Протести і скарги розглядалися виборчою комісією у п'ятиденний термін. Рішення виборчої комісії могли оскаржуватись в адміністративному відділі окружного суду, який ухвалював остаточну постанову в п'ятиденний термін. Після розгляду спірних питань виправлені списки виборців за два тижні до голосування оприлюднювалися знову і внесення до них змін не допускалося [Там само].

Земські вибори мали проводитися шляхом таємного голосування. Обраними вважалися кандидати, які набрали найбільшу кількість голосів відносно інших кандидатів. Особи, обрані понад належне число гласних, вважалися кандидатами у гласні і впродовж трьох років могли замінити тих гласних, котрі вибували [Там само].

Законодавство передбачало різну кількість повітових гласних для кожного повітового земства – від 48 до 90 осіб. Під час проведення земських повітових зборів гласні зі свого складу обирали таємним голосуванням губернських гласних. До 10 губернських земств України виборці мали обрати 848 гласних [15, с. 429].

Отже, «Закон про перевибори губерніяльних і повітових земських

гласних» 1918 р. відновлював основні принципи земської виборчої системи за Положенням про губернські і повітові земські установи 1890 р. Він передбачав антидемократичну систему виборів. Земські вибори були не всезагальними і не рівними, в їх основу покладено поділ виборців на курії за майновим цензом.

Гетьманський уряд планував провести вибори земських гласних у грудні 1918 р. Підготовка до проведення земських виборів розпочалася після опублікування «Закону про перевибори губерніяльних і повітових земських гласних» у вересні 1918 р. Згідно з наказом МВС формування дільничних повітових виборчих комісій доручалося губернським старостам. На початок листопада 1918 р. виборчі комісії було сформовано, але у зв'язку з наростанням опозиційного антигетьманського руху та зреченням П. П. Скоропадського з посади гетьмана земські вибори не відбулися.

За доби гетьманату П. П. Скоропадського уряд обмежив повноваження органів земського самоврядування. Голови місцевих адміністрацій – губернські старости отримали такі повноваження щодо контролю за діяльністю земств, які в минулому належали губернаторам [6, с. 95]. Земства втратили право на виконання правоохоронної функції. Постановою Ради Міністрів від 18 травня 1918 р. «Про заміну існуючих законів про міліцію і створення Державної варти» органи міліції було виведено з підпорядкування земств і міських дум [16, с. 5–6].

30 листопада 1918 р. гетьман санкціонував Закон «Про зміну, доповнення та скасування діючих узаконень про волосні, повітові та губерніяльні установи по упорядкуванню сільськими місцевостями», який ліквідував волосне земство і впроваджував волосне й сільське управління. Для їх формування уряд заснував волосний і сільський сходи. Право на участь у сільському сході належало земським виборцям відповідно до «Закону про перевибори губерніяльних і повітових земських гласних». Сільський схід делегував своїх представників на волосний схід. Очолював волосне правління волосний старшина, якого обирав схід і затверджував на посаді повітовий староста. Закон установив державне фінансування волосного і сільського управління та

відновив інститут земських начальників, які повинні здійснювати адміністративний нагляд за їх діяльністю [6, с. 94]. Таким чином, зазначений закон ліквідував волосне земство і передбачав упровадження волосного і сільського управління, які повністю залежали від місцевої адміністрації.

Незважаючи на нестабільність законодавства, політичні переслідування, організаційну невизначеність та недостатнє фінансування, за доби Української Держави П. П. Скоропадського земське самоврядування здійснювало організаційно-управлінську та господарську діяльність. Як зазначав С. В. Петлюра, земства продовжують утримувати «сотні тисяч народних шкіл, сотні професійних шкіл і учительських семінарій, велике число шпиталів, амбулаторій; вони опікуються будівництвом шляхів, дбають про кооперацію на селі, заводять дослідні сільськогосподарські станції, ветеринарні пункти, мають свої великі майстерні, заводи, центральні склади для постачання населенню книжок, сільськогосподарського знаряддя, медикаментів і різних предметів домашнього обіходу; дають юридичну допомогу населенню» [17, с. 79].

Висновки. Навесні 1918 р. земства перебували у стані фінансового й організаційно-господарського занепаду. Спираючись на результати ревізії діяльності земських управ, уряд гетьмана П. П. Скоропадського дійшов висновку про необхідність проведення докорінної реформи земського самоврядування з метою виведення його із системної кризи. У процесі проведення реформи гетьманський уряд скасував такі демократичні принципи місцевого самоврядування, як колегіальність, самостійність і рівність органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Волосне земство було реорганізовано у нижню ланку місцевої державної адміністрації, запроваджено жорсткий адміністративний контроль за діяльністю земських управ. Уряд П. П. Скоропадського відновив антидемократичні принципи земської виборчої системи, передбачені Положенням 1890 р. Згідно із «Законом про перевибори губерніальних і повітових земських гласних» 1918 р. земські вибори були не всезагальними, не рівними, в їх основу покладено поділ виборців на курії за майновим цензом. Політика уряду П. П. Скоропадського поглибила загальну

кризу земського самоврядування, що дає підстави кваліфікувати його діяльність як проведення земської контрреформи.

Антидемократичні урядові перетворення викликали активну протидію земського самоврядування. Проте діяльність земських лідерів, що мала за мету змусити гетьмана відмовитись від ліквідації демократичних принципів місцевого самоврядування та проведення політичних переслідувань, не мала успіху. Протидія земства проведенню антидемократичної урядової реформи засвідчує демократичну природу місцевого самоврядування, його негативне ставлення до спроб централізації влади.

Список літератури:

1. Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. Київ: Знання, 1993. 192 с.
2. Пиріг Р. Я. Діяльність урядів гетьманату Павла Скоропадського: персональний вимір. Київ: Ін-т історії України НАН України, 2016. 518 с.
3. Полтавские новости. 1918. 25 мая.
4. Харченко Т. О. Становлення місцевих органів виконавчої влади та самоврядування в Українській Державі (квітень–грудень 1918 р.): автореф. дис. ... канд. іст. наук. Харків, 2000. 21 с.
5. Леміжанська О. Органи місцевого самоврядування в державно-політичній моделі гетьманату П. Скоропадського (квітень–грудень 1918 р.). *Український історичний збірник*. 2010. Вип. 13. С. 193–201.
6. Копиленко О. Л., Копиленко М. Л. Держава і право України 1917–1920 рр.: Центральна Рада. Гетьманат. Директорія: навч. посіб. Київ: Либідь, 1997. 208 с.
7. Тимошук О. В. Охоронний апарат Української Держави (квітень–грудень 1918 р.): монографія. Харків: Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. 462 с.
8. С. В. Петлюра у міністра юстиції. *Киевская мысль*. 1918. 18 мая.
9. Положення, доповідна Раді Міністрів Української Держави про надання губерніальним старостам права розпуску волосних земських зборів. *ЦДАВОВУ України* (Центральний державний архів вищих органів влади та управління України). Ф. 1216. Оп. 1. Спр. 254. Арк. 25–40.
10. Временные правила о производстве выборов губернских и уездных гласных. *Собрание узаконений и распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате*. Петроград, 1917. № 137. Ст. 730. С. 1169–1177.
11. Могиланський М. Реформа земського законодавства. *Черниговская земская газета*. 1918. 30 авг.
12. Петлюра С. В. Вибрані твори і документи / уклад. Л. В. Голота. Київ: Довіра, 1994. 271 с. (Препринт/Всеукраїнське товариство «Просвіта» ім. Т. Г. Шевченка, Українська бібліотека ім. С. Петлюри в Парижі, Фундація С. Петлюри в Канаді).
13. Пиріг Р. Я. «Моїми словами руководить бажання захистити земську управу ...» (Лист професора Костя Мацієвича до гетьмана Павла Скоропадського, вересень 1918 р.). *Архіви України*. 2009. № 1–2. С. 116–123.
14. Скоропадський П. Спогади. Київ, Філадельфія, 1995. 493 с. (Препринт).
15. Мироненко О. Формування національних земств і міських дум в Українській Державі. *Мала енциклопедія етностороннього правознавства*. Київ, 1996. С. 428–431.

16. Довбня В. Правові підстави усунення органів місцевого самоврядування від участі у керівництві міліцією у період української революції 1917–1920 рр. *Юридична Україна*. 2006. № 3. С. 4–7.

17. Петлюра С. В. Народе український : вибрані статі, листи, документи. Харків: Лівий берег, 1992. 148 с. (Препринт/Видання здійснене при допомозі центру Леся Курбаса).

References:

1. Slusarenko, A.G., Tomenko, M.V. (1993). *Istoria ukrainskoj konstitucij*. Kyiv: Znannij [in Ukrainian].
2. Pyrigh, R.Ja. (2016). *Dijaljnistj urjadiv ghetjmanatu Pavla Skoropadsjkogho: personaljnyj vymir*. Kyiv: In-t istoriji Ukrajinjy NAN Ukrainy [in Ukrainian].
3. *Poltavskie novosti*. (1918). 25 maj [in Ukrainian].
4. Harchenko, T.O. (2000). *Stanjvlenia miscevyh organiv vykonavchoj vlady ta samovriaduvania v Ukrajskij Derzhavi (kviten–gruden 1918 r.)*. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv: KhNU im. V.N. Karazina [in Ukrainian].
5. Lemizhanska, O. (2010). *Organy misceвого samovriaduvania v derzhavno-politychnij modeli getmanatu P. Skoropadskogo*. *Urajskij istorichnyj zbirnyk – Ukrainian historical collection, issue 13, 193–201*[in Ukrainian].
6. Kopylenko, O.L., Kopylenko, M.L. (1997). *Derzhava i pravo Ukrainy 1917–1920 rr.: Centralna Rada. Getmanat. Dyrektorij*. Kyiv: Lybid [in Ukrainian].
7. Tymoshchuk, O.V. (2000). *Ohoronyj aparat Ukrajskij Derzhavi (kviten–gruden 1918 r.): monografij*. Kharkiv: Vyd-vo Universytetu vnutrishnih sprav [in Ukrainian].
8. S.V. Petlura u ministra ustycij. (1918). *Kievskaj misl – The Kiev thought*. 18 maj [in Ukrainian].
9. *Polozhenia, dopovidna Radi Ministriv Ukrajskoj Derzhavy pro nadania gubernialnim starostam prava rozpysku volosnih zemskih zboriv. CDAVOVU Ukrainy (Centraljnyj derzhavnyj arkhiv vyshhykh orghaniv vlady ta upravlinnja Ukrajinjy)*. F. 1216, Op. 1, Spr. 254, 25–40 [in Ukrainian].
10. *Vremennye pravila o proizvodstve vyborov gubernskih i uezdnyh glasnih (1917)*. *Sobranie uzakonenij i rasporyzhenij Pravitel'stva, izdavaemoe pri Pravitel'stvujushhem Senate – Collection of legalization and orders of the Government, published under the Governing Senate*. Petrograd, 137, art. 730, 1169–1177 [in Russian].
11. Mogilianskyj, M. (1918). *Reforma zemskogo zakonodavstva. Chernigovskaj zemskaj gazeta – Chernihiv Zemstvo newspaper*. 30 avg. [in Ukrainian].
12. Petlura, S.V. (1994). *Vibrani tvory i dokumenty*. Kyiv: Dovira [in Ukrainian].
13. Pyrig, R.J. (2009). *Mojm slovom rukovodyt bazhane zahistyty zemsku upravu. Arhivy Ukrainy – Archives of Ukraine, 1–2, 116–123* [in Ukrainian].
14. Skoropadskij, P. (1995). *Spogady*. Kyiv, Filadelfij [in Ukrainian].
15. Mironenko, O. (1995). *Formuvania nacionalnih zemstv i miskih dum v Ukrajskij Derzhavi. Mala enciklopedia etnoderzhavjznavstva – Small encyclopedia of ethno-state studies*. Kyiv: Dovira [in Ukrainian].
16. Dovbnia, V. (2006). *Pravovi pidstavy usunenia organiv misceвого samovriaduvania vid uchasti u kerivnyctvi milicieu u period ukrajskoj revolucij 1917–1920 rr. Uridichna Ukraina – Legal Ukraine, 3, 4–7* [in Ukrainian].
17. Petlura, S.V. (1992). *Narode ukrajskij: vybrani stati, lysty, dokumenty*. Kharkiv: Livyj bereg [in Ukrainian].

Козаченко А. И. Земское самоуправление в период Украинской Державы Павла Скоропадского (апрель-декабрь 1918 года).

В статье проведено анализ деятельности земского самоуправления в период Украинской Державы гетмана П. Скоропадского. Весной 1918 г. земства находились в состоянии организационно-хозяйственного упадка. Это стало поводом для проведения

радикальної реформи земського самоуправління. Но в процесі проведення реформи гетьманське правління ліквідувало такі демократическі принципи місцевого самоуправління як виборність, самостійність і рівність органів державної влади і місцевого самоуправління. Земське законодавство гетьмана П. Скоропадського встановлювало антидемократическу систему виборів.

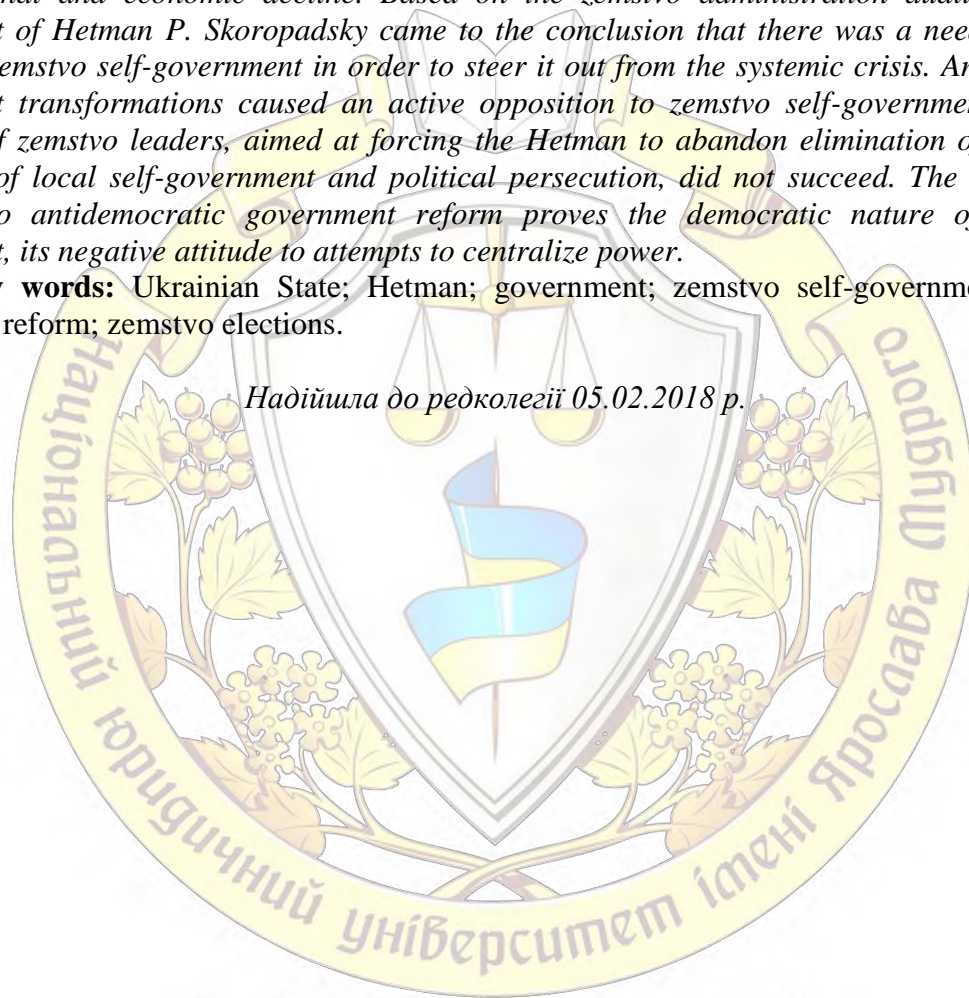
Ключевые слова: Українська Держава; гетьман; правління; земське самоуправління; земське законодавство; реформа; земські вибори.

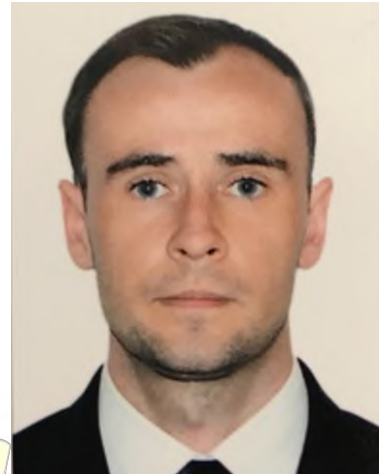
Kozachenko A. I. Zemstvo self-government under Ukrainian State of Hetman Pavlo Skoropadsky (April–December 1918).

The article analyzes activity of zemstvo self-government under the Ukrainian State of Hetman P. Skoropadsky. In the spring of 1918, zemstvos were in the state of financial, organizational and economic decline. Based on the zemstvo administration audit results, the government of Hetman P. Skoropadsky came to the conclusion that there was a need for radical reform of zemstvo self-government in order to steer it out from the systemic crisis. Antidemocratic government transformations caused an active opposition to zemstvo self-government. However, activities of zemstvo leaders, aimed at forcing the Hetman to abandon elimination of democratic principles of local self-government and political persecution, did not succeed. The resistance of zemstvos to antidemocratic government reform proves the democratic nature of local self-government, its negative attitude to attempts to centralize power.

Key words: Ukrainian State; Hetman; government; zemstvo self-government; zemstvo legislation; reform; zemstvo elections.

Надійшла до редколегії 05.02.2018 р.





Литвинов Олександр Миколайович,
канд. юрид. наук,
суддя Конституційного Суду України,
Україна, м. Київ
e-mail: anlytvynov@gmail.com
ORCID 0000-0002-1053-6664

Богуш Віктор Валерійович,
науковий консультант
судді Конституційного Суду України,
Україна, м. Київ
e-mail: v.bohush1988@gmail.com
ORCID 0000-0002-8570-4941

МЕЖІ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ У ПРОВАДЖЕННЯХ ЗА КОНСТИТУЦІЙНИМИ ПОДАВАННЯМИ ТА КОНСТИТУЦІЙНИМИ СКАРГАМИ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

У статті порушено питання, пов'язані із з'ясуванням актуальних меж повноважень Конституційного Суду України у провадженнях за конституційними поданнями та конституційними скаргами, дослідженням уже нечинного законодавчого механізму виходу за межі предмета конституційного контролю, вивченням законодавства іноземних держав у частині надання конституційним судам права ініціювати конституційну перевірку та оцінку ймовірного судового активізму Конституційного Суду України за відсутності відповідних законодавчих приписів.

Ключові слова: конституційна скарга; конституційне подання; конституційний контроль; судовий активізм (ініціатива).

Вступ. Дослідження межі конституційного контролю у провадженнях за конституційними поданнями та конституційними скаргами є неможливим без окреслення повноважень Конституційного Суду України у провадженнях за конституційними поданнями й конституційними скаргами.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 150 Конституції України [1] до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань

про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1) за конституційними поданнями Президента України, щонайменше сорока п'яти народних депутатів України, Верховного Суду, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 2).

Згідно зі ст. 151¹ Основного Закону України Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України; конституційна скарга може бути подана в разі вичерпання всіх інших національних засобів юридичного захисту [1].

Наведені конституційні приписи щодо здійснення органом конституційної юрисдикції нормативного конституційного контролю відтворено в положеннях ст. 7 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 р. № 2136-VIII зі змінами (далі – Закон № 2136) [2], за якими до повноважень Конституційного Суду України належить, зокрема: вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1); вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України (п. 9). При цьому відповідно до Закону № 2136 суб'єктами права на конституційне подання є Президент України, щонайменше сорок п'ять народних депутатів України, Верховний Суд, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим (ч. 1 ст. 52), а суб'єктами права на конституційну скаргу – фізична особа

та юридична особа приватного права (ст. 56) [2].

У цьому контексті необхідно підкреслити, що ані Конституція України, ані Закон № 2136 не містять положень, які наділяли б Конституційний Суд України компетенцією виходити за межі предмета конституційного подання чи конституційної скарги й оцінювати в аспекті відповідності Конституції України (конституційності) інші правові акти (їх окремі положення), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, та які впливають на прийняття рішення у справі. Інакше кажучи, Конституційний Суд України позбавлений можливості самостійно ініціювати здійснення ним конституційного контролю інших правових актів (їх окремих положень) під час провадження у справі за конституційним поданням чи конституційною скаргою.

Принагідно зауважити, що з набранням чинності Законом № 2136 втратив чинність Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР зі змінами (далі – Закон № 422) [3], у ч. 3 ст. 61 якого було передбачено, що у разі якщо в процесі розгляду справи за конституційним поданням виявлено невідповідність Конституції України інших правових актів (їх окремих положень), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, і які впливають на прийняття рішення у справі, Конституційний Суд України визнає такі правові акти (їх окремі положення) неконституційними. Прикметно, що обов'язковою умовою визнання таких правових актів (їх окремих положень) неконституційними мав бути їх вплив на прийняття рішення у справі, тобто без їх оцінки на предмет конституційності, по суті, був неможливим повний і всебічний розгляд справи.

Таким чином, зазначене положення Закону № 422 наділяло Конституційний Суд України повноваженням за своєю ініціативою визнавати неконституційними інші правові акти (їх окремі положення), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, та які впливають на прийняття рішення у справі. Таке повноваження органу конституційної юрисдикції було втіленням обов'язкового судового активізму, тобто Конституційний Суд України був зобов'язаний реагувати на неконституційні правові акти (їх окремі положення),

що не були предметом розгляду за конституційним поданням, якщо вони впливали на прийняття рішення у справі. До того ж П. Мартиненко цілком слушно відніс цей аспект діяльності Конституційного Суду України до такої форми нормативного контролю, як опосередкований нормативний контроль [4].

З аналізу рішень Конституційного Суду України у справах за конституційними поданнями щодо відповідності Конституції України (конституційності) правових актів (їх окремих положень) вбачається, що Конституційний Суд України неодноразово й досить активно застосовував механізм ч. 3 ст. 61 Закону № 422, зокрема:

– у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону Республіки Крим «Про об'єднання громадян» від 22.05.1993 р. № 290 було визнано неконституційними положення п. 3 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про Автономну Республіку Крим» від 17.03.1995 р., положення Закону України «Про Конституцію Автономної Республіки Крим» від 04.04.1996 р., п. 4 ч. 2 ст. 98 Конституції Автономної Республіки Крим, прийнятої Верховною Радою Автономної Республіки Крим 01.11.1995 р. та затвердженої цим законом щодо віднесення до відання Автономної Республіки Крим визначення порядку організації і діяльності об'єднань громадян, а також гл. 16 «Об'єднання громадян» Конституції Автономної Республіки Крим [5];

– у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців 3–4 п. 13 розд. XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 09.07.2003 р. № 1058-IV та офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 11 Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. № 2862-XII з наступними змінами було визнано неконституційними положення частин 4–5 ст. 43 Закону України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб» від 09.04.1992 р. № 2262-XII в редакції Закону України «Про внесення

змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» та деяких інших законодавчих актів України» від 25.04.2005 р. № 2505–IV (Конституційний Суд України вказав, що зазначені положення впливають на прийняття об'єктивного і справедливого рішення у справі) [6];

– у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 1, 2, 4, 6 Закону України «Про передачу колекції образотворчого мистецтва Акціонерного товариства «Градобанк» у державну власність» від 24.06.2004 р. № 1881-IV, Постанови Верховної Ради України «Про визнання колекції образотворчого мистецтва національним надбанням України» від 24.05.2001 р. № 2434-III було визнано неконституційною ст. 5 Закону України «Про передачу колекції образотворчого мистецтва Акціонерного товариства «Градобанк» у державну власність» від 24.06.2004 р. № 1881-IV (Конституційний Суд України відзначив, що положення ст. 5 цього Закону, які встановлюють порядок відшкодування державою вартості колекції, перебувають у системному зв'язку з положеннями статті 1 цього закону в частині передачі колекції у державну власність) [7];

– у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пп. 13 п. 4 розд. I Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення впливу світової фінансової кризи на сферу зайнятості населення» від 25.12.2008 р. № 799-VI було визнано неконституційним положення п. 9 ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» від 02.03.2000 р. № 1533-III в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення впливу світової фінансової кризи на сферу зайнятості населення» від 25.12.2008 р. № 799-VI (пп. 1 (абз. 7) п. 4 розд. I) в частині вилучення у зазначеній редакції п. 1 ст. 36 Кодексу законів про працю України (Конституційний Суд України підкреслив, що положення ч. 3 ст. 23 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» від 02.03.2000 р. № 1533-III

перебуває в системному зв'язку з положенням п. 9 ст. 1 цього Закону) [8];

– у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абз. 6 п. 5 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про міліцію» від 20.12.1990 р. № 565-ХІІ з наступними змінами було визнано неконституційним п. 11 ч. 1 ст. 11 цього Закону в частині права міліції проводити фотографування, звукозапис, кіно- і відеозйомку, дактилоскопію осіб, які затримані за підозрою у занятті бродяжництвом [9];

– у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень другого речення ч. 7 ст. 43, першого речення ч. 1 ст. 54 Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» від 09.04.1992 р. № 2262-ХІІ зі змінами було визнано неконституційними положення першого речення ч. 7 ст. 43 цього Закону [10].

Звідси випливає, що у своїх рішеннях Конституційний Суд України виділив такі особливості застосування законодавчих приписів щодо виходу за межі предмета конституційного контролю, як вплив положень законів України, крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, на прийняття об'єктивного і справедливого рішення у справі та їх системний зв'язок з положеннями законів України, стосовно яких у конституційному поданні порушено питання щодо їх відповідності Конституції України (конституційності).

Доречно зазначити, що механізм ч. 3 ст. 61 Закону № 422, який надавав можливість Конституційному Суду України за своєю ініціативою виявляти та визнавати неконституційними правові акти (їх окремі положення), що нерозривно пов'язані з правовими актами (їх окремими положеннями), які становили предмет конституційного контролю, не був суто українською моделлю судового активізму, оскільки подібні інструменти існують у законодавстві іноземних держав.

Відповідно до ч. 1 ст. 168 Конституції Республіки Сербія провадження щодо перевірки на конституційність може бути ініційоване органами державної

влади, органами територіальної автономії або місцевого самоврядування, не менш як 25 депутатами. Така процедура також може бути ініційована самим конституційним судом [11]. Зазначені положення конкретизовано у ч. 2 ст. 50 Закону Республіки Сербія «Про Конституційний Суд», згідно з якою процедура щодо перевірки на конституційність нормативних правових актів може бути ініційована самим конституційним судом на підставі рішення, яке ухвалене більшістю у дві третіх голосів всіх його суддів [12].

За п. 4 ст. 24 Основного Закону Угорщини конституційний суд може переглянути або скасувати правове положення, яке не є предметом розгляду, лише у разі коли його зміст тісно пов'язаний із правовим положенням, що підлягає перегляду відповідно до клопотання [13].

Як це передбачено у п. 2 ст. 38 Конституційного Акта «Про Конституційний Суд Республіки Хорватія», конституційний суд може самостійно відкрити провадження стосовно перегляду конституційності закону та конституційності і законності інших правових актів [14].

Відповідно до ч. 3 ст. 150 Конституції Республіки Чорногорія конституційний суд може самостійно ініціювати процедуру оцінки конституційності і законності правового акта [15]. Наведене положення конкретизовано у ст. 55 Закону «Про Конституційний Суд Республіки Чорногорія», в якій передбачено, що провадження стосовно відповідності закону Конституції може бути ініційоване, зокрема, коли конституційний суд самостійно виявить підстави для цього й особливо коли під час провадження за конституційною скаргою виникає питання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, на підставі якого прийнято індивідуальний акт, що є предметом конституційної скарги; коли під час провадження щодо перевірки конституційності і законності виникає питання щодо конституційності чи законності інших положень або інших правових актів, пов'язаних з положеннями, що є предметом розгляду [16].

Зміст наведених положень конституцій і законів свідчить, що повноваження конституційних судів зазначених європейських держав щодо

здійснення ними конституційного контролю не обмежені предметом конституційного клопотання, зокрема через тісний зв'язок правових актів (їх окремих положень) з предметом конституційної перевірки.

Отже, усталена практика Конституційного Суду України та законодавство окремих європейських держав підтверджують вельми значущу роль механізму ч. 3 ст. 61 Закону № 422 у діяльності органу конституційної юрисдикції України. Така роль описаного законодавчого механізму, що передбачав прояв судового активізму (ініціативи) Конституційним Судом України, передусім була зумовлена необхідністю повного і всебічного розгляду справи та прийняття об'єктивного і справедливого рішення у справі. Зрештою наведене логічно випливає з основного завдання Конституційного Суду України – гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України (ст. 2 Закону № 422).

Однак положення ч. 3 ст. 61 Закону № 422 втратили чинність на підставі Закону № 2136, який, як і Конституція України, не містить положень, що дозволяли б Конституційному Суду України за своєю ініціативою перевіряти на предмет конституційності інші правові акти (їх окремі положення), які нерозривно пов'язані з предметом конституційного контролю і впливають на прийняття рішення у справі. У той же час не змінилося основне завдання Конституційного Суду України, а саме забезпечувати верховенство Конституції України (ст. 1 Закону № 2136). Саме тому видається абсолютно безпідставною відмова законодавця передбачити механізм виходу органом конституційної юрисдикції України за межі предмета конституційного контролю вже в чинному Законі № 2136.

Натомість відсутність такого законодавчого інструменту фактично блокуватиме будь-які намагання Конституційного Суду України вийти за межі предмета конституційного контролю у провадженнях за конституційними поданнями і конституційними скаргами у разі, якщо орган конституційної юрисдикції України виявить ознаки неконституційності інших правових актів (їх окремих положень), які перебувають у системному зв'язку з предметом

конституційного контролю і впливають на прийняття об'єктивного і справедливого рішення у справі.

Разом із тим окремі судді Конституційного Суду України допускають можливість конституційного контролю правових актів (їх окремих положень), які не охоплюються відповідним конституційним поданням. Так, суддя Конституційного Суду України М. Мельник у своїй окремій думці стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII зі змінами зазначив, що якщо Конституційний Суд України вважав, що п. 2 розд. II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вищу освіту» щодо встановлення обмежень при обранні на посаду (призначення виконувача обов'язків) керівника вищого навчального закладу» від 14.05.2015 р. № 415-VIII встановлює юридичну відповідальність особи, яка голосувала за диктаторські закони 16.01.2014 р., «то саме цей пункт у першу чергу він мав визнати неконституційним» (абзац п'ятий пункту 3 вказаної окремої думки) [17]. Крім того, суддя Конституційного Суду України М. Гультай у своїй окремій думці стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 9 ст. 61, ч. 3 ст. 105 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р. № 4061-VI зі змінами, п. 3 розд. II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори народних депутатів України» щодо виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку партії у багатомандатному окрузі» від 16.02.2016 р. № 1006-VIII зауважив, що твердження Конституційного Суду України про те, що черговість кандидатів у народні депутати України у виборчому списку від політичної партії після їх офіційної реєстрації Центральною виборчою комісією не може змінюватися на жодній зі стадій виборчого процесу, є необґрунтованим, оскільки не

узгоджується з частинами 6–7 ст. 58, ч. 5 ст. 61 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р. № 4061-VI зі змінами, «які, однак, у процесі конституційного провадження Суд не визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними)» (абз. 17 п. 2 зазначеної окремої думки) [18].

На наше ж переконання, у випадку прояву судового активізму (ініціативи) Конституційний Суд України неминуче перевищить свої конституційно визначені повноваження і, як наслідок, стане порушником Основного Закону України, зокрема його ч. 2 ст. 19, відповідно до якої органи публічної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Втім законодавець все ще здатен запобігти виникненню окресленої ситуації шляхом внесення необхідних змін до Закону № 2136.

Список літератури:

1. Конституція України: зі змінами, внесеними законами України від 08.12.2004 р. № 2222-IV, від 01.02.2011 р. № 2952-VI, від 19.09.2013 р. № 586-VII, від 21.02.2014 р. № 742-VII, від 02.06.2016 р. № 1401-VIII. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/constitution> (дата звернення: 04.03.2018).
2. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII зі змінами, внесеними згідно із Законом № 2147-VIII від 03.10.2017 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 04.03.2018).
3. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 04.03.2018).
4. Мартиненко П. Конституційний Суд України: повноваження у контексті дворічного досвіду (квітень 1997 – квітень 1999 р.). *Вісник Конституційного Суду України*. 1999. № 4. С. 57, 59.
5. Рішення Конституційного Суду України від 03.03.1998 р. № 2-рп/98 у справі про об'єднання громадян в Автономній Республіці Крим. *Вісник Конституційного Суду України*. 1998. № 2. С. 19–23.
6. Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2005 р. № 8-рп/2005 у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання. *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 5. С. 41–52.
7. Рішення Конституційного Суду України від 16.10.2008 р. № 24-рп/2008. *Вісник Конституційного Суду України*. 2009. № 1. С. 15–20.
8. Рішення Конституційного Суду України від 28.04.2009 р. № 9-рп/2009 у справі про допомогу по безробіттю звільненим за угодою сторін. *Вісник Конституційного Суду України*. 2009. № 3. С. 42–47.
9. Рішення Конституційного Суду України від 29.06.2010 р. № 17-рп/2010. *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 5. С. 11–17.
10. Рішення Конституційного Суду України від 20.12.2016 р. № 7-рп/2016. *Вісник Конституційного Суду України*. 2017. № 1. С. 5–10.

11. Constitution of the Republic of Serbia. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution> (дата звернення: 04.03.2018).
12. Law on the Constitutional Court of the Republic of Serbia. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court> (дата звернення: 04.03.2018).
13. The Fundamental Law of Hungary. URL: <http://hunconcourt.hu/fundamental-law/> (дата звернення: 04.03.2018).
14. The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf (дата звернення: 04.03.2018).
15. The Constitution of Montenegro. URL: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/CONSTITUTION%20OF%20MONTENEGRO.pdf> (дата звернення: 04.03.2018).
16. Law on the Constitutional Court of Montenegro. URL: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/LAW%20ON%20THE%20CONSTITUTIONAL%20COURT%20OF%20MONTENEGRO%20.pdf> (дата звернення: 04.03.2018).
17. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України від 20.12.2017 р. № 2-р/2017 URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/melnyk.pdf> (дата звернення: 04.03.2018).
18. Окрема думка судді Конституційного Суду України Гультая М.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України від 21.12.2017 р. № 3-р/2017 у справі про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/hultai.pdf> (дата звернення: 04.03.2018).

References:

1. Konstytutsiia Ukrainy: zi zminyamy, vnesenymy zakonamy Ukrainy vid 08.12.2004 r. № 2222-IV, vid 01.02.2011 r. № 2952-VI, vid 19.09.2013 r. № 586-VII, vid 21.02.2014 r. № 742-VII, vid 02.06.2016 r. № 1401-VIII. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/constitution>.
2. Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.07.2017 r. № 2136-VIII zi zminyamy, vnesenymy zghidno iz Zakonom № 2147-VIII vid 03.10.2017 r. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19>.
3. Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.10.1996 r. № 422/96-VR. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80>.
4. Martynenko, P. (1999). Konstytutsiinyi Sud Ukrainy: povnovazhennia u konteksti dvorichnoho dosvidu (kviten 1997–kviten 1999 r.). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 4, 57, 59 [in Ukrainian].
5. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 03.03.1998 r. № 2-rp/98 u spravi pro ob'iednannia hromadian v Avtonomnii Respublitsi Krym. (1998). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2, 19–23 [in Ukrainian].
6. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 11.10.2005 r. № 8-rp/2005 u spravi pro riven pensii i shchomisiachnoho dovichnoho hroshovoho utrymanna. (2005). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 5, 41–52 [in Ukrainian].
7. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 16.10.2008 r. № 24-rp/2008. (2009). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 1, 15–20.
8. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 28.04.2009 r. № 9-rp/2009 u spravi pro dopomohu po bezrobittiu zvilnenym za uhodoiu storin. (2009). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 3, 42–47 [in Ukrainian].
9. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 29.06.2010 r. № 17-rp/2010. (2010). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 5, 11–17 [in Ukrainian].
10. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 20.12.2016 r. № 7-rp/2016. (2017). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 1, 5–10 [in Ukrainian].

11. Constitution of the Republic of Serbia. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>.
12. Law on the Constitutional Court of the Republic of Serbia. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court>.
13. The Fundamental Law of Hungary. URL: <http://hunconcourt.hu/fundamental-law/>.
14. The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf.
15. The Constitution of Montenegro. URL: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/CONSTITUTION%20OF%20MONTENEGRO.pdf>.
16. Law on the Constitutional Court of Montenegro. URL: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/LAW%20ON%20THE%20CONSTITUTIONAL%20COURT%20OF%20MONTENEGRO%20.pdf>.
17. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Melnyka M.I. stosovno Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 20.12.2017 r. № 2-r/2017. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/melnyk.pdf> [in Ukrainian].
18. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Hultaia M.M. stosovno Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 21.12.2017 r. № 3-r/2017 u spravi pro vykliuchennia kandydativ u narodni deputaty Ukrainy z vyborchoho spysku politychnoi partii. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/hultai.pdf> [in Ukrainian].

Литвинов А. Н., Богуш В. В. Границы конституционного контроля в производствах по конституционным представлениям и конституционным жалобам: теоретические аспекты.

В статье поднимаются вопросы, связанные с выяснением актуальных границ полномочий Конституционного Суда Украины в производствах по конституционным представлениям и конституционным жалобам, исследованием уже недействительного законодательного механизма выхода за границы предмета конституционного контроля, изучением законодательства иностранных государств в части предоставления конституционным судам права инициировать конституционную проверку и оценкой вероятного судебного активизма Конституционного Суда Украины при отсутствии соответствующих законодательных предписаний.

Ключевые слова: конституционная жалоба; конституционное представление; конституционный контроль; судебный активизм (инициатива).

Lytvynov O., Bohush V. Limits of constitutional control within the proceedings upon constitutional submissions and constitutional complaints: theoretical aspects.

The article deals with issues connected with ascertaining the actual limits of powers of the Constitutional Court of Ukraine within the proceedings upon constitutional submissions and constitutional complaints, examining no more valid legislative mechanism of overrun of the subject of constitutional control, studying the legislation of the foreign states in the part of provision the constitutional courts with the right to institute constitutional review, and assessing possible court activism of the Constitutional Court of Ukraine during absence of the relevant legislative provisions.

Keywords: constitutional complaint; constitutional submission; constitutional control; court activism (initiative).

Надійшла до редколегії 20.04.2018 р.



НЕЗАЛЕЖНІСТЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ ЯК КОНСТИТУЦІЙНА ЦІННІСТЬ ТА ПРИНЦИП КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ УКРАЇНИ

*Кулешов Дмитро Володимирович,
заступник керівника Слав'янської прокуратури
Донецької області,
здобувач кафедри конституційного права України,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Слав'янськ,
e-mail: kuleshov_dmitry@ukr.net
ORCID 0000-0002-6485-7658*

Проаналізовано політико-правову природу та соціальну цінність незалежності судової влади як одного з визначальних принципів конституційного ладу, з'ясовано його значення для розвитку України як демократичної, правової держави, досліджено форми та способи його гарантування; доведено, що незважаючи на відсутність прямого конституційного закріплення, принцип незалежності судової влади України втілено в тексті Основного Закону України опосередковано – через інші конституційні принципи; розглянуто проблемні аспекти забезпечення реальної незалежності судової влади на сучасному етапі державно-правового розвитку України.

Ключові слова: конституційні цінності; принципи конституційного ладу; незалежність судової влади як принцип конституційного ладу; механізм гарантування незалежності судової влади.

Вступ. За загальним визнанням, політико-правова природа та соціальне призначення сучасної ліберально-демократичної конституції полягає, насамперед, у системному нормативному закріпленні та гарантуванні на найвищому правовому рівні низки найбільш важливих, базових цінностей універсального характеру, які мають безумовне визнання й сприйняття в сучасному державно-організованому суспільстві та у своїй сукупності складають основу його організації та функціонування, є його своєрідним «ціннісним фундаментом». Як правило, в конституційному тексті такі цінності отримують нормативне закріплення у вигляді норм-принципів, які вважаються своєрідними орієнтирами не лише всього поточного конституційно-правового регулювання, а й практики правозастосування, оскільки визначають їх

внутрішній зміст і спрямованість. До таких цінностей, передусім, належать: свобода в усіх її проявах та обмежене правління як її головна гарантія; пріоритет інтересів особи та широкий перелік основоположних, загально визнаних прав і свобод людини як форми реалізації свободи; принципи правової держави, верховенства права, демократизму, республіканської форми правління, народного та державного суверенітету, народовладдя, поділу державної влади, гарантування місцевого самоврядування, плюралізму тощо. У своїй сукупності базові конституційні цінності, що втілені в нормах-принципах, становлять засади сучасного конституційного ладу.

Разом з тим слід відмітити, що не всі безумовні політико-правові цінності конституційного рівня знаходять своє пряме й чітке нормативне закріплення. Як слушно зазначають дослідники, частину конституційних принципів втілено в тексті Основного Закону України опосередковано, через низку інших норм, які містяться в різних його розділах, спрямовані на регулювання різних сфер суспільних відносин, але в цілому системно закріплюють визначальні ідеї конституційно-правової регламентації. Зокрема, до таких принципів відносять соціальну свободу [1], справедливість [2, с. 31–39], взаємодію гілок державної влади [3] та ін. Вважаємо, що до базових принципів конституційного ладу України, які отримали своє опосередковане закріплення в тексті Конституції, слід також віднести і незалежність судової влади.

Мета статті – довести, що незалежність судової влади належить до цінностей конституційного рівня і до базових принципів конституційного ладу України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В Україні окремі аспекти незалежності судової влади та гарантії незалежності суддів досліджували О. Бориславська (O. Boryslavska), Т. Галайденко (T. Galaydenko), В. Городовенко (V. Gorodovenko), І. Каменська (I. Kamenska), В. Крижанівський (V. Krizhanivskiy), О. Кучинська (O. Kuchinska) та Ю. Циганюк (Y. Tsiganyk), О. Лемак (O. Lemak), І. Марочкін (I. Marohkin), В. Потапенко (V. Potapenko), О. Толочко (O. Tolochko). Однак, як свідчить аналіз змісту наукових доробок цих та інших учених,

незалежність судової влади саме як принцип конституційного ладу України все ще залишається вкрай малодослідженою.

Виклад основного матеріалу. Системний аналіз конституційних положень свідчить, що на відміну від поточного законодавства, принцип незалежності судової влади прямо не закріплено жодною нормою Конституції України, при чому не лише розділу I «Загальні засади», який практично весь складається з норм-принципів, що власне й становлять «Засади конституційного ладу України» [4–5], але й навіть нормами розділу VIII «Правосуддя». Однак сама ідея гарантування незалежності судової влади як обов'язкова й визначальна передумова функціонування сучасної демократичної, правової держави, не викликає серед правознавців жодних заперечень. Адже судова влада є одним із головних інституційно-інструментальних елементів конституційно-правового механізму гарантування майже всіх конституційних цінностей, передусім – пріоритетного значення людини, її життя і здоров'я, недоторканності і безпеки, забезпечення прав і свобод людини, дотримання державою своїх обов'язків тощо. У зв'язку з цим важливо дослідити форми опосередкованого закріплення принципу незалежності судової влади в Конституції України та з'ясувати, які критерії дозволяють віднести цю фундаментальну політико-правову ідею всього сучасного конституціоналізму до принципів засад конституційного ладу України.

Передусім слід зазначити, що суспільне усвідомлення соціальної та політико-правової цінності самої ідеї незалежного суду має глибоке історичне коріння, і тісно пов'язане з виникненням власне державно-організованого суспільства, яке майже одразу стикнулося з проблемою необхідності авторитетного владного розв'язання різноманітних суперечок та конфліктів, що неминуче супроводжують життя людей та їхніх спільнот. Цікаво, що перші відомі науці письмові настанови щодо належного здійснення правосуддя датуються епохою єгипетських фараонів і містяться в ієрогліфічних написах на стінах гробниць візирів з описом їхніх специфічних судових повноважень і

деталізацією судової процедури [6, с. 46–47]. На важливості ролі та значення судової влади акцентували увагу в своїх роботах й античні філософи та правознавці, мислителі древнього Риму та стародавньої Греції. Зародження ж аксіології взагалі й обґрунтування істотного ціннісного значення судової влади зокрема пов'язують з іменами Платона, який у своїй роботі «Законодавство» зазначав, що будь-яка держава перестане бути державою, якщо суди в ній не впорядковані належним чином [7, с. 217], та Аристотеля (Aristotel), який у своїй праці «Політика» метафорично визнавав військових і тих, на кого покладено відправлення правосуддя «душею» держави [8, с. 494].

Визначальне ціннісне значення незалежності судової влади обґрунтовували в своїх дослідженнях і мислителі середньовіччя. Так, Тома Аквінський (Тома Afinskyi) у своїй праці «Коментарі до Аристотелевої «Політики» робить висновок про обґрунтованість слів Аристотеля щодо наявності такого ж нерозривного системного взаємозв'язку суду та держави, який існує між людською душею і тілом [9, с. 334]. Як загальновідомо, Ш. Монтеस्क'є (Sh.-L. Montesk'ie) вважав незалежну судову владу центральним елементом забезпечення свободи людини [10, с. 138–139]. Найбільш загальний хронологічний аналіз точок зору вказаних філософів та правознавців свідчить про послідовне зростання загального суспільного усвідомлення надважливого значення незалежної судової влади і для розвитку правової думки, і для побудови дійсно демократичної держави, і для розвитку громадянського суспільства, і для повсякденного життя кожної людини.

Закономірним результатом тривалого історичного процесу наукових розвідок і філософсько-правових дискусій щодо істотного значення існування незалежної судової влади для демократичної, правової держави стало загальне визнання та формалізоване правове закріплення цієї базової ідеї в перших конституційних актах, прийнятих у результаті буржуазно-демократичних революцій. Так, і в Конституції Франції 1791 р., і в Конституції Польщі 1791 р. чітко зазначено, що влада судова не може здійснюватися ні законодавчими органами, ні королем. І хоча в Конституції США 1787 р. незалежність судової

влади прямо не закріплено, політико-правова традиція від самого початку вважає цю ідею наріжним каменем американської демократії [11, с. 92–96]. Не випадково саме з цим історичним періодом пов'язують зародження власне конституціоналізму, як політико-правової ідеології лібералізму, наукової доктрини про визнання свободи основоположною соціальною і правовою цінністю, а ідеї обмеженого правління її невід'ємною частиною, про необхідність закріплення і гарантування громадянських прав і свобод, про необхідність поділу державної влади з обов'язковим існуванням незалежного суду. Тобто ідея незалежності судової влади стала одним із загальноновизнаних, безумовних політико-правових надбань людства, отримала своє позитивне закріплення на найвищому – конституційному рівні і вперше системно була втілена в практику організації та функціонування державно-владного механізму. І більш ніж двохсотрічний досвід державно-правового розвитку довів її універсальність і безальтернативність у гарантуванні конституційних цінностей, насамперед – прав і свобод людини.

Разом з тим, як свідчить аналіз зарубіжних конституцій, ідею незалежності судової влади як базового конституційного принципу безпосередньо закріплено далеко не всіма сучасними демократичними державами. Так, незалежність судової влади прямо закріплено Конституцією Франції, за якою Президент Республіки є гарантом незалежності судової влади (ст. 64), Конституцією Швейцарії (Швейцарської конфедерації), ст. 30 якої встановила, що кожна особа, чия справа підлягає вирішенню в судовому провадженні, має право на заснований законом, компетентний, незалежний й безсторонній суд, Конституційним актом Канади, за яким кожен обвинувачуваний у здійсненні будь-якого злочину має право вважатися невинним до тих пір, доки його відповідно до закону не буде оголошено винним незалежним й безстороннім судом (п. d. ст. 11). Значно частіше на конституційному рівні закріплюються положення, що гарантують незалежність та недоторканність суддів. Зокрема, Конституція Іспанії закріпила, що судова влада походить від народу і здійснюється від імені Короля суддями і

магістратами, що представляють цю владу, які є незалежними, незмінюваними, відповідальними і підкоряються виключно закону (ст. 117.1.), що закон встановлює режим несумісності осіб судової влади, котрий має забезпечити їх повну незалежність (ст. 127.2). Положення щодо незалежності суддів містяться в Основних Законах Німеччини «судді незалежні і підкоряються лише закону» (ст. 97), Італії «магістратура утворює автономний і незалежний від будь-якої іншої влад стан» (ст. 104), Греції «правосуддя здійснюється судами, які складаються з постійних суддів, котрі користуються особистою і професійною незалежністю» (ст. 87. 1.), Японії «всі судді незалежні і діють, слідуючи голосу своєї совісті; вони пов'язані лише цією Конституцією і законами» (ст. 76). Однак, незважаючи на певні відмінності в конституційному закріпленні, сама ідея незалежності судової влади належить до визначальних засад організації і функціонування практично всіх держав сучасного світу, є одним з безумовних критеріїв їх демократичності й правового характеру.

Фундаментальний характер принципу незалежності судової влади підтверджується його закріпленням майже всіма найважливішими міжнародно-правовими документами. Зокрема, відповідно до ст. 19 Загальної декларації прав людини, «Кожна людина, для визначення її прав і обов'язків і для встановлення обґрунтованості пред'явленого їй кримінального обвинувачення, має право, на основі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута прилюдно і з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і безстороннім судом». Згідно зі ст. 16 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права «Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону». Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, закріпила незалежність судової влади в ст. 6 «Право на справедливий суд»: «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом». А з огляду на ст. 9

Конституції України, відповідно до якої «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України», цей принцип є невід'ємною складовою вітчизняної системи права загалом.

Досліджуючи міжнародно-правове закріплення принципу незалежності судової влади особливу увагу слід звернути на Бангалорські принципи поведінки суддів, схвалених у 2006 р. Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН, до першого показника в яких віднесено саме незалежність судових органів. У преамбулі цього документа чітко зазначається, що закріплений Загальною декларацією прав людини і Міжнародним пактом про громадянські й політичні права принцип незалежності судової влади визнається чи дістає відображення в місцевих актах з прав людини, національних конституціях, статутному та загальному праві, судових звичаях та традиціях, та що компетентність, незалежність та неупередженість судових органів має велике значення для виконання судами своєї ролі з підтримки конституціоналізму та правопорядку, а довіра суспільства до судової системи, а також до авторитету судової системи в питаннях моралі, чесності та непідкупності судових органів посідає першочергове місце в сучасному демократичному суспільстві.

Важливе значення для вироблення критеріїв незалежності судової влади в демократичних державах мала також Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя, прийнята на Першій світовій конференції по незалежності правосуддя (Монреаль, 1983 р.) [12]. У її Преамбулі, зокрема, зазначається: правосуддя являє собою одну із суттєвих підвалин свободи; держави давно створили суди та інші заклади з тим, щоб вони гарантували справедливе відправлення правосуддя на своїх територіях. Незалежність правосуддя, за цією Декларацією, означає: а) судді, як особи, є вільними та зобов'язані приймати безсторонні рішення згідно з власною оцінкою фактів і знанням права, без будь-яких обмежень, впливів, спонук, примусів, загроз або втручання, прямих або непрямих, з будь-якого боку і з будь-яких причин; б) у процесі прийняття рішень, судді є незалежними від своїх колег по суду та

вищих посадових осіб. Жодна ієрархічна структура суддівства і жодна різниця у ранзі чи класі суддів ніяким чином не можуть ставати на перешкоді праву судді на вільне винесення вироку; в) судді є незалежними від виконавчих і законодавчих органів держави; г) судді мають юрисдикцію, пряму або шляхом перегляду, над усіма питаннями правового характеру, включаючи питання власної юрисдикції та компетенції; г) не повинно створюватися жодних спеціальних тимчасових трибуналів; д) кожна особа має право на швидкий і ефективний розгляд справи у звичайних судах або суддівських трибуналах на законних підставах в межах судової компетенції; е) дозволяються певні обмеження під час надзвичайних чи критичних ситуацій, що піддають загрозі життєздатність держави, але лише за умов, передбачених законом, і лише до такої міри, яка чітко відповідає міжнародно прийнятим мінімальним стандартам прав людини; є) у таких надзвичайних ситуаціях держава має гарантувати, що цивільні особи, звинувачені у кримінальних порушеннях будь-якого характеру, заслуховуються звичайними судами (для цивільних осіб), які можуть при необхідності бути розширені за рахунок додаткових компетентних громадських суддів. Адміністративне затримання осіб без звинувачення підлягає перегляду звичайними судами шляхом *habeas corpus* (перегляду судом законності арешту) або подібних процедур, для того, щоб підтвердити законність затримання, а також розглянути будь-які претензії щодо неправильного поводження з затриманим звинуваченого; ж) юрисдикція військових трибуналів обмежується військовими порушеннями, вчиненими військовим персоналом. Завжди повинно існувати право апеляції до юридично кваліфікованого апеляційного суду; з) ніяка сила не може бути застосована з метою втручання в судовий процес; и) виконавчі органи не повинні контролювати судові органи через адміністрування судів; і) виконавчі органи не мають повноважень закривати або призупиняти діяльність судів; ї) виконавчі органи повинні утримуватися від будь-яких дій або бездіяльності, які випереджують рішення суду або заважають правильному виконанню суддівського рішення; й) жодний нормативний акт законодавчої чи виконавчої

влади не можуть бути спробою зворотнім порядком змінити конкретні рішення суду, а також змінювати склад суду з метою впливу на прийняття рішень цим судом; к) судді можуть колективно захищати свою незалежність; л) судді завжди повинні діяти таким чином, щоб зберігати гідність своєї посади і безсторонність та незалежність судової системи. Підпорядковуючись цьому принципу, судді мають свободу думки, слова, зібрання та утворення асоціацій.

Таким чином, політико-правова та загальносоціальна цінність ідеї незалежності судової влади не викликає сумнівів, так само, як і її визначальне значення для міжнародно-правового та національного конституційного регулювання. Проте для нашого дослідження важливо проаналізувати взаємозв'язок цієї ідеї з іншими конституційними цінностями та з'ясувати форму її опосередкованого закріплення в тексті Основного Закону України.

Насамперед слід вказати на системний взаємозв'язок незалежності судової влади з принципами правової держави та верховенства права загалом, які в найбільш широкому сенсі означають організацію державного і суспільного життя, взаємовідносин в системі «людина – суспільство – держава» відповідно до правових приписів, підпорядкування і держави в цілому, і її органів та посадових осіб, і суспільних інститутів, і безпосередньо особи праву як найбільш універсальному, справедливому, але при цьому – й знеособленому регулятору суспільних відносин, та панування права в державі і суспільстві. А у випадку виникнення будь-яких правових спорів, лише судова влада наділена повноваженнями щодо їх розв'язання через застосування до конфліктної ситуації правових приписів. І саме тому її незалежність є необхідною інституційною гарантією правового характеру держави та інструментальною гарантією панування права. Однак викликає сумніви позиція тих дослідників, які розглядають незалежність судової влади лише як елемент принципу верховенства права [13], оскільки власне гарантування та забезпечення верховенства права є лише однією з функцій судової влади. А її незалежність поза всяким сумнівом можна вважати конституційним принципом, що має таке ж визначальне значення, як і верховенство права.

Як відомо, обов'язковим елементом правової держави є розподіл владних повноважень із законотворення, правозастосування та розв'язання правових суперечок (принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову). Поза всяким сумнівом без незалежної та неупередженої судової влади (власне так само як і без незалежних законодавчої та виконавчої гілок влади) правової держави бути не може апріорі. Однак саме судова влада є гарантом функціонування інших владних інституцій в межах їх повноважень, визначених Конституцією та законами України, а також остаточним засобом вирішення будь-яких правових, у тому числі компетенційних спорів між іншими владними інституціями. Тобто незалежна судова влада є інструментальним засобом втілення в практику самого принципу поділу державної влади.

Не менш важливе значення має незалежна судова влада в гарантуванні принципу правового обмеження державної влади, який знайшов своє закріплення в ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Основного Закону України й означає, що владні інституції та їх представники зобов'язані функціонувати відповідно до спеціально-дозвільного принципу правового регулювання – «дозволено лише те, що прямо передбачено законом». Вихід органу публічної влади чи його посадової особи за межі своїх повноважень, закріплених Конституцією чи законами України, реалізація ними повноважень у непередбаченій формі або непередбаченим способом є підставою для визнання їх рішень, дій чи бездіяльності незаконними, що має наслідком їх скасування. А виключними повноваженнями щодо визнання акта, рішення, дії чи бездіяльності незаконними наділено саме суди. Тому судова влада і в цьому випадку виступає інституційно-інструментальною гарантією належної реалізації принципу правового обмеження державної влади.

Проте найбільш системно та наочно принцип незалежності судової влади проявляється через принципи пріоритету людини, її життя і здоров'я, честі й гідності, недоторканності та безпеки в системі всіх суспільних цінностей та власне гарантування прав і свобод людини. Адже, відповідно до ч. 2 ст. 3 Конституції України *«Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст*

і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». А відповідно до ч. 3 її ст. 8 «Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується». Більш ефективного механізму практичного забезпечення цих принципів, аніж функціонування в державі дійсно незалежного, високопрофесійного суду, сучасна конституційно-правова доктрина і практика ще не виробила, і навряд чи виробить в найближчому майбутньому. Саме судовий захист прав і свобод людини, на сьогодні залишається найбільш універсальним та дієвим засобом їх гарантування.

Висновок. Таким чином, викладене дозволяє зробити цілком обґрунтований, на наш погляд, висновок, що політико-правова ідея незалежності судової влади належить до загальноєвропейських цінностей конституційного рівня, що безумовно поділяються українським суспільством, та знайшла своє системне, хоча й опосередковане нормативне втілення в цілій низці положень Конституції України. А з огляду на надзвичайну важливість та визначальне значення реальної незалежності судової влади для функціонування України як демократичної, правової держави, для забезпечення верховенства права і, насамперед, ефективного захисту прав і свобод людини, незалежність судової влади належить до базових конституційних принципів, які у своїй сукупності становлять засади конституційного ладу України.

Список літератури:

1. Члевик О. В. Свобода як категорія конституційного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. 23 с.
2. Погребняк С. Закріплення основоположних принципів права в Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. 4 (59). С. 31–39.
3. Веніславський Ф. В. Взаємодія гілок державної влади як принцип основ конституційного ладу України. *Право України*. 1998. № 1. С. 34–38.
4. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3-зп/1997 (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України). *Офіційний вісник України*. 1997. № 29. С. 85–88.
5. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 р. № 10-рп/1999 (справа про застосування української мови). *Офіційний вісник України*. 2000. № 4. Ст. 125.

6. Смородинський В. С. Ідея правосуддя в історії правничої думки. *Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення*: монографія / відп. ред. В. С. Бігун. Київ: Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права». 2009. Розд. 2. С. 46–63.
7. Платон. Собр. соч.: в 4 т. / пер. с древнегреч.; общ. ред. А. Ф. Loseva, Я. Ф. Asmusa, А. А. Takho-Godi. Москва: Мысль 1994. Т. 4. 830 с.
8. Аристотель. Соч.: в 4 т. / Москва: Мысль, 1983. Т. 4. 830 с.
9. Аквінський Тома. Коментарі до Арістотелевої «Політики» / пер. з лат. О. Кислюк. 2-ге вид. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2003. 795 с.
10. Монтескье Ш. Л. О духе законов. Москва: Мысль, 1999. 672 с.
11. Токвиль Алексис де. Демократия в Америке: пер. с франц. / предисл. Гарольда Дж. Ласки. Москва: Прогресс, 1992. 554 с.
12. Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя. URL: <http://www.judges.org.ua/article/d5.htm> (дата звернення: 13.05.2018).
13. Чорнобук В. Незалежність судової влади як складова верховенства права: фінансово-правові аспекти. *Юридична Україна*. 2013. № 12. С. 42–48.

References:

1. Chlevyk, O.V. (2016). Svoboda yak katehoriia konstytutsiinoho prava. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
2. Pohrebniak, S. (2009). Zakriplennia osnovopolozhnykh pryntsypiv prava v Konstytutsii Ukrainy. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy – Herald of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 4 (59), 31–39 [in Ukrainian].
3. Venislavskiy, F.V. (1998). Vzaiemodiia hilok derzhavnoi vlady yak pryntsyp osnov konstytutsiinoho ladu Ukrainy. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 1, 34–38 [in Ukrainian].
4. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 11 lypnia 1997 r. № 3-zp/1997 (sprava shchodo konstytutsiinosti tlumachennia Verkhovnoiu Radoiu Ukrainy statti 98 Konstytutsii Ukrainy). (1997). *Ofitsiynyi visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 29, 85–88.
5. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 14 hrudnia 1999 roku № 10-pp/1999 (sprava pro zastosuvannia ukraïnskoi movy). (2000). *Ofitsiynyi visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 4, art. 125.
6. Smorodynskiy, V.S. (2009). Ideia pravosuddia v istorii pravnychoi dumky. *Pravosuddia: filosofske ta teoretychne osmyslennia – Justice: Philosophical and Theoretical Understanding*. V. S. Bihun (Ed.). Kyiv: Biblioteka Mizhnarodnoho chasopysu «Problemy filosofii prava», Part. 2, 46–63 [in Ukrainian].
7. Platon. Sobranie sochynenyi. A. F. Loseva, Ya. F. Asmusa, A. A. Takho-Hody (Eds.). (1994). (Vols 1–4; Vol. 4). Moscow: Misl [in Russian].
8. Arystotel. Sochyneniya (1983). (Vols 1–4; Vol. 4). Moscow: Misl [in Russian].
9. Akvinskyi, Toma. (2003). Komentari do Aristotelevoi «Polityky». Kyiv: Vyd-vo Solomii Pavlychko «Osnovy» [in Ukrainian].
10. Monteske, Sh.–L. (1999). O dukhe zakonov. Moscow: Misl [in Russian].
11. Tokvyl, Aleksys de. (1992). Demokratyia v Ameryke. Moscow: Prohress [in Russian].
12. Monrealska universalna deklaratsiia pro nezalezhnist pravosuddia. URL: <http://www.judges.org.ua/article/d5.htm> [in Ukrainian].
13. Chornobuk, V. (2013). Nezalezhnist sudovoi vlady yak skladova verkhovenstva prava: finansovo-pravovi aspekty. *Yurydychna Ukraina – Legal Ukraine*, 12, 42–48 [in Ukrainian].

Кулешов Д. В. Независимость судебной власти как конституционная ценность и принцип конституционного строя Украины.

Проанализированы политико-правовая природа и социальная ценность независимости судебной власти как один из определяющих принципов конституционного строя, выяснено его значение для развития Украины как демократического, правового государства, исследованы формы и способы его гарантирования; доказано, что несмотря на отсутствие

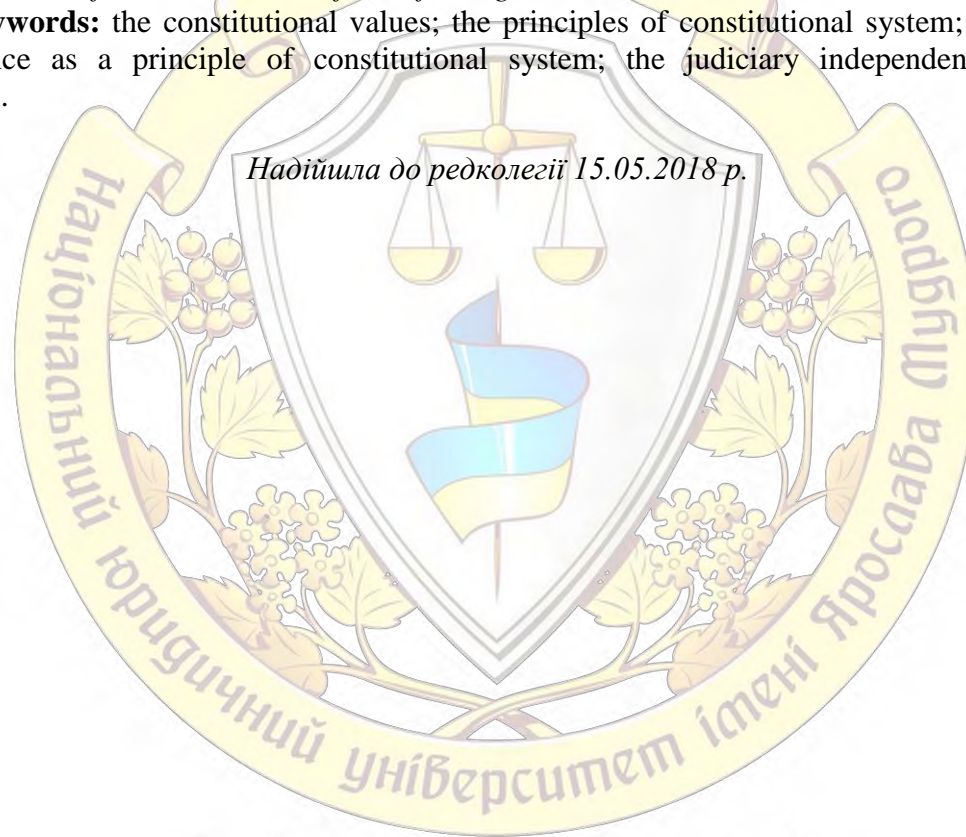
прямого конституційного закрєплення, принцип незалежності судової влади України вполещен в текст Основного Закону України опосередковано – через другі конституційні принципи; розглянуті проблемні аспекти забезпечення реальної незалежності судової влади на сучасному етапі державно-правового розвитку України.

Ключевые слова: конституційні цінності; принципи конституційного строю; незалежність судової влади як принцип конституційного строю; механізм гарантування незалежності судової влади.

Kuleshov D. V. Independence of judicial power as the constitutional value and principle of the constitutional system of Ukraine.

In the article there is comprehensive analysis of politico-legal nature and social value of independent judiciary power as one of the main modern constitutionalism ideas, researched evolution of it social understanding and acceptance. Clarified that expected result of long historical process of science researches and philosophic-legal discussions regarding significant sense of independent judiciary existence for democratic and legal-state was common confession and formal legal assignment of that main idea in first left-wing democratic constitutions.

Keywords: the constitutional values; the principles of constitutional system; the judiciary independence as a principle of constitutional system; the judiciary independence guarantee mechanism.





ПРИНЦИП ПОДІЛУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА СИСТЕМА СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ: ГЕНЕЗИС І ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

*Малишкіна Наталія Олегівна,
здобувач кафедри конституційного права України,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: malyshkina.nataly@gmail.com
ORCID ID 0000-0001-5186-4704*

Проаналізовано процес зародження, становлення та запровадження в державно-правову практику принципу поділу державної влади та його невід'ємного елементу – системи стримувань і противаг. Розкрито зміст принципу поділу державної влади та визначено, що собою являє система стримувань та противаг. Зроблено висновок про необхідність закріплення на конституційному рівні ефективної системи стримувань і противаг, без якої практична реалізація принципу поділу влади неможлива.

Ключові слова: принцип поділу державної влади; система стримувань та противаг; вищі органи державної влади; гілка влади; організація державної влади; єдність державної влади; розподіл повноважень; взаємодія вищих органів державної влади.

Постановка проблеми. Процес дослідження генезису, еволюції становлення та розвитку принципу поділу влади та його невід'ємної складової – системи стримувань і противаг актуалізує широке коло ідей філософів, науковців, політичних діячів, які тривалий час займалися пошуком найбільш ефективної моделі організації та функціонування державної влади, її теоретичним обґрунтуванням і впровадженням в реальне життя. Адже досягнення оптимальної взаємодії органів державної влади завжди було і залишається однією з найбільш важливих проблем конституційного регулювання у будь-якій державі світу. Досвід свідчить, що від ефективності організаційної структури державної влади та її функціонування залежать не лише перспективи розвитку держави і суспільства, а й забезпечення прав і свобод кожної людини.

Актуальність теми дослідження зумовлюється необхідністю використання історичного досвіду впровадження принципу поділу влади та

реалізації окремих елементів системи стримувань і противаг задля створення на практиці такої організації взаємозалежності, взаємного контролю, стримування і постійної противаги у відносинах трьох видів влади, яка забезпечить максимальну ефективність всієї державно-владної діяльності, нейтралізує потенційні загрози узурпації всієї повноти влади однією з її гілок.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Як загальновідомо, питанню визначення змісту і значення принципу поділу державної влади приділяли увагу у своїх працях Дж. Локк (Dzh. Lokk), Ш.-Л. Монтеск'є (Sh.-L. Montesk'ie), Ж.-Ж. Руссо (Zh.-Zh. Russo), Г. Гегель (H. Hehel). Положення про сутність і зміст функцій і компетенції, організації та діяльності вищих органів державної влади знайшли своє відображення у працях таких сучасних учених, як В. Авер'янов (V. Aver'ianov), Ю. Барабаш (Yu. Barabash), А. Георгіца (A. Neorhitsa), В. Колісник (V. Kolisnyk), С. Серьогіна (S. Serohina), А. Селіванов (A. Selivanov), Ю. Тодика (Yu. Todyka), О. Фрицький (O. Frytskyi), В. Шаповал (V. Sharoval) та багатьох інших. Однак, як свідчить практика державно-правового життя України та інших держав світу, висновки вказаних й інших дослідників, проблема вдосконалення системи організації і функціонування державної влади на засадах її поділу не лише не втрачає своєї актуальності, але й набуває все нового змісту.

Мета статті – дослідження історичного досвіду впровадження принципу поділу влади в різних державах світу для подальшої теоретичної розробки найбільш оптимальної моделі організації державної влади України на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову гілки та забезпечення ефективного функціонування системи стримувань і противаг.

Виклад основного матеріалу. У демократичній, правовій державі, якою на конституційному рівні проголошено Україну, організація й діяльність органів державної влади базується на загальновизнаних демократичних принципах, до яких, зокрема, належить і принцип поділу державної влади. Цей визначальний принцип, який закріплено ст. 6 Конституції України, покликаний виокремити державно-владні функції з прийняття законів, виконання законів,

контролю за їх виконанням та розв'язання правових спорів, чим унеможливити узурпацію влади одним органом та зловживання нею.

Доволі часто, посилаючись на історичну ретроспективу та намагаючись віднайти коріння цієї теорії ще в античних авторів, забувають про те, що як для Античності, Середньовіччя, так і для доби Відродження сама ідея поділу влади була практично відсутня, оскільки тоді йшлося не стільки про поділ влади як такий, скільки про поділ окремих функцій державної влади.

Як свідчить історія політико-правової думки, вперше до цього питання звернувся Дж. Локк (Dzh. Lokk) у 1688 р. Мета держави, як вважав видатний філософ, – це збереження свободи і власності, здобутої в результаті праці. Для їх захисту державна влада повинна ділитися на законодавчу, виконавчу і союзну. Розроблене Дж. Локком (Dzh. Lokk) вчення про державу було досвідом пристосування теорії до політичної форми управління, яка встановилася в Англії в результаті революції 1688 р. Теорія Дж. Локка (Dzh. Lokk) отримала назву «гнучкої моделі» поділу влади, заснованої на співпраці та взаємодії влади при верховенстві однієї з них. Дж. Локк (Dzh. Lokk) віддавав перевагу законодавчій владі, але не абсолютизував її; інші влади повинні були підкорятися їй. У даний час ця система характерна для країн з парламентською формою правління [3, с. 119].

Іншим мислителем, який обґрунтовував цю ідею, був французький філософ і історик Ш.-Л. Монтеск'є (Sh.-L. Montesk'ie). Він пов'язав власну розроблену теорію «поділу влади» з теорією природного права. На його думку, в правильно організованій державі немає єдиної влади, а повинні існувати три незалежні одна від одної влади: законодавча, виконавча і судова. Будь-яке об'єднання їх в руках одного органу або особи неминуче веде до зловживань і несумісне з політичною свободою особистості. Таку модель прийнято вважати «жорсткою» формою поділу влади. Ця модель характерна для країн з президентською формою правління [Там само, с. 120].

У свою чергу Г. Гегель (H. Hehel) критикував теорію поділу влади висунуту Ш.-Л. Монтеск'є (Sh.-L. Montesk'ie) за те, що вона встановлює

самостійність законодавчої, виконавчої та судової влади, а це призводить, на його думку, до взаємної ворожнечі між ними, підкоренню окремих влад іншим. Сама ж гегелівська інтерпретація принципу поділу влади ґрунтується на розгляді держави як єдиного цілого, де влади являють собою лише різні моменти єдиної державної влади [1, с. 7]. Також Г. Гегель (H. Hehel) висував думку, що державна влада повинна бути зосереджена в одному центрі, який приймає необхідні рішення і спостерігає за проведенням їх у життя як уряд [10, с. 8]. А родоначальник німецької класичної філософії І. Кант (I. Kant) зазначив, що суміщення виконавчої та законодавчої влад створює деспотизм [6, с. 301].

Вищезазначена позиція Г. Гегеля (H. Hehel) щодо сутності принципу поділу влади пояснюється тим, що історично першою була організація державної влади, при якій вся повнота влади зосереджувалася в руках одного органу, як правило, монарха. Принцип з'єднання законодавчої і виконавчої влади, і частково судової, мав низку позитивних рис, зокрема, забезпечував оперативне вирішення багатьох питань, виключав можливість перекладати відповідальність і вину за помилки на інші владні структури, не призводив до конфронтації і боротьби між органами влади за пріоритет владних повноважень [10, с. 8]

У подальшому принцип поділу влади був проголошений одним із принципів буржуазного конституціоналізму й був вперше реалізований в Конституції США 1787 р., а потім відтворений у французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 р. У Декларації було сказано, що вільне суспільство, в якому не забезпечена гарантія прав і не встановлений поділ влади, не має конституції [3, с. 120].

У Російській імперії прихильниками теорії поділу влади були М. Сперанський (M. Speranskyi), А. Куніцин (A. Kunitsyn), П. Пестель (P. Pestel). Так, М. Сперанський (M. Speranskyi) розглядав всі три влади як прояв єдиної «державної влади». Він говорив, що доцільний той спосіб правління, в якому поєднуються «правильний розподіл справ» з єдністю управління і належним підбором адміністраторів. При цьому М. Сперанський

(М. Speranskyi) – прихильник сильної царської влади: імператор, на його думку, є «верховний законодавець, без якого жоден закон відбутися не може», «верховний відправник правосуддя», «верховний початок сили виконавчої». У свою чергу А. Куніцин (А. Kunitsyn) розрізняє влади «законодавчу, виконавчу і бюстительну», але нічого не говорить про їх незалежність одна від одної [3, с. 121].

Однак не слід оминати увагою те, що вже з початку XIX ст. в державно-правовій науці робилися непоодинокі спроби проінтерпретувати принцип поділу влади як своєрідний деструктивний чинник, що руйнує не просто систему державного управління, а й державність як таку. Невипадково ще Р. фон Моль (R. Fon Mol) зазначав, що поділ влади на практиці обертається дробленням державної влади та розпадом держави. З цих самих позицій з критикою теорії поділу влади виступав П. Лабанд (P. Laband), який вбачав у ній безпосередню загрозу цілісності держави та її єдності. У цьому світлі принцип поділу влади поставав як специфічна «псевдоформа» організації публічної влади, яка руйнує державу і перетворює її на штучне сполучення трьох окремо взятих «суверенітетів»: законодавчого, виконавчого і судового [9, с. 19]. На нашу думку, зазначене тлумачення «деструктивного» впливу принципу поділу влади на державність як таку, навряд чи можна вважати обґрунтованим. Слід зауважити, що причиною виникнення такої юридичної інтерпретації є не стільки хибність або недоцільність самого принципу поділу влади, скільки неточність того змісту, який вкладається у поняття «поділу» державної влади. На це ще на початку XX ст. звернув увагу Б. Кістяківський (B. Kistiakivskyi), який зазначав, що дослівне розуміння того, чим є поділ влади, часто спричиняє некоректні у теоретичному плані висновки. Дійсно, як держава, так і її форма повинні мати ознаки цілісності: «Як держава є чимось цілим, єдиним і неподільним, так і влада неподільна; влада належить державі в її цілісності, а отже, в ній не має декількох влад, а є лише одна і єдина влада» [4, с. 272]. З цього приводу російський дослідник А. Автономов (A. Avtonomov) зазначав, що принцип поділу влади є не шляхом до «ослаблення» демократії, а навпаки –

реальним механізмом її оформлення, підкріплення та посилення. Більше того, завдяки принципу поділу влади гарантується стійкий баланс між правом і політикою [2, с. 129].

В українській суспільно-політичній думці ідеї організації державної влади вперше знайшли своє відображення в Конституції Пилипа Орлика 1710 р. Пунктом 6 цього документа визначались загальні засади організації та функціонування влади в козацькій державі, які з формальної точки зору видаються достатньо близькими до класичних постулатів конституційного принципу поділу влади як такого. Згідно з приписами державну владу уособлювали: гетьман – як глава держави та підпорядковані йому урядники (блок виконавчо-розпорядчих повноважень), Генеральна Рада – як певний прообраз загальнонаціонального представницького органу з окремими функціями законодавчого характеру, а також Генеральний Суд разом з іншими судами. Також у цьому документі відображено деякі елементи механізму «стримувань і противаг» у системі організації державної влади [10, с. 421].

Якщо вести мову про саму ідею поділу влади, то знайшовши своє відбиття в теорії і практиці зарубіжного конституціоналізму вже у XVII ст., вона була сприйнята і проголошена представниками прогресивної політичної думки в Україні лише наприкінці XIX ст. Дещо пізніше звернення до цієї ідеї було зумовлене об'єктивними причинами. Під час її первісного формулювання і подальшого поширення український народ був позбавлений державності, що не могло не позначитися на змісті політико-правової теорії, яка складалася на його землі. Особливо це стосувалося тих ідей, які були прямо співвіднесені з характеристиками державного владарювання. До того ж більша частина української землі перебувала під імперською самодержавною владою, яка не тільки не припускала який-небудь її розподіл, а і взагалі тривалий час становилася до подібних ідей, як до злочинних.

Одним із перших політичних документів, де пропагувалась ідея поділу влади, був конституційний проект, підготовлений Українською народною партією (далі – УНП) у 1905 р. Цей проект, як і конституції переважної

більшості зарубіжних країн, відбивав ідею поділу влади у вигляді структурно-функціонального визначення вищих органів держави. Його автори фактично пропонували створити в Україні президентську республіку, де б законодавча влада належала двопалатному парламентові, виконавча – президенту, судова – судам і суддям. Характерно, що до 1917 р. УНП була чи не єдиною партією, яка виступала за державну самостійність України [11, с. 30].

Слід зауважити, що політико-правові концепції домінуючих на ті часи партійних сил знайшли своє відбиття в Конституції Української Народної Республіки (Статуті про державний устрій, права і вільності УНР), прийнятій 29 квітня 1918 р. Центральною Радою, але яка не набула чинності через державний переворот. Незважаючи на це, Конституція 1918 р. є не тільки важливим об'єктом дослідження для істориків, а й предметом актуального політико-правового аналізу [Там само, с. 31]. Зокрема, в Конституції 1918 р. була зафіксована ідея розподілу влад, хоча й у формі, значно відмінній від широко прийнятої. Так, у ст. 23 було встановлено: «Верховним органом влади УНР являються Всенародні збори, які безпосередньо здійснюють вищу законодавчу власть в УНР і формують органи виконавчої і судової влади УНР» [Там само, с. 32]. Як зауважував В. Шаповал (V. Sharoval), такий підхід до розподілу влад є багато в чому формальним. Зокрема, збори не тільки визнаються вищим органом законодавчої влади, а й фактично одержують статус верховного органу. Звідси цілком логічним є те, що в Конституції 1918 р. можна знайти положення про стримування і противаги, які б збалансовували державний механізм на принципах рівнозначності вищих органів. Не відповідає традиційним поглядам на розподіл влад і відсутність у ній положень про главу держави – президента [Там само, с. 32].

До причин відходу творців Конституції 1918 р. від традиційних тлумачень ідеї поділу влади треба віднести також той загальнополітичний «фон», на тлі якого відбувалися тодішні процеси державотворення в Україні. Тут перш за все слід вказати на складну ситуацію, яка існувала в межах колишньої імперії, на гостру політичну боротьбу, що точилась у середовищі

демократичних сил в Україні, на розбіжності, котрі існували між цими силами з питань національного державного розвитку, на побоювання щодо можливостей створення авторитетних структур тощо.

У подальшому теорія і практика державного будівництва СРСР, до складу якого входила і радянська Україна, відкидала принцип поділу влади. Тому перші конституційні акти СРСР проголосили єдність державної влади і приналежність її представницьким органам. З того часу і впродовж декількох наступних десятиліть Ради, як представницькі органи державної влади, визнавалися органами, які очолюють всю систему державних органів.

Після розпаду СРСР основоположним принципом організації і функціонування державної влади в Україні було визнано принцип поділу державної влади та вперше його було закріплено в розд. 3 «Державна влада» Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.: «Державна влада в Республіці здійснюється за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу та судову».

Оскільки конституція у демократичній державі – це завжди основний засіб обмеження держави, її влади з метою недопущення диктатури, в Конституції незалежної України, яка була прийнята у 1996 р., у ст. 6 було відображено принцип поділу державної влади: «Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України». Як слушно зауважував В. Авер'янов (V. Aver'ianov), цей загальновизнаний у світовій державотворчій практиці принцип став своєрідною альтернативою пануванню у нас у минулому тоталітаризму партійно-державної влади [1, с. 3]. А В. Шаповал (V. Sharoval), у свою чергу, зазначав, що у багатьох випадках ідея поділу влади сприймається як своєрідний постулат, як родова ознака державності в розвинених країнах [11, с. 29].

Фактично, поділ влади – є однією з фундаментальних засад демократичної організації держави. Його втілення в життя досягається шляхом

створення побудованої на деконцентрації влади системи державного керівництва. Деконцентрація є запорукою реалізації встановленої в ст. 5 Конституції України заборони узурпації державної влади. Поділ єдиної державної влади на три самостійні й незалежні гілки влади виключає можливість зловживання владою і виникнення управління на тоталітарній основі, тобто управління, не пов'язаного з принципом верховенства права. А система поділу влади заснована на уособленні, взаємовпливі, взаємостримуванні і співробітництві державних органів, що урівноважують один одного, об'єднуючись у групи за ознакою однакової функціональної спрямованості і наявності відповідних повноважень.

Сучасні погляди щодо механізму принципу поділу єдиної державної влади зводяться до того, що в процесі організації і здійсненні державної влади застосовуються різні за своїм призначенням і змістом функції та повноваження відносно самостійних державних органів, які в процесі своєї діяльності взаємно контролюють один одного через систему стримувань і противаг [10, с. 10]. Як зауважує А. М. Осавелюк, парадокс у тому, що в дуєті: розподіл влади – система стримувань і противаг більш продуктивним елементом є система стримувань, яка дозволяє пов'язувати розподілену владу одна з одною, сприяє пошуку компромісу при зіткненні позицій різних гілок влади. Без неї була б неможливою гнучкість і оперативність в управлінні та нормотворчості. [7, с. 35]. А при вирішенні численних протиріч і конфліктів, що виникають в рамках реального механізму «стримувань і противаг», вчені і політичні діячі завжди звертаються до авторитету конституції.

Висновок. Розглянутий нами вище процес становлення та запровадження в державно-правову практику принципу поділу влади свідчить, що цей принцип є одним з основоположних принципів конституціоналізму і державотворення, та покликаний сприяти встановленню справедливості у суспільному житті. Оскільки існують три основні гілки державної влади – законодавча, виконавча і судова, то кожна з них повинна реалізовуватись відповідними органами державної влади окремо. Але, здійснюючи свої функції й повноваження

окремо, вищі органи державної влади одночасно повинні діяти погоджено, вирішуючи принципові питання державної політики.

Як свідчить історичний досвід, теорія поділу влади була сприйнята конституціями багатьох країн, хоча конкретні форми її реалізації вельми різноманітні. За часів радянської влади в нашій країні принцип поділу влади був відкинутий як чужий та неприйнятний і в кращому випадку він розглядався як звичайний розподіл праці. Та лише після проголошення незалежності, в Конституції України цей принцип був чітко визначений як такий, а також встановлено систему стримувань і противаг, без якої практична реалізація поділу влади неможлива.

Список літератури:

1. Авер'янов В. Б. Органи виконавчої влади в Україні: монографія. Київ: Ін Юре, 1997. 48 с.
2. Автономов А. С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий: монографія. Москва: ООО «Инфограф», 1999. 274 с.
3. Беспалый И. Т., Полянский В. В. Государственное право Российской Федерации: учеб. пособие. Самара: Самарский университет, 2008. 539 с.
4. Кистяковский Б. А. Философия и социология права: монографія. Санкт-Петербург: РХГИ, 1999. 486 с.
5. Конституція України: станом на 25 серп. 2017 р.: відп. офіц. тексту. Харків: ППФ «Поліграфіст», 2017. 64 с.
6. Конституція України: наук.-практ. комент. / редкол.: В. Я. Тацій (голова) та ін. Харків: Право, 2003. 808 с.
7. Осавелюк А.М. Вспомогательные государственные органы зарубежных стран: конституционно-правовой аспект: монографія. Москва: Юристъ, 1998. 192 с.
8. Тисяча років української суспільно-політичної думки: у 9 т. / ред. і предисл. Т. Гунчак, О. Сліпушко та ін. Київ: Дніпро, 2001. Т. 4. Кн. 1: Перша третина XVIII ст. / ред. і предисл. Т. Гунчак, О. Сліпушко та ін. 520 с.
9. Толстенко В. Принцип поділу влади в генезі форми сучасної держави. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 15–21.
10. Фрицький Ю. О. Закріплення організації та функціонування державної влади в Конституції України 1996 року. *Вісник Запорізького юридичного університету*. 2006. № 2 (35). С. 3–11.
11. Шаповал В. М. Ідея розподілу влад у конституційній теорії і практиці в Україні. *Вісник академії правових наук України*. 1994. № 2. С. 29–37.

References:

1. Aver'ianov, V.B. (1997). Orhany vykonavchoi vlady v Ukraini. Kyiv: In Yure [in Ukrainian].
2. Avtonomov, A.S. (1999). Pravovaja ontologija politiki: k postoeniju sistemy kategorij. Moscow: Infograf [in Russian].
3. Bepalyj, I.T., Poljanskij, V.V. (2008). Gosudarstvennoe pravo Rosijskoj Federacii. Samara: Samarskij universitet [in Russian].
4. Kistjakovskij, B.A. (1999). Filisofija i sociologija prava: monografija. St. Petersburg:

RHGI [in Russian].

5. Konstytutsiia Ukrainy: stanom na 25 serp. 2017 r.: vidp. ofits. tekstu (2017). Kharkiv: PPF «Polihrafist» [in Ukrainian].

6. Konstytutsiia Ukrainy: nauk.-prakt. koment. V.Ya. Tatsii (Ed.) et al. (2003). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

7. Osaveljuk, A.M. (1998). Vspomogatel'nye gosudarstvennye organy zarubezhnyh stran: konstitucionno-pravovoj aspekt. Moskva: Jurist [in Russian].

8. Tysiacha rokiv ukrainskoi suspilno-politychnoi dumky. (Vols. 1–9); Vol. 4, part 1: Persha tretyna XVIII st. (2001). T. Hunchak, O. Slipushko (Eds). Kyiv: Dnipro [in Ukrainian].

9. Tolstenko, V. (2014). Pryntsyp podilu vlady v henezi formy suchasnoi derzhavy. *Yurydychna Ukraina – Legal Ukraine*, 5, 15–21 [in Ukrainian].

10. Frytskyi, Yu.O. (2006). Zakriplennia orhanizatsii ta funktsionuvannia derzhavnoi vlady v Konstytutsii Ukrainy 1996 roku. *Visnyk Zaporizkoho yurydychnoho universytetu – Visnyk of Zaporizhzhya National University*, 2 (35), 3–11 [in Ukrainian].

11. Shapoval, V.M. (1994). Ideia rozpodilu vlad u konstytutsiinii teorii i praktytsi v Ukraini. *Visnyk akademii pravovykh nauk Ukrainy – Herald of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2, 29–37 [in Ukrainian].

Малышкіна Н. О. Принцип разделения государственной власти и система сдержек и противовесов: генезис и внедрения в Украине.

Проанализирован процесс зарождения, становления и внедрения в государственно-правовую практику принципа разделения властей и его неотъемлемой части – системы сдержек и противовесов. Раскрыто содержание принципа разделения властей и определено, что собой представляет система сдержек и противовесов. Сделан вывод о необходимости закрепления на конституционном уровне эффективной системы сдержек и противовесов, без которой невозможна практическая реализация принципа разделения властей.

Ключевые слова: принцип разделения государственной власти; система сдержек и противовесов; высшие органы государственной власти; ветвь власти; организация государственной власти; единство государственной власти; распределение полномочий; взаимодействие высших органов государственной власти.

Malyshkina N. O., The principle of division of state power and the system of checks and balances: genesis and implementation in Ukraine.

The process of formation and introduction in state-legal practice of the principle of separation of state power and its integral element - the system of checks and balances is analyzed. The content of the principle of division of state power is revealed and it is determined that it is a system of incentives and counterbalances. The conclusion is made on the need to consolidate the constitutional level of an effective system of checks and balances, without which the practical implementation of the principle of separation of powers is impossible.

Key words: the principle of division of state power; system of checks and balances; higher state authorities; branch of power; organization of state power; unity of state power; distribution of powers; interaction of the highest bodies of state power.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



ГАРАНТІЇ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ І СВОБОД ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Остапенко Володимир Вікторович,
здобувач кафедри конституційного права України,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: ostapenko000@ukr.net
ORCID 0000-0001-7631-1663

Визначено місце судових гарантій у системі юридичних гарантій конституційних прав і свобод людини. Розглянуто класифікацію юридичних гарантій конституційних прав і свобод людини. Проаналізовано місце і значення права на справедливий судовий розгляд у системі юридичних гарантій прав людини через призму розгляду практики Європейського суду з прав людини у сфері застосування ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини.

Ключові слова: гарантії; право людини; юридичні гарантії; суд; судовий захист; конституційна скарга.

Постановка проблеми та актуальність теми. Важливими принципами демократичної правової держави визнаються конституційно закріплені права і свободи людини, а також передбачені конституціями засоби їх захисту. Саме гарантії прав і свобод людини і громадянина виступають реальними можливостями реалізації та захисту у даній сфері. З огляду на це актуальним завданням є встановлення сутності гарантій прав і свобод людини і громадянина, визначення переліку прав, які підлягають гарантуванню конституційним шляхом, й утвердження меж вказаних гарантій, передбачених в Основному Законі України. Все це зумовлює пошук твердого ядра безпосереднього захисту зафіксованого в Конституції права і безпосереднього юридичного ефекту цього права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні й науково-практичні аспекти проблеми гарантування прав і свобод людини і громадянина, з урахуванням національного та міжнародно-правових стандартів, розглядали у своїх працях такі вчені, як М. М. Антонович, Ю. Г. Барабаш, С. П. Головатий,

О. М. Гончаренко, А. М. Колодій, В. В. Кравченко, Ю. І. Крегул, А. Р. Крусян, О. Г. Кушніренко, С. П. Мороз, А. Ю. Олійник, М. Ф. Орзіх, О. В. Петришин, Ж. М. Пустовіт, О. В. Пушкіна, П. М. Рабінович, В. В. Речицький, Т. М. Слїнько, Ю. М. Тодика, М. І. Хавронюк, В. М. Шаповал та ін.

Таким чином, тема цієї статті є надзвичайно актуальною, а її розкриття сприятиме підвищенню ефективності захисту конституційних прав і свобод.

Метою статті є аналіз змісту та значення юридичних гарантій як елементу правового статусу людини і громадянина в Україні.

Виклад основного матеріалу. Як наголошував відомий учений-конституціоналіст Ю. М. Тодика, для успішного втілення в життя закріплених у Конституції України прав і свобод людини та громадянина потрібні, перш за все, сприятливі обставини, які складаються з багатьох суб'єктивних і об'єктивних факторів, покликаних забезпечити сприятливі умови для реалізації прав і свобод. Слід зазначити, що гарантії прав і свобод людини і громадянина взаємопов'язані й взаємозумовлені, утворюють в цілому загальну систему та у своїй сукупності забезпечують їх надійну реалізацію, всебічну охорону і захист [1, с. 182].

У вітчизняній юридичній науці на сьогодні не існує єдиної думки щодо систематизації гарантій прав і свобод людини і громадянина. Так, гарантії забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина прийнято поділяти на загальні та спеціальні. Під загальними гарантіями розуміють всю сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, спрямованих на практичне здійснення прав і свобод громадян, усунення можливих причин і перешкод для їх неповного або неналежного здійснення, захист прав і свобод від можливих порушень. У свою чергу, спеціальні (юридичні) гарантії визначають як правові засоби і способи, за допомогою яких реалізуються, охороняються, захищаються права і свободи громадян, усуваються їх порушення та поновлюються порушені права [2, с. 132].

І. Й. Магновський пропонує вузький підхід до поділу загальних гарантій, а саме: політичні, економічні та соціальні гарантії [3, с. 13]. Більш класичним, на

нашу думку, є підхід, запропонований Т. М. Слінько: зазначити поряд з іншими духовні, матеріальні та організаційні гарантії. Духовні гарантії – це рівень загальної та політико-правової культури громадян, їх освіченість, морально-психологічний клімат; політичні – сукупність політичних заходів і способів, які спрямовані на створення режиму найбільш оптимальної реалізації прав і свобод; економічні – сукупність економічних відносин, яка дає змогу реалізовувати конституційні права і свободи; матеріальні – конкретні предмети і речі, які дозволяють реалізувати те чи інше основне право чи свободу; організаційні – систематична діяльність держави та її органів, посадових осіб, недержавних організацій зі створення сприятливих умов для реального користування громадянами своїми правами і свободами [4, с. 124].

Юридичні гарантії встановлюються державою в Конституції та конституційних законах, а також у поточному галузевому законодавстві (кримінально-процесуальному, цивільно-процесуальному, трудовому та ін.). На відміну від інших юридичних гарантій, конституційні гарантії прав і свобод людини і громадянина знаходять своє закріплення у розділі II Конституції України та в конституційних законах, які деталізують відповідні конституційні права і свободи. Умовно ці гарантії можна поділити на універсальні (закріплені у статтях 55–64 Конституції України) та специфічні. Останні знаходять свої закріплення у статтях Конституції, що регламентують те чи інше основне право чи свободу.

На думку В. Л. Федоренка, існують два види юридичних гарантій: нормативно-правові та організаційно правові. Нормативно-правові гарантії – це сукупність передбачених нормами права юридичних засобів забезпечення реалізації охорони і захисту прав та свобод людини і громадянина. До нормативно-правових гарантій відносять:

– норми-принципи, зокрема ті, що забезпечують права і свободи людини і громадянина (статті 21–64 Конституції України), насамперед щодо невідчужуваності, непорушності, невичерпності, рівності, необмежуваності конституційних прав і свобод людини і громадянина, рівності громадян,

презумпції невинуватості особи, принципу неприпустимості зворотної дії закону або іншого нормативно-правового акта в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи тощо;

– юридичну відповідальність;

– юридичні обов'язки.

Організаційно-правові гарантії – це передбачені в нормативно-правових актах суспільно-політичні інституції, на які покладаються відповідні функції та повноваження щодо організації та здійснення юридичного забезпечення реалізації, охорони і захисту свободи людини і громадянина [5, с. 157].

Відмінність юридичних гарантій від інших видів гарантій полягає в такому. Якщо економічні, політичні, соціальні, організаційні та духовні гарантії є передумовою реалізації прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, то юридичні гарантії спрямовані на конкретне (безпосереднє) здійснення прав, свобод і обов'язків людини та їх охорону від протиправних посягань і порушень.

Поряд з вказаними класифікаціями гарантії конституційних прав і свобод людини і громадянина поділяються на дві великі групи: внутрішньодержавні (національні) та міжнародно-правові [1, с. 181]. При цьому перші, у свою чергу, включають в себе судові та позасудові внутрішньодержавні гарантії. А вже міжнародно-правові гарантії поділяються на універсальні, які здійснюються в рамках ООН і спеціалізованих підрозділів, та регіональні, реалізація яких відбувається на регіональному міжнародному рівні. Їх значення є достатньо вагомим, свідченням цього є як численні міжнародні документи, що закріплюють стандарти галузі прав людини, так і створення інституційних механізмів щодо захисту прав людини, найбільш дієвим серед яких є, безумовно, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) [6, с. 55].

Наведена класифікація видів гарантій прав і свобод людини і громадянина може бути доповнена й іншими критеріями, що дадуть змогу поглибити основні знання про різноманітність їх правової природи. Як засвідчує міжнародний і національний досвід, ефективність гарантій основних

прав і свобод людини залежить від рівня розвитку правових принципів й інститутів демократії, стану економіки, засобів розподілу життєвих благ, рівня правового виховання і культури населення, ступеня суспільної злагоди, наявності незалежної судової влади, ефективного законодавства тощо.

Універсальною гарантією, тобто такою, яку можна застосувати для реалізації та захисту майже всіх основних прав і свобод людини і громадянина, є право на звернення до суду. У цій достатньо розвиненій і розгалуженій сфері захисту прав і свобод людини ст. 55 Конституції України є стрижневою. Частина перша статті закріплює право на судовий захист, яке в міжнародній практиці отримало назву «право на суд» або «право на правосуддя». Оскільки в цьому праві важлива не проголошена мета, а результат, то вона зумовлюється достатньо жорсткими критеріями та стандартами. Право на справедливий судовий розгляд є основоположною засадою всієї системи гарантування прав і свобод людини.

Право на судовий захист може виступати одночасно як правом-гарантією, так і механізмом реалізації обов'язку держави гарантувати права і свободи громадян, які закріплені в Конституції, законах і передбачені міжнародними зобов'язаннями держави, що визнається одним із найбільш ефективних засобів захисту прав людини. Судовий захист серед усього спектру юридичних гарантій є основним, що зумовлено юридичною природою судової гілки влади, місцем суду у структурі державних органів, його функціональним призначенням. Гарантія права на судовий захист належить до основних невідчужуваних прав і свобод і не може бути обмежена навіть в умовах воєнного чи надзвичайного стану.

На думку французького правознавця Ф. Люшера, право на судовий захист складається з таких компонентів: а) вільний доступ до правосуддя; б) можливість неодноразової перевірки і перегляду винесеного рішення; в) право на оскарження винесених рішень та ухвал до вищих судових інстанцій. Усі ці критерії мають у своїй сукупності визначальне значення для оцінки якості правосуддя; будь-яка спроба применшити або обмежити можливості

клієнта довести свою справу до кінця і в розумні терміни, природно, призводить до звуження права людини як у цивільному, так і у кримінальному процесі [7, с. 15].

Слід погодитися з позицією В. Г. Буткевича, що захист судом прав і свобод людини можна розглядати як норму, реалізація якої обумовлена наявністю низки імперативних вимог: надання доступу до правосуддя, заборона відмови в правосудді, захист не теоретичних й ілюзорних можливостей, а конкретного й дійсного права доступу в суд. Рівень доступу має бути достатнім для захисту цього права, можливості ясні та конкретні, щоб у випадку їх недотримання можна їх було оспорити, обов'язок держави забезпечити ефективність права доступу до правосуддя, утвердження системи юридичної допомоги для реалізації цього права, спрощення процедури доступу до суду, надання допомоги адвоката та ін. [8, с. 411].

Разом із тим, хоча право на захист прав і свобод у суді є настільки значущим, що не може підмінятися доцільністю, його реалізація відбувається з дотриманням рівноваги між вимогами суспільного інтересу та обов'язковими приписами самого цього права. І як демократичне суспільство не може нехтувати цим правом, оскільки воно є одним із показників його демократизму, так і особа в необхідності реалізації такого права не може ігнорувати існуючий демократичний порядок, що склався в суспільстві. Інакше кажучи, право на суд, навіть коли йдеться про захист прав і свобод, не є абсолютним, а може бути обмеженим (у виборі засобів захисту цього права, рішеннями не порушувати судового переслідування, постановою про припинення справи та ін.). При цьому важливо, щоб такі обмеження не перейшли межу, за якою знаходиться суть права на судовий захист [8, с. 411].

Окремого значення набуває питання щодо спектру прав, які мають бути предметом судового захисту. Саме Венеційська комісія пропонувала, щоб у тексті Конституції України було закріплено окреме положення, яке б чітко визначало: якими є ті конкретні права, стосовно яких судовий захист є конституційно гарантованим. На думку Комісії, загальна формула, що

міститься у ч.1 ст. 55 (Права і свободи людини і громадянина захищаються судом) нині чинної Конституції, є занадто широкою, а тому – незадовільною [9, с. 19]. З цього приводу доцільно звернути увагу на проект оновлення розділу II Конституції України, а саме на формулу статті: «Кожен має право на ефективний захист судом своїх порушених прав, свобод та інтересів. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним, безстороннім і компетентним судом, створеним відповідно до закону, який на підставі Конституції і закону має вирішити спір щодо його прав, свобод та обов'язків або встановити обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього обвинувачення. Тим самим гарантується право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [10, с. 175].

Законодавець, визначаючи право на справедливий суд, у Законі України «Про забезпечення права на справедливий суд» затвердив таке формулювання: «Кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним відповідно до Закону. Іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи мають право на судовий захист в Україні нарівні з громадянами і юридичними особами України. Судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи відповідно до Конституції та в порядку, встановленому законами України» [11].

Формулювання цієї частини в новій редакції приведено у відповідність до положень ч. 3 ст. 8 Конституції України («Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується») та її ч. 1 ст. 55 («Права і свободи людини і громадянина захищаються судом»). Це означає, що така нова формула жодним чином не спричинює скасування, обмеження чи звуження прав і свобод людини і громадянина. Навпаки, розширюються можливості захисту прав, бо така формула дає змогу, не порушуючи права особи на судовий захист, розвантажити суди від тих справ, які не мають характеру юридичного спору і

які можна буде вирішити не в судовому, а в позасудовому порядку. За рахунок розвантаження судів від не притаманних їм функцій можна очікувати підвищення якості судочинства і, відповідно, судового захисту прав і свобод людини.

Особливе місце належить Конституційному Суду України в контексті гарантування прав і свобод людини та громадянина. Тому видається доцільним звернути увагу на правові позиції органу конституційної юрисдикції.

Зокрема, у п. 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України № 9-зп від 25.12.1997 р. (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) Суд надав таке тлумачення: «Частина перша статті 55 Конституції України містить загальну норму, яка означає право кожного звернутися до суду, якщо його права чи свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Зазначена норма зобов'язує суди приймати заяви до розгляду навіть у випадку відсутності в законі спеціального положення про судовий захист.

Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке відповідно до ст. 64 Конституції України не може бути обмежене.

Таким чином, положення ч. 1 ст. 55 Конституції України закріплює одну з найважливіших гарантій здійснення як конституційних, так й інших прав та свобод людини і громадянина» [12].

У п. 3.6 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України № 26-рп/2009 від 19.10.2009 р. (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України) відзначається, що «невиконання судом вимоги щодо розгляду справ у стислий строк <...> не може бути підставою для залишення скарги судом без розгляду у зв'язку із закінченням строків, оскільки є несумісним із суттю конституційного права на судовий захист і призводить до порушення правової справедливості у реалізації виборчих прав громадян» [13].

Треба звернути увагу і на п. 1 резолютивної частини рішення

Конституційного Суду України від 25.11.1997 р. (справа громадянки Дзюби Г. П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи), в якому зазначається: «... кожен, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства, має гарантоване державою право оскаржити в суді загальної юрисдикції рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх рішення, дія чи бездіяльність порушують або обмежують права і свободи громадянина України, іноземця, особи без громадянства чи перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді.

Такі скарги підлягають безпосередньому розгляду в судах незалежно від того, що прийнятим раніше законом міг бути встановлений інший порядок їх розгляду (оскарження до органу, посадової особи вищого рівня стосовно того органу і посадової особи, що прийняли рішення, вчинили дії або допустили бездіяльність).

Подання скарги до органу, посадової особи вищого рівня не перешкоджає оскарженню цих рішень, дій чи бездіяльності до суду» [14].

У межах конституційної судової реформи, яка набула чинності в Україні 30.09.2016 р., до Конституції України були внесені зміни, зокрема, щодо запровадження інституту конституційної скарги, а саме ст. 55 Конституції України було доповнено новою частиною: «Кожному гарантується право звернутися із конституційною скаргою до Конституційного суду України з підстав, установлених цієї Конституції, та у порядку, визначеному законом». Крім того, Конституцію України доповнено ст. 151-1 такого змісту: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано».

На наш погляд, значення конституційної скарги полягає в тому, що вона, безумовно, стане додатковою важливою гарантією в механізмі судового захисту основних прав і свобод людини і громадянина. Можливість осіб звертатися до органу конституційної юрисдикції сприятиме зміцненню демократії та громадянського суспільства, адже даний інститут стане однією із форм громадського контролю за владою, який надасть можливість громадянину бути не лише спостерігачем, а й активним учасником формування правової політики держави. Крім того, запровадження даного виду скарги дасть новий поштовх у розвитку доктрини щодо майбутнього механізму її реалізації [15, с. 222].

«Ми очікуємо приблизно від 7 до 10 тисяч конституційних скарг в Україні. Це для нас великий виклик. На мій погляд, для досягнення основної мети цього правового інституту – поліпшення доступу громадян до конституційного правосуддя за захистом своїх прав, свобод та законних інтересів – необхідно законодавчо врегулювати низку питань, насамперед з метою попередження можливості перевантаження Суду, що може призвести до порушення загально визнаного принципу розгляду судових справ у розумні строки» – справедливо відзначає Ю. В. Баулін [16, с. 19].

Наразі конституційні скарги, що надходять для внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України», зберігаються у Секретаріаті Конституційного Суду України й будуть відповідно опрацьовані в ньому та розглянуті Конституційним Судом України після законодавчого визначення порядку їх розгляду.

Право на справедливий судовий розгляд посідає визначальне місце й у практиці ЄСПЛ, займаючи при цьому визначне місце серед міжнародно-правових гарантій прав людини і громадянина.

Доречно вказати, що право на «справедливий» судовий розгляд є важливою складовою ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Стандарти справедливого судового розгляду можуть змінюватися з

плином часу та розвитком суспільства. Відповідно не існує остаточно визначеного переліку складових справедливої судового розгляду, з-поміж яких: вчасне повідомлення про судові засідання, належний час на підготовку до судового розгляду, можливість ознайомлення з матеріалами справи, відповідні вимоги щодо належних доказів та аргументів тощо.

Перш ніж розглянути конкретні аспекти права на справедливий судовий розгляд, як воно було визначено у практиці ЄСПЛ, слід наголосити, що сфера застосування ст. 6 не обмежується лише судовими слуханнями. Судове провадження розглядається як кульмінація змагального процесу. Саме справедливість цього процесу є найголовнішою цінністю, що лежить в основі положень ст. 6 та Конвенції взагалі. Таким чином, будь-які дії, що йдуть у супереччя поняттю справедливості, на досудовій стадії можуть поставити під сумнів справедливий характер провадження в цілому [17, с. 235].

Стосовно питання доступу до суду ЄСПЛ в Ухвалі щодо прийнятності Заяви № 6778/05 «МПП «Голуб» проти України» від 18.10.2005 р. повторює, що процедурні гарантії, закріплені ст. 6 Конвенції, гарантують кожному право подання скарги щодо його прав та обов'язків цивільного характеру до суду чи органу правосуддя. Таким чином, втілюється право на звернення до суду, одним з аспектів якого є право доступу, тобто право розпочати провадження в судах з цивільних питань (справа «Голдер проти Сполученого Королівства», рішення від 21.02.1975 р., серія А № 18, пункти 28–36). ЄСПЛ наголошує, що право на звернення до суду, одним з аспектів якого є право доступу до суду, не є абсолютним; воно може бути обмеженим, особливо щодо умов прийнятності скарги, оскільки за своєю природою це право вимагає регулювання з боку держави, яка щодо цього користується певними межами самостійного оцінювання. Проте право доступу до суду не може бути обмежене таким чином або такою мірою, що буде порушена сама його сутність. Ці обмеження не будуть сумісними з п. 1 ст. 6, якщо вони не мають легітимної мети та не є пропорційними між використаними засобами та досягнутими цілями (рішення у справі «Brullá Gomez de la Torre v. Spain» від 19.12.1997 р., п. 33) [18, с. 46].

У рішенні «Меньшакова проти України» (Menshakova v. Ukraine, заява № 377/02) від 08.04.2010 р. ЄСПЛ також виклав конвенційні стандарти стосовно доступу до суду: «Суд повторює, що п. 1 ст. 6 гарантує кожному право на звернення до суду з позовом щодо його прав та обов'язків цивільного характеру. Таким чином, він втілює в собі «право на суд», яке, згідно з практикою Суду, включає в себе не тільки право ініціювати провадження, але й право розраховувати на «розгляд» спору судом (наприклад, рішення у справі «Кутіч проти Хорватії» (Kutic v. Croatia), заява № 48778/99, п. 25, ЄСПЛ 2002-II)» [18, с. 48].

У цій справі ЄСПЛ визнав, що не було порушення ст. 6 Конвенції щодо скарги заявниці на відсутність доступу до суду. Однак слід зазначити, що даний аспект права на справедливий суд неодноразово був предметом розгляду в ЄСПЛ. Станом на 11.04.2013 р. ним було визнано 13 порушень права на доступ до суду, зокрема в таких справах, як: «Балацький проти України» (Balatskyu v. Ukraine, заява № 34786/03), рішення від 25.10.2007 р., коли ЄСПЛ визнав порушення з огляду на непостановлення національними судовими органами остаточного процесуального рішення у справі заявника, обмежившись повідомленням у позапроцесуальному порядку, а саме листом, що не могло бути оскаржено; «Мушта проти України» (Mushta v. Ukraine, заява № 8863/06), рішення від 18.11.2010 р. – ЄСПЛ дійшов висновку, що заявниця та її представник діяли у цій справі з належною сумлінністю та що не було вини заявниці в тому, що вона не подала касаційну скаргу в межах строку, встановленого законодавством. Навіть припускаючи, що пояснення Уряду щодо підстав відмови Верховного Суду поновити строк є відповідними, ЄСПЛ зазначає, що за обставин цієї справи застосування процесуальних обмежень національним судом не було очевидним та передбачуваним для заявниці й тому не відповідало принципу юридичної визначеності [18, с. 48].

Право на справедливий судовий розгляд – важлива складова ст. 6 Конвенції. Стандарти справедливого судового розгляду можуть змінюватися з плином часу та розвитком суспільства. Отже, не існує остаточно визначеного

переліку складових справедливого судового розгляду, з-поміж яких: вчасне повідомлення про судові засідання, належний час на підготовку до судового розгляду, можливість ознайомлення з матеріалами справи, відповідні вимоги щодо неналежних доказів та аргументів тощо.

Висновки. Таким чином, в останні декілька років у сфері гарантування прав і свобод людини і громадянина відбулися значні позитивні зрушення. Конституція України закріплює низку важливих прав людини та передбачає гарантії їх реалізації, які отримують свій подальший розвиток у поточному законодавстві. Безперешкодне звернення до суду з метою відновлення справедливості та порушеного права – основна й кінцева гарантія в реалізації прав і свобод. Провідне місце в системі юридичних механізмів захисту прав і свобод людини і громадянина в сучасному світі належить інституту конституційного контролю. Найбільш вагомим досягненням є запровадження конституційної скарги як одного з найважливіших та передових форм гарантування прав і свобод людини і громадянина. У достатньо розвиненій і розгалуженій сфері гарантування прав і свобод людини і громадянина стрижневою є ст. 55 Конституції України. Закріплюється право на судовий захист, яке обумовлено доволі жорсткими критеріями та стандартами як в національному, так і міжнародно-правовому механізмі судового захисту та гарантій прав людини.

Список літератури:

1. Тодыка Ю. Н., Тодыка О. Ю. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. С. 368.
2. Конституційне право України: підручник / за ред. В. П. Колісника, Ю. Г. Барабаша. Харків: Право, 2008. 416 с.
3. Магновський І. Й. Гарантії прав і свобод людини та громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук / Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2003. 221 с.
4. Кушніренко О. Г., Слінько Т. М. Конституційне право України у запитаннях і відповідях: навч. посіб. Харків: Майдан, 2012. 330 с.
5. Барабаш Ю. Г. Правова політика у сфері прав людини: шляхи підвищення ефективності. *Право України*. 2009. № 4. С. 55–61.
6. Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник / М-во юстиції України, Нац. акад. держ. упр. при Президенті України. Київ: Ліра-К, 2016. 616 с.
7. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности: пер. с фр. Москва: Изд. группа «Прогресс» – «Универс», 1993. 384 с.

8. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. 1128 с.
9. Головатий С. П. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу. Ч. 3: Права людини (ст. 3 Конституції України). *Право України*. 2015. № 1. С. 13–90.
10. Речицький В. В. Конституційне АБВ. Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. 408 с.
11. Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/192-19> (дата звернення: 17.06.2017).
12. Рішення Конституційного Суду України № 9-зп від 25.12.1997 р. (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води). *Офіційний вісник України*. 1998. № 1. С. 169.
13. Рішення Конституційного Суду України № 26-рп/2009 від 19.10.2009 р. (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України). *Вісник Конституційного суду України*. 2009. № 6. С. 56.
14. Рішення Конституційного Суду України від 25.11.1997 р. (справа громадянки Дзюби Г. П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи). *Офіційний вісник України*. 2003. № 28. С. 100.
15. Остапенко В. В. Щодо деяких проблем реалізації права на конституційну скаргу. *Принципи сучасного конституціоналізму та Основний Закон України. IX Тодиківські читання: зб. тез наук. повідом. міжнар. наук. конф. (4–5 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. проф. А. П. Гетьмана; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. С. 221–223.*
16. Баулін Ю. В. Вступне слово «20 років конституційному правосуддю в Україні: досягнення та перспективи в умовах трансформації правових механізмів захисту прав людини». *Конституційний контроль і процеси демократичної трансформації у сучасному суспільстві: зб. матеріалів міжнар. конф., присв. 20-річчю Конституційного Суду України. Київ: ВАІТЕ, 2016. С. 12–21.*
17. Шевчук С. В. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Київ: Реферат, 2006. 848 с.
18. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: наук.-метод. посіб. для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.

References:

1. Todyka, Ju.N., Todyka, O.Ju. (2004). *Konstitucionno-pravovoj status cheloveka i grazhdanina v Ukraine*. Kyiv: Kontsern «Vydavnychyy Dim «In Yure» [in Russian].
2. Kolisnyk, V.P., Barabash, Yu.H. (Eds.). (2008). *Konstytutsiynе pravo Ukrayiny*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
3. Mahnovs'kiy, I.Y. (2003). *Narantiyi prav y svobod lyudyny ta hromadyanyna v pravi Ukrayiny (teoretyko-pravovyy aspekt)*. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
4. Kushnirenko, O.H., Slin'ko, T.M. (2012). *Konstytutsiynе pravo Ukrayiny u zapytan' y vidpovidyakh*. Kharkiv: Maydan [in Ukrainian].
5. Barabash, Yu.H. (2009). *Pravova polityka u sferi prav lyudyny: shlyakhy Pidvyshchennya effektivnosti*. *Pravo Ukrayiny*, 4, 55–61 [in Ukrainian].
6. Fedorenko, B.L. (2016). *Konstytutsiynе pravo Ukrayiny*. Kyiv: Lira-K [in Ukrainian].
7. Lyusher, F. (1993). *Konstytutsiyna zakhyst prav i svobod osobystosti*. Moscow: Vydavnycha hrupa «Prohres» – «Univers» [in Russian].
8. *Konstytutsiya Ukrayiny. Naukovo-praktychnyy komentar*. V.Ya. Tatsiy, O.V. Petryshyn, Yu.H. Barabash et al. (Eds.). (2011). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
9. Holovaty, S.P. (2015). *Triada yevropeys'kikh tsinnostey – verkhovenstvo prava, demokratiya, prava lyudyny – yak osnova ukrayins'koho Konstytutsiynoho ladu: Part 3: Prava lyudyny (st. 3 Konstytutsiyi Ukrayiny)*. *Pravo Ukrayiny*, 1, 13–90 [in Ukrainian].

10. Rechys'tkyy, V.V. (2016). Konstytutsiynе АВV. Kharkiv: TOV «Vydavnytstvo «Prava lyudyny» [in Ukrainian]
11. Pro zabezpechennya prava na spravedlyvyvy sud: Zakon Ukrayiny vid 12.02.2015 r. № 192-VIII. URL: [http:// zakon.rada.gov.ua/go/192-19](http://zakon.rada.gov.ua/go/192-19).
12. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny № 9-zp vid 25.12.1997 r. (pravoruch za zvernennym zhyteley mista Zhovti Vody). (1998). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 1, 169*.
13. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny № 26-rp/2009 vid 19.10.2009 r. (pravoruch Pro vnesennya zmin do deyaky zakonodavcho AKTIV Ukrayiny odnosytel'no vivoriv Prezydenta Ukrayiny). (2009). *Visnyk Konstytutsiynoho sudu Ukrayiny, 6, 56*.
14. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny vid 25.11.1997 r. (sprava hromadyanky Dzyuby H.P. odnosytel'no prava na oskarzhennya v sudi nepravomirnikh Diy posadovoyi osoby). (2003). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 28, 100*.
15. Ostapenko, V.V. (2016). Shchodo deyakuh problem realizatsyy prava na konstitutsiynu Skarhu. *Pryntsypy suchasnoho konstitutsionalizmu ta Osnovnyy Zakon Ukrayiny. IX Todikivs'ki chytannya: proceedings of the Scientific International Conference (4–5 lystopada 2016 r.)*. A.P. Get'man (Ed.). Kharkiv: TOV «Vydavnytstvo «Prava lyudyny», 221–223 [in Ukrainian].
16. Baulin, Yu.V. (2016). Vstupne slovo «20 rokiv konstitutsiynomu Pravosuddya v Ukrayini: Dosyahnennya ta perspektyvy v uslovyyakh transformatsiyi pravovykh mekhanizmv zakhystu prav lyudyny». *Konstytutsiynyy kontrol' y protsesy demokratychnoyi transformatsiyi u suchasnosti suspil'stvi: proceedings of the Scientific International Conference*. Kyiv: VAITE, 12–21 [in Ukrainian].
17. Shevchuk, S.V. (2006). Sudovyy zakhyst prav lyudyny: Praktyka Yevropeys'koho Sudu z prav lyudyny u konteksti zakhidnoyi pravovoyi tradytsiyi. Kyiv: Referat [in Ukrainian].
18. Fuley, T.I. (2015). Zastosuvannya praktyky Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny pry zdiysnenni pravosuddya. Kyiv [in Ukrainian].

Остапенко В. В. Гарантии субъективных прав и свобод как элемент правового статуса человека и гражданина.

Раскрыто место судебных гарантий в системе юридических гарантий конституционных прав и свобод человека. Рассмотрена классификация юридических гарантий конституционных прав и свобод человека. Проанализированы место и значение права на справедливое судебное разбирательство в системе юридических гарантий прав человека через призму рассмотрения практики Европейского суда по правам человека в сфере применения ст. 6 Конвенции о защите прав и основных свобод человека.

Ключевые слова: гарантии; права человека; юридические гарантии; суд; судебная защита; конституционная жалоба.

Ostapenko V. V. Guarantees of subjective rights and freedoms as an element of the legal status of a person and a citizen.

The place of judicial guarantees in the system of legal guarantees of constitutional human rights and freedoms is disclosed. The classification of legal guarantees of constitutional human rights and freedoms is considered. The place and significance of the right to a fair trial in the system of legal guarantees of human rights are analyzed through the prism of consideration of the practice of the European Court of Human Rights in the sphere of application of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Keywords: guarantees; human rights; legal guarantees; court; judicial protection; constitutional complaint.

Надійшла до редколегії 10.12.2017 р.



ДЕЯКІ ПИТАННЯ, ЩО ПОСТАЮТЬ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРАВ НА СПІЛЬНЕ МАЙНО

Сурженко Ольга Анатоліївна,

канд. юрид. наук, доц.,

*доцент кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

e-mail: olgasurzhenko@mail.ru

ORCID 0000-0002-9132-9797

Розглянуто проблему спадкування, зокрема у випадку, коли до складу спадщини увійшло спільне майно, що перебувало у спільній сумісній власності спадкодавця та спадкоємців. Йдеться про житло, що було набуто у власність внаслідок приватизації. За законодавством України особи, які приватизували житло, могли набути його як у спільну часткову, так і у спільну сумісну власність. В останньому разі у відсутність визначення часток у праві спільної власності нотаріуси вважають за неможливе спадкування допоки в судовому порядку не будуть визначені частки співвласників. Доведено, що співвласники, які є спадкоємцями, можуть за взаємною домовленістю визначити ці частки без звернення до суду.

Ключові слова: приватизація; право спільної сумісної власності; право спільної часткової власності; спадкування; частка у спільному майні.

Постановка проблеми. Права на майно можуть належати як одній, так і кільком особам. В останньому випадку складається правовий режим спільної власності. Нерідко за його наявності виникають проблеми при здійсненні прав співвласників. Однією з них є спадкування, якщо в спільному майні не визначені частки. Це питання викликає складнощі на практиці, вирішенню якого й присвячено дану статтю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематикою спільної власності взагалі та власності на житло зокрема займалися такі вчені, як І. В. Бандурка, М. К. Галянтич, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, Л. Г. Лічман, О. П. Первомайський, І. В. Спасибо-Фатєєва, Я. М. Шевченко та ін. Питанням спадкового права присвятили свої праці Ю. О. Заїка, Л. В. Козловська, О. П. Печений, З. В. Ромовська, Є. О. Рябоконт та ін. Проте деякі аспекти

набуття права власності на житло, що належить на праві спільної власності, в порядку спадкування, залишилися не дослідженими або спірними.

Виклад основного матеріалу. Під спільною власністю розуміють право кількох осіб на один і той же об'єкт. Такі особи йменуються співвласниками. Специфіка цієї правової моделі полягає в тому, що існує один об'єкт, декілька суб'єктів, які мають одне право на цей об'єкт (річ, майно). Звичайно, що в цьому разі постають питання про те, яким чином воно виникає; як це право ними здійснюється, якщо право в них єдине; чи є особливості у праві на спільне майно в порівнянні з правом приватної власності за моделлю «один суб'єкт – один об'єкт»; чи є підвиди права спільної власності, за яких умов вони складаються і як співвідносяться.

Згідно із ЦК України існують два види спільної власності – часткова та сумісна. При цьому встановлюється презумпція спільної часткової власності, адже за ч. 4 ст. 355 ЦК України спільна власність вважається частковою, якщо договором або законом не встановлена спільна сумісна власність на майно. Коло випадків, коли законом передбачається спільна сумісна власність, невелике. Насамперед це в разі набуття спільного майна подружжям під час шлюбу (ч. 3 ст. 368 ЦК України), а також членами сім'ї – в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти (ч. 4 ст. 368 ЦК України) та з деяких інших підстав, встановлених законом. І навіть у цих випадках норми є диспозитивними, що надає можливість особам обрати інший правовий режим – спільної часткової власності.

Так само в разі приватизації житла наймач та члени його сім'ї мають альтернативу: їм передаються квартири (будинки), в яких вони проживають, у спільну сумісну або часткову власність (ч. 2 ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» [1]).

За певних умов особи можуть уникнути входження до правового режиму спільної власності. Так, при спадкуванні майна спадкоємці або стають співвласниками неподільної речі, або обирають інший шлях, коли одному спадкоємцю переходить право власності на неї, а другий набуває право

власності на іншу річ зі складу спадщини або отримує грошову компенсацію. В разі, якщо річ подільна, спадкоємці часто воліють стати власниками відповідної частини, а не набути право на частку. Наприклад, якщо помирає акціонер, то його спадкоємцям може перейти не пакет акцій в цілому, а кожному – по відповідній частині, тобто кількості акцій.

Навіть у разі наявності спільних зусиль кількох осіб, завдяки чому виникає об'єкт, не завжди встановлюється правовий режим спільної власності на нього. Верховний Суд України орієнтує на те, аби врахувати різні обставини задля оптимального вирішення питань про те чи інше право особи в процесі зведення житлового будинку та набуття прав на нього. Так, відповідно до п. 4 постанови пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок» від 04.10.1991 р. № 7 [2], вирішуючи спір, суд насамперед має виходити з того, кому було виділено земельну ділянку для будівництва житла. Адже земельна ділянка для будівництва жилого будинку і господарських будівель надається особі у приватну власність, а участь інших осіб у будівництві не створює для них права приватної власності на жилий будинок, крім випадків, коли це передбачено законом. Зокрема, право спільної власності на житловий будинок може виникати в цьому разі на тих же підставах, що й на будь-які об'єкти, які належатимуть на праві спільної сумісної власності (подружжю або членам сім'ї внаслідок їх спільної праці або за спільні кошти). Сторонні ж особи (тобто не подружжя і не члени сім'ї) можуть ставати співвласниками на підставі «угоди про створення спільної власності» (цитуються постанова пленуму), під чим слід розуміти договір про спільну діяльність з метою будівництва житлового будинку. В іншому разі, тобто у відсутність такого договору, особи, які брали участь у будівництві жилого будинку (його купівлі), вправі вимагати невизнання права власності на будинок, а відшкодування своїх затрат на будівництво (купівлю будинку), якщо допомогу забудовнику (покупцю) вони надавали не безоплатно.

Все це свідчить про те, що як законодавець, так і особи, які набувають

майно в той чи інший спосіб, прагнуть уникнути правового режиму спільної власності. А якщо це неможливо в принципі, то принаймні – права спільної сумісної власності. Це свідчить про труднощі для співвласників при здійсненні ними своїх прав.

З іншого боку, позиція Верховного Суду України не бездоганна, оскільки не вирішує остаточно проблем, які виникають при її застосуванні. Зокрема, це стосується згаданої «угоди про створення спільної власності», тобто договору про спільну діяльність, який відповідно до ст. 1131 ЦК України має укладатися в письмовій формі. Проте недодержання цієї вимоги не тягне за собою недійсність договору відповідно до ч. 1 ст. 218 ЦК України.

Частина 3 ст. 355 ЦК передбачає, що право спільної власності виникає за підстав, не заборонених законом. Такими виступають спільне придбання майна, зведення житлового будинку, споруди, спадкування, приватизація тощо.

Варто відмітити, що як і у випадку набуття права приватної власності одним суб'єктом, так і кількома, останні віддають собі звіт у тому, що стають власниками одного об'єкта і тим самим потрапляють у стан необхідності додержуватися правового режиму спільної власності. Це буває в разі спільної праці членів сім'ї (ч. 4 ст. 368 ЦК України), спільної діяльності інших осіб (ст. 1130 ЦК України), в тому числі при здійсненні ними підприємницької діяльності у форматі простого товариства (ст. 1132 ЦК України) тощо.

За наявності ж правового режиму спільної власники часто постає питання про виділ частки зі спільного майна або його поділ задля того, щоб набути право на конкретне майно. Це можливо, якщо кожній зі сторін буде виділено нерухоме майно, яке за розміром відповідає розміру часток співвласників у праві власності. У разі неможливості поділу (зокрема, якщо річ неподільна) або виділ у натурі частки зі спільного майна законом не допускається, співвласник, який бажає виділу, має право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості його частки. Це слідує зі статей 183, 364, 367, 370, 372 ЦК України. Аналогічно висловився Верховний Суд України у постанові у справі № 6-1443цс16 [3].

Трапляється, що особи набувають у спільну власність майно, не приділяючи уваги тому, який правовий режим при цьому складається. Тобто, вони усвідомлюють лише факт того, що стають співвласниками, а не того, які наслідки це за собою тягне.

Не виключається, що в подібних випадках особи могли б обрати інший правовий режим, але не скористались цією можливістю, будучи або необізнаними у варіаціях, або не приділяючи цьому належної уваги. Прикладом може слугувати приватизація житла, внаслідок якої відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» в осіб, які приватизували житло, виникає право спільної власності на нього. І це можуть бути різні види спільної власності.

Як слідує з ч. 2 ст. 8 вказаного Закону, передача житла у спільну сумісну або часткову власність здійснюється за письмовою згодою всіх повнолітніх членів сім'ї, які постійно мешкають в цьому житлі, в тому числі тимчасово відсутніх, за якими зберігається право на житло. Наведена норма неоднозначно сприймається, оскільки вираз «за письмовою згодою» може стосуватися як, власне, волевиявлення всіх зазначених у ній осіб на набуття права власності, так і обрання виду права спільної власності, на якому вони набувають житло. В останньому разі це мало б міститись у відповідній заяві наймача та членів сім'ї.

У відсутність такого позначення внаслідок необізнаності заявників в цьому питанні й того, що їм не було надано відповідних роз'яснень органами приватизації, останні запроваджували підхід щодо самостійного вирішення правового режиму житла, що передається у власність при приватизації. Інформація про це ставала їм відомою з позначення у свідоцтві про право власності на житло, а частіше – вони звертали на це увагу лише у разі виникнення спору з цього приводу.

Отже, якщо в заяві про приватизацію житла не містилося те, на якому праві наймач та члени його сім'ї бажають набути майно, виникали різні варіанти: або на праві спільної сумісної власності, або спільної часткової власності, або спільної власності без розкриття її виду. В останньому випадку,

враховуючи презумпцію права спільної часткової власності відповідно до ч. 4 ст. 356 ЦК, складається саме такий правовий режим житла.

На якомусь етапі (а можливо й тривалий час) розбіжності у правовому режимі житла для його співвласників не відчувались. Між тим складнощі, а іноді й спори, виникають на етапі здійснення права спільної власності. З цього приводу варто вказати таке.

Здійснення прав на житло співвласниками в нормальному режимі мало чим відрізняються від здійснення ними прав як наймачами. Вони як користувались, так і продовжують користуватися житлом шляхом проживання в ньому. Коли йдеться про користування спільним майном, що перебуває у частковій власності, то воно здійснюється на підставі їхньої згоди (ч. 1 ст. 358 ЦК України). А тим, що перебуває в сумісній власності, особи користуються *спільно* (ч. 1 ст. 369 ЦК України). В обох випадках це має розумітися як *узгодженість* між ними.

Принципово ситуація не змінюється і якщо постає питання про виділ частки із житла, що є у спільній частковій або спільній сумісній власності, або у разі його поділу (статті 364, 367, 370, 372 ЦК України). Тим більше, що за ч. 1 ст. 357 ЦК України частки у праві спільної власності вважаються рівними, якщо інше не встановлено домовленістю співвласників або законом. У спільній сумісній власності частки взагалі не визначаються (ч. 1 ст. 368 ЦК України), але при виділі частки з майна, яке є у спільній сумісній власності, одним із співвласників, вважається, що частки кожного із співвласників у праві спільної сумісної власності є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду (ч. 2 ст. 370 ЦК України).

Отже, і в тому, і в іншому випадках в остаточному рахунку співвласники житла опиняються в рівному становищі, якщо інше не передбачено домовленістю між ними, законом або рішенням суду [4, с. 215]. Відтак, немає жодних принципових розбіжностей в тому, коли в результаті приватизації житла особи набувають право спільної сумісної або спільної часткової власності на нього, крім розпорядження своєю часткою, що може мати місце

лише за наявності спільної часткової власності. Немає таких розбіжностей і у виділі або поділі спільного майна.

Натомість проблема виникає в разі смерті одного зі співвласників, які за свідоцтвом про право власності на житло, набуте при приватизації, мають право спільної сумісної власності на цього. Зокрема, постає питання про оформлення права на спадщину, якщо помер один із співвласників. Адже спадкуватися має частка у спільному майні, а такої за життя спадкодавця не могло бути, оскільки частки в сумісній власності не визначаються. Тобто по суті відсутній об'єкт спадкування.

Задля вирішення цього питання, тобто з метою появи належного об'єкта, нотаріуси радять спадкоємцям звернутися до суду задля визначення розміру часток співвласників. Проте в цьому разі не цілком зрозуміло те, з якою вимогою спадкоємці звертатимуться до суду. Принаймні спору між ними не існує, а визначати правовий режим спільного майна на минуле, тобто до смерті спадкодавця, було б помилковим. Тим більш, якщо вони не мали прав на нього (якщо вони не входили до кола співвласників). Утім якщо вони (або хтось із них) й були співвласниками, то нічого їм не перешкоджає за спільною згодою змінити правовий режим житла. Так, якщо вони звернулися до нотаріуса з оформленням права на спадщину і між ними відсутній спір, вони в разі потреби не позбавлені права втілити свою домовленість у письмову форму.

Підставою для такого твердження є засади цивільних правовідносин і, зокрема, свобода договору (ч. 3 ст. 6 ЦК України), на чому ґрунтуються чимало з них. Більше того, цивільне законодавство часто виходить з презумпції домовленості приватних осіб, що означає їх можливість домовлятися між собою про те, що має для них значення при здійсненні своїх прав. Межі використання такого підходу доволі широко окреслені законом. Головним критерієм є те, щоб цей спосіб здійснення прав не було заборонено і він не суперечив загальним засадам цивільного законодавства [5].

Стосовно договору між спадкоємцями ані таких заборон, ані сумніву в тому, що він не суперечить загальним засадам цивільного законодавства, не

виникає. Так, про домовленість йдеться у ч. 3 ст. 1267 ЦК України, згідно з якою спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, якщо це стосується нерухомого майна, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них. Важливо й те, що частки спадкоємців у спадщині є рівними (ст. 1278 ЦК України), так само, як є рівними й їхні частки (ч. 2 ст. 370 ЦК України), які визначаються в результаті виділу зі спільної сумісної власності.

Отже, презюмуючи рівність часток спадкоємців, законодавець надає їм можливість досягти домовленості про зміну розміру їх часток. Екстраполяція подібного підходу на відносини спільної сумісної власності, які мали місце на час смерті одного із співвласників, приводить до висновку про відсутність перешкод для укладення між ними договору про зміну виду спільної власності, якщо вони і є спадкоємцями. Адже це могло бути так само і за життя спадкодавця. У разі ж його смерті та у відсутність спору така можливість зберігається.

Водночас слід вказати й на те, що за умов засад рівності часток (як у спільній сумісній власності, що виявляється при виділі або поділі, так і у спадщині), іншого варіанту при оформленні права на спадщину спадкоємцями, які мали право спільної сумісної власності на квартиру, не виникло б. Тобто, враховуючи померлого співвласника, всім їм належать рівні права на квартиру. Тому порушення прав на майно померлого співвласника, тим більш, що ці право успадковуються іншими співвласниками цього майна, в цьому випадку не спостерігається [6].

Варто висловити ще одне застереження стосовно прав на спільне майно співвласників та спадкоємців. Вище йшлося про зміну правового режиму майна, визначення часток в спільному майні, що належить на праві спільної власності та про виділ часток з нього. Натомість при спадкуванні йдеться не про виділ, а про оформлення права на цю квартиру як спадкоємців померлої. Виходить, що навіть у разі, якщо спадкоємцями є співвласники, правовий режим спільної сумісної власності на майно не зберігається. Тобто у будь-

якому разі визначатимуться частки в майні, оскільки за ч. 2 ст. 1296 ЦК України, якщо спадщину прийняли кілька спадкоємців, свідоцтво про право на спадщину видається кожному з них із визначенням імені та часток у спадщині інших спадкоємців.

Повертаючись до порядку вирішення питання про спадкування за наявності правового режиму спільної сумісної власності на нерухоме майно та враховуючи наведені вище міркування, слід висловитись за те, що нотаріус при оформленні права на спадщину за домовленістю між співвласниками-спадкоємцями визначає частку кожного з них без звернення до суду.

Висновки. Навіть якщо припустити, що спадкоємці звернуться до суду, то, по-перше, невідомо, з якою вимогою та до кого вони її адресують у відсутність спору між собою. По-друге, у будь-якому разі частки в спільному майні визнаватимуться рівними, як це вимагається законодавством. По-третє, навіть якщо за певних обставин виявляться підстави визнання частки померлого співвласника більшою, це не відіб'ється на частках спадкоємців, які і в цьому разі спадкувати сини будуть порівну.

Список літератури:

1. Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2482-12>.
2. Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок: постанова пленуму Верховного Суду України від 04.10.1991 р. № 7. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-91>.
3. Постанова Верховного Суду України від 16.11.2016 р. № 6-1443цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1ED0AE47008F19C9C225807B00460DD](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1ED0AE47008F19C9C225807B00460DD).
4. Стоянов А. Д. Окремі питання правового режиму приватизованого житла в правовідносинах подружжя. *Науковий вісник Ужгородського інверситету. Серія Право*. 2015. Вип. 32. Т. 2. С. 79–82.
5. О договоре: Харьковская цивилистическая школа: монография / под ред. проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.
6. Спасибо-Фатеева І. В. Науково-правовий висновок щодо оформлення права на спадщину в разі спадкування приватизованої квартири, що знаходиться у спільній сумісній власності. *МЕН*. 2007. № 6. С. 67–68.

References:

1. Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho zhytlovoho fondu: Zakon Ukrainy vid 19.06.1992 r. № 2482-XII. (1992). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2482-12>.
2. Pro praktyku zastosuvannia sudamy zakonodavstva, shcho rehuliuie pravo pryvatnoi vlasnosti hromadian na zhylyi budynok: postanova plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 04.10.1991 r. № 7. (1991). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-91>.

3. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 16.11.2016 r. № 6-1443tss16. (2016). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1ED0AE47008F19C9C225807B00460DD](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1ED0AE47008F19C9C225807B00460DD).

4. Stoianov, A.D. (2015). Okremi pytannia pravovoho rezhymu pryvatyzovanoho zhytla v pravovidnoynakh podruzzhzia. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho iniversytetu. Serii Pravo, issue 32, vol. 2, 79–82* [in Ukrainian].

5. O dogovore: Har'kovskaja civilisticheskaja shkola. (2017). I.V. Spasibo-Fateeva (Ed.). Har'kov: Pravo [in Russian].

6. Spasybo-Fatieieva, I.V. (2007). Naukovo-pravovyi vysnovok shchodo oformlennia prava na spadshchynu v razi spadkuvannia pryvatyzovanoi kvartyry, shcho znakhodytsia u spilnii sumisnii vlasnosti. *MEN, 6, 67–68* [in Ukrainian].

Сурженко О. А. Некоторые вопросы, возникающие при осуществлении права на общее имущество.

В статье рассматривается проблема наследования в случае, если в состав наследства вошло общее имущество, находившееся в общей совместной собственности наследодателя и наследников, в частности, приватизированное жилье. По законодательству Украины лица при приватизации жилья, могли выбрать два варианта по своему усмотрению: приобрести его как в общую долевую, так и в общую совместную собственность. Доказывается, что сособственники, являющиеся наследниками, могут по взаимной договоренности определить эти доли без обращения в суд. В качестве аргумента приводится значение договора как в режиме общей собственности, так и в режиме наследования. И в том, и в другом случае сособственники и наследники вправе по договоренности установить как доли в общей собственности, так и изменить доли в наследстве.

Ключевые слова: приватизация; право общей совместной собственности; право общей долевой собственности; наследование; доля в общем имуществе.

Surzhenko O. A. Some issues arising in the implementation of the right to common property.

The article deals with the problem of inheritance in the event that the estate included the common property that was in the common joint ownership of the testator and heirs, in particular, privatized housing. Under the legislation of Ukraine, persons in the privatization of housing, could choose two options at their discretion: to acquire it as a common share, and in common joint property. It is proved that co-owners who are heirs can determine these shares by mutual agreement without resort to a court. As an argument, the value of the contract is shown both in the common property mode and in the mode of inheritance. In both cases, co-owners and heirs are entitled, by agreement, to establish both shares in common ownership, and to change the shares in the inheritance.

Keywords: right to a share; collective agricultural enterprise; separation of the property; acquisition of property rights; state registration; power of attorney.

Надійшла до редколегії 25.05.2018 р.



МАТЕРІАЛЬНЕ БЛАГО В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ПОДАТКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Єфімов Олександр Миколайович,

канд. юрид. наук, доц.,

*доцент кафедри цивільного та трудового права,
Київський національний економічний університет*

імені Вадима Гетьмана,

Україна, м. Київ

e-mail: oleksandr.yefimov@yefimov-partners.com

ORCID 0000-0003-1751-4780

Досліджено благо як об'єкт цивільних, трудових і податкових правовідносин. Виявлено умови віднесення об'єкта цих відносин до категорії «благо», що дозволяють розглядати благо як об'єкт оподаткування податком на доходи фізичних осіб. Запропоновано доповнити Податковий кодекс України нормою, спрямованою на гармонізацію цивільного, трудового та податкового законодавства.

Ключові слова: об'єкти цивільних правовідносин; блага; матеріальні потреби; нематеріальні потреби, мотивація.

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень і публікацій.

Правова наука про благо як об'єкт цивільних правовідносин. Одним з елементів цивільних правовідносин є їх об'єкт, тобто те, стосовно чого цивільні правовідносини виникають й існують. У сучасній цивілістичній літературі існує чимало напрямків, за якими вивчаються ті чи інші об'єкти цивільних правовідносин. Зокрема, О. В. Даниленко, С. В. Кривобок, А. С. Савченко, Г. Г. Харченко, Ю. Є. Ходико та інші науковці досліджували у своїх роботах такі об'єкти, як речі, майно, самочинне й незавершене будівництво, гроші тощо. Є й більш узагальнені наукові праці, в яких досліджуються об'єкти цивільних прав і правовідносин як такі. Серед них найбільш ґрунтовною є монографія за редакцією проф. І. В. Спасиво-Фатєєвої [1]. У ній проаналізовано різні аспекти поняття «об'єкти цивільних правовідносин», якого свого часу торкались такі відомі вчені, як М. М. Агарков, С. С. Алексєєв, О. С. Іоффе, Н. М. Коркунов, Р. О. Халфіна та ін., та запропоновано різні бачення цього поняття, які тією чи іншою мірою отримали підтримку науковців.

Тож для виявлення особливостей цього поняття уявляється необхідним розглянути його з позицій загального бачення. Це стосується й дослідження об'єктів, тому виявлення сутності даного поняття як блага видається актуальним, при чому на міжгалузевому рівні.

Існування різних підходів ґрунтується на сприйнятті самого поняття «об'єкт»: загально-філософського, психологічного та спеціально-юридичного [2]. Спеціально-юридичний підхід об'єктом правовідношення вважає те, з приводу чого виникає правовідношення. Цей підхід має моністичний і плюралістичний напрямки. Прихильники першого напрямку обмежують зміст поняття лише одним певним явищем. Прихильники ж другого об'єктами правовідношення визнають найрізноманітніші блага залежно від виду правовідносин або ж поділяють усі блага на речі та дії (так званий дихотомічний поділ). Складність наукового бачення феномена об'єкта цивільних прав певною мірою навіть заважає застосуванню цієї категорії задля суто прагматичних цілей. Тому навіть було запропоновано для «спрощення ситуації» та «за традицією» під об'єктами права розуміти саме матеріальні й нематеріальні блага або ж діяльність, спрямовану на їх створення [3].

Саме заради таких благ суб'єкти й вступають у цивільні правовідносини. Їх поведінка «не може бути абстрактною, відірваною від намірів, що стосуються певних благ, оскільки вона є вольовою дією, осмисленою й спрямованою на певний результат. І цей результат пов'язується так чи інакше з об'єктами, що дозволяє їх ототожнювати і з метою, і зі змістом правовідносин, і з самими діями суб'єктів» [4]. Будучи широкою інституцією, категорія блага виявилася настільки універсальною, що навіть український законодавець її використав як родове поняття в ст. 177 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) при розкритті видів об'єктів цивільних прав [5].

І цей перелік певною мірою перетинається з поняттям «благо» за Податковим кодексом України (далі – ПКУ) [6], яке важливе й для трудових правовідносин. Отже, питання розуміння поняття «благо» є вкрай важливим не лише для суто теоретичного розуміння об'єкта цивільних правовідносин, а й для

практичного розмежування та визначення отримуваних суб'єктом цивільних чи трудових правовідносин об'єктів як таких, які є благом (додатковим благом), так і таких, які благом не є. Адже відповідно до пп. 164.2.17 ст. 164 ПКУ ті об'єкти правовідносин, що відносяться до благ, включаються до об'єкта оподаткування податком на доходи фізичних осіб [6].

Усе це свідчить на користь того, що таке широке поняття, як «благо», використовується в праві в різному спектрі відносин. Задля ж його розуміння як об'єкта, з яким пов'язані майнові відносини, що обумовлюють майновий стан особи, слід розглянути це поняття комплексно – з позицій не лише цивільного, а й трудового та податкового права. Таку орієнтацію надає й сучасний досвід регулювання майнових відносин, зокрема щодо широкого розуміння поняття майна в європейському правовому просторі. Це засвідчує практика Європейського суду з прав людини з приводу застосування ст. 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод. Принаймні воно не обмежується цивілістичним зрізом цього поняття. Такий підхід має бути поширений і на інші блага, що виступають об'єктами цивільних прав. Саме в такому аспекті вони досліджуватимуться в даній статті.

Метою статті є виявлення сутності поняття «благо» як об'єкта цивільних та інших суміжних правовідносин, які в цілому формують склад майна та правові зв'язки, в яких перебуває особа, яка його має. Завдяки цьому вбачається можливим сформулювати суцільне уявлення про правовий режим цих благ, їх розуміння як основних і додаткових та їх критеріїв. Така постановка питання до цього часу не застосовувалась при розгляді даного поняття й має стати продуктивним напрямком дослідження об'єктів правовідносин з їх приводу.

Виклад основного матеріалу. Критерії, що дозволяють «дещо» вважати «благом», визначаються науковцями по-різному, але загальний підхід у цьому питанні виявити можливо. Так, за К. Менгером, це буває тоді, коли благо пов'язане із задоволенням людських потреб; зі зникненням потреби суб'єкта правовідношення зникає й саме благо [7]. Наприклад, для людини, яка тоне в морі, потребою швидше буде рятувний круг, аніж кілька кілограмів золота. А

після того, як така людина врятується, акцент потреби може зміститися на золото. Тож у першому випадку благом буде рятівний круг, а у другому – золото.

Для того, щоб будь-який предмет набув ознак блага, необхідним є збіг таких чотирьох умов: 1) людської потреби; 2) властивостей предмета, що роблять його придатним бути поставленим у причинний зв'язок із задоволенням цієї потреби; 3) пізнання людиною цього причинного зв'язку; 4) можливості розпоряджатися предметом таким чином, щоб дійсно вживати його для задоволення цієї потреби [5].

Наявність цих чотирьох ознак дозволяє відмежувати, наприклад, знаряддя праці, яке отримує працівник, від блага. Адже у трудові правовідносини працівник вступає також з метою задоволення своїх потреб. Так, звичайна лопата, яку видає працівникові роботодавець, не відповідає вказаним чотирьом ознакам блага. По-перше, така лопата не задовольняє особистої потреби працівника. Вона лише є знаряддям виконання працівником його трудового обов'язку, в результаті чого такий працівник отримає відповідну винагороду у грошовій формі, що й буде для нього благом.

По-друге, працівник, який отримав таку лопату, не має можливості розпорядитися нею з метою задоволення власної потреби. Звичайно ж, тут не йдеться про ті випадки, коли працівникові роботодавець дозволяє у позаробочий час використовувати лопату в особистих цілях. Так, можна розглядати ситуацію, коли подібне входить у так званий «соціальний пакет». У такому разі таке використання цілком може відповідати ознакам додаткового блага у розумінні пп. 164.2.17 ст. 164 ПКУ. Яскравим прикладом такого подвійного статусу знаряддя праці може бути право працівника використати службовий автомобіль для власних цілей: поїздки у відпустку на курорт та ін.

По-третє, лопата, яку виділили працівникові як знаряддя для виконання ним трудового обов'язку, має бути придатною для задоволення власних потреб працівника. Працівник повинен мати право і можливість використовувати таку лопату в позаробочий час на своїй власній земельній ділянці. Або ж працівник

повинен мати право і можливість використати службовий автомобіль для поїздки у відпустку. У цьому разі можна говорити про такі властивості предмета (лопати чи автомобіля), що роблять його придатним бути поставленим у причинний зв'язок із задоволенням цієї потреби саме працівника.

По-четверте, така можливість використати властивості предмета, що роблять його придатним бути поставленим у причинний зв'язок із задоволенням цієї потреби, має бути усвідомлена працівником. Працівник має усвідомити можливість використати автомобіль для поїздки на курорт під час відпустки. Якщо така можливість у працівника є, але з будь-яких причин не усвідомлена (він просто про неї не знає) і, як наслідок, ним не використана, то не можна говорити про те, що такий предмет є благом для людини.

Як вказує Ю. К. Толстой, блага, які не мають корисних властивостей або ж корисні властивості яких ще не відкриті, а також предмети, які недосяжні для людини на певному етапі розвитку людської цивілізації, об'єктами цивільних правовідносин не виступають [8], тобто благами не є. Отже, цим самим проводиться думка, що наявність корисних властивостей сама по собі ще не робить предмет благом. Саме досяжність цих корисних властивостей предмета робить його благом. Так, якщо працівник знає, що певний автомобіль може бути використаний для того, щоб поїхати на ньому на курорт на відпочинок, проте у працівника немає відповідного повноваження на таке використання, то такий автомобіль не є благом для працівника. Якщо ж така корисна властивість автомобіля для працівника, як можливість використати його для поїздки на курорт, стає правомірно доступною для працівника і при цьому він усвідомлює таку можливість і її правомірність, то автомобіль набуває ознак блага для нього.

Іншою необхідною ознакою блага як об'єкта цивільних правовідносин (за виключенням особистих немайнових благ) є можливість їх грошової оцінки. При цьому йдеться не лише про вартість, а й про споживчу вартість [1]. О. В. Мартишин вказував, що будь-який товар, будь-яка послуга являє собою

«предметну цінність», що вимірюється у грошовому вираженні (вартості) і в корисних якостях (споживчій вартості) [9].

У плані трудових правовідносин предмет, який роботодавець передає/надає працівникові, для того, щоб стати благом для останнього, повинен мати не лише вартість (так звану «предметну цінність»), а й бути корисним такому працівникові, тобто мати споживчу вартість. Знаряддя праці має предметну цінність, проте не має споживчої вартості для задоволення потреб працівника, а тому благом для такого працівника не є. Обід у вигляді засмаженого на грилі шматка м'яса також має відповідну «предметну цінність»: вартість самого м'яса, вартість його транспортування, енергія (електрична, газова чи дрова...) для грилю. Проте якщо працівник є вегетаріанцем, то споживчої вартості такий шматок м'яса для нього не матиме. Наприклад, у кінофільмі «Лагаан: Одного разу в Індії» капітан англійської армії пропонував Раджі з'їсти шматок м'яса в обмін на дозвіл селянам відвідати храм для вчинення релігійного обряду. Та оскільки Раджа був вегетаріанцем, то він відмовився від такої пропозиції, хоча йшлося про те, щоб надати можливість селянам (теж вегетаріанцям) подолати голод. Отже, той шматок м'яса для Раджі не був благом, оскільки не мав споживчої цінності. Більше того, такий шматок м'яса суперечив релігійним переконанням людини, а тому міг навіть нашкодити її цінностям, не то щоб задовольнити потребу.

Таким чином, не лише вартість певного предмета, а й споживча вартість перетворює його на благо, оскільки саме можливість споживання корисних якостей предмета і є можливістю задовольнити потреби суб'єкта правовідносин.

Мотивація працівника роботодавцем як критерій розмежування блага і не блага. Одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру віднесено до основних трудових прав працівників (ст. 2 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП)) [10]. Заробітна плата є істотною умовою трудового договору (ст. 21 КЗпП). При цьому заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку власник або

уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу (ст. 94 КЗпП). Її розмір залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та господарської діяльності підприємства, установи, організації й максимальним розміром не обмежується. Вона виплачується у грошових знаках, що мають законний обіг на території України. Виплата заробітної плати у формі боргових зобов'язань і розписок або у будь-якій іншій формі забороняється (ст. 23. Закону України «Про оплату праці» від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР) [11].

Як видно із наведених норм права, заробітна плата цілком відповідає ознакам блага: працівник її потребує; вона є придатною бути поставленою у причинний зв'язок із задоволенням потреб (матеріальних і нематеріальних) працівника, оскільки є засобом придбання благ для задоволення потреб працівника; останній пізнає та усвідомлює цей причинний зв'язок; він має можливість розпоряджатися своєю заробітною платою, щоб задовольнити свої потреби.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про оплату праці» до складу заробітної плати входить:

- основна заробітна плата – винагорода за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці;
- додаткова заробітна плата – винагорода за працю понад установлені норми, за трудові успіхи та винахідливість і за особливі умови праці. Вона включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством; премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій;
- інші заохочувальні та компенсаційні виплати, до яких належать виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, виплати в рамках грантів, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства, або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми [11].

Однак зарплата (основна, додаткова та інші заохочувальні та компенсаційні виплати) – це не все, що отримує працівник від роботодавця. Він може отримувати також знаряддя праці, одяг, предмети меблів, санітарних зручностей та ін. І якщо їх не розмежовувати на те, що є благом, і на те, що благом не є, то доведеться все зазначене вважати благом (додатковим благом у розумінні пп. 164.2.17 ст. 164 ПКУ) [6] та обкладати податком на доходи фізичних осіб та військовим збором. Необхідність такого розмежування впливає із необхідності розмежування отримуваного працівником на те, що є благом та призводить до виникнення об'єкта оподаткування податком на доходи фізичних осіб, та на те, що таким об'єктом не є. Навіть Державна фіскальна служба України (далі – ДФС), наділена повноваженнями роз'яснювати податкове законодавство, видає певну кількість індивідуальних податкових консультацій, в яких ті чи інші предмети, виплати та інше включає чи не включає до додаткових благ. Тобто ДФС визнає існування певних критеріїв розмежування благ і не-благ з метою їх оподаткування.

З урахуванням тих ознак, які перетворюють предмет на благо, слід виокремити із усього розмаїття об'єктів, отримуваних працівником від роботодавця, те, що є благом для працівника і те, що благом для нього не є. І таким критерієм у трудових правовідносинах слід вважати мету, з якою роботодавець передає/надає працівникові ті чи інші предмети, послуги та ін. Так, якщо такою метою є мотивація працівника на виконання ним трудових обов'язків, то отримуване працівником слід визнати благом. Якщо ж метою є уможливити виконання працівником його обов'язків чи підвищити ефективність такого виконання, то про благо у такому випадку не йдеться.

Наприклад, працівник піцерії може отримати службовий автомобіль для розвезення піци замовникам. У такому разі автомобіль є знаряддям для виконання трудових обов'язків працівника. Його використання не спрямоване на задоволення потреби працівника, а тому й відсутні наведені вище чотири ознаки, які би перетворили таке авто на благо.

Якщо ж у так званий «соціальний» пакет включається надання керівнику

піцерії в користування службового авто, яке він використовує для службових і власних потреб, то тут вже слід говорити про відповідне благо, отримване працівником. Питання лише в тому, чи може такий менеджер використовувати автомобіль для власних потреб, якою цілком може бути потреба доїхати з дому до офісу та з офісу додому. У такому разі менеджер піцерії 1) може використовувати автомобіль для задоволення своєї особистої потреби; 2) такий автомобіль, як об'єкт матеріального світу, може бути використаний для задоволення такої потреби; 3) такий працівник знає про наявність у нього повноважень задовольнити вказану потребу; 4) і він може фактично та юридично це зробити.

Зрозуміло, що в даному випадку (використання у власних цілях) автомобіль не є знаряддям праці менеджера, забезпечення автомобілем менеджера не є виробничою необхідністю, проте таке забезпечення автомобілем є тією перевагою, яка вмотивовує менеджера прийняти пропозицію укласти трудовий договір з власниками саме цієї піцерії.

Якщо працівник отримує лопату для того, щоб виконати свій трудовий обов'язок – викопати траншею, то він отримує знаряддя праці. Навіть якщо працівник отримує від роботодавця грошові кошти для того, щоб придбати лопату, яка стане власністю роботодавця та використовуватиметься працівником для виконання ним трудового обов'язку, то такі грошові кошти не матимуть ознак блага чи засобу його набуття, оскільки ніякої особистої потреби працівника вони не задовольняють, а така лопата для цього працівника споживчої цінності собою не являє.

Якщо за підсумками місяця як премія найкращому працівникові надається подарунок – нова вдосконалена лопата, виготовлена із чистого золота, то вона вже виконує функцію блага, яке мотивує працівника до більшої віддачі при виконанні ним трудових обов'язків, оскільки задовольняє певні потреби працівника. Для задоволення цих потреб (матеріальних чи духовних) працівник приймає умови праці у більш ефективному для роботодавця режимі.

Харчування для працівника є благом, оскільки має для нього відповідну

цінність і задовольняє його фізіологічну потребу у відновленні фізичної сили, до того ж звільняє його від необхідності витратити власні грошові кошти для самостійного придбання продуктів харчування. Між обідом і задоволенням потреб працівника існує прямий причинний зв'язок, працівник існування такого причинного зв'язку усвідомлює і має можливість (повноваження) вжити продукти, надані йому роботодавцем. Що ж до можливості персоніфікувати (яку іноді застосовує ДФСУ) витрати на таке харчування, то вона не може бути тим критерієм, який позбавляє таке харчування статусу блага. Можливість чи неможливість персоніфікації – це суто облікове питання, вирішення якого залежить від того, яку облікову політику має підприємство, та як воно її дотримується.

Що ж, наприклад, до перевезення працівників, які працюють вахтовим методом, то тут слід виходити з того, що благом воно є лише в тому випадку, коли у працівника є альтернатива добратися до місця роботи громадським транспортом. Якщо такої можливості немає, то вважати таке перевезення благом (додатковим благом) немає підстав, хоча би тому, що в цьому разі йдеться про задоволення потреб не працівника, а роботодавця. Працівник при цьому не отримує благо, яким може розпоряджатися та задовольняти власну потребу. Таке перевезення є необхідним для виконання працівником трудових обов'язків. Так само як і лопата, якою працівник має копати траншею.

Благо як об'єкт оподаткування податком на доходи фізичних осіб. Поняття «додаткове благо» можна віднести також до бухгалтерсько-податкового сленгу, оскільки вживають (досить часто) його для позначення нібито всім відомої та всім зрозумілої категорії. ДФС додатковим благом називає харчування в одних випадках і не визнає «додатковим благом» – в інших. Так, в ПК від 22.03.2017 р. № 5683/6/99-99-13-02-03-15 ДФСУ дійшла висновку: *«якщо роботодавцем організовується для працівників безкоштовне харчування за принципом «шведського столу», коли неможливо визначити кількість спожитих продуктів кожною окремою особою, тобто отриманий дохід у вигляді додаткового блага не може бути персоніфікований, то вартість такого*

харчування не може розглядатися як об'єкт оподаткування та база нарахування єдиного внеску» [12]. А от в ПК від 19.10.2017 р. № 2300/6/99-99-13-02-03-15/ПК ДФС дійшла вже протилежного висновку: «враховуючи те, що дохід у вигляді вартості безоплатного харчування за принципом «шведського столу» не зазначено у вказаному переліку, такий дохід оподатковується у відповідності до пп. «б» пп. 164.2.17 п. 164.2 ст. 164 ПКУ як додаткове благо на загальних підставах» [13].

Різниця між тлумаченням безоплатного харчування для працівників як додаткового блага, на думку ДФС, полягає в наявності можливості персоніфікувати його вартість: якщо така можливість існує, то таке харчування є додатковим благом, а якщо такої можливості немає, то й додаткового блага немає. Досить сумнівний критерій застосовує у цьому разі ДФС. Адже персоніфікація – це лише один із багатьох способів визначення вартості отриманого працівником блага. Неможливість персоніфікувати унеможливорює визначення бази оподаткування, проте не усуває існування самого об'єкта. Слід нагадати, що об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку (ст. 22 ПКУ). При цьому базою оподаткування визнаються конкретні вартісні, фізичні або інші характеристики певного об'єкта оподаткування (ст. 23 ПКУ).

Отже, віднесення того чи іншого блага до додаткового та його оподаткування є тим наріжним каменем, через який спотикаються як працівники ДФС, так і платники податків. Щоб припинити таке спотикання необхідно чітко встановити, що ж таке благо, чиє воно, коли воно стає «додатковим благом», коли його треба оподатковувати ПДФО та ВЗ.

Підпунктом 14.1.47 ст. 14 ПКУ передбачено, що додаткові блага – це кошти, матеріальні чи нематеріальні цінності, послуги, інші види доходу, що виплачуються (надаються) платнику податку податковим агентом, якщо такий

дохід не є заробітною платою та не пов'язаний з виконанням *обов'язків трудового найму або не є винагородою за цивільно-правовими договорами (угодами), укладеними з таким платником податку* [6].

Отже, ПКУ додатковими благами по суті називає об'єкти цивільних правовідносин, а саме:

- кошти;
- матеріальні чи нематеріальні цінності;
- послуги;
- інші види *доходу*.

Нагадаємо, що *дохід* визнається під час збільшення активу або зменшення зобов'язання, що зумовлює зростання власного капіталу (за винятком зростання капіталу за рахунок внесків учасників підприємства), за умови, що оцінка доходу може бути достовірно визначена (п. 5 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 15 «Дохід», затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 29.11.1999 р. № 290, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 14 грудня 1999 р. за № 860/4153) [14]. Для фізичної особи в сенсі такого визначення доходом є все те, що вона отримує в тому чи іншому вигляді без будь-якого зустрічного обов'язку (оплати, виконання роботи). Причому отримує не у володіння, а у власність, тобто набуває права розпоряджатися тим, що отримала. Наприклад, якщо фізична особа отримує кошти як зарплату, то вона має право ними розпоряджатися на власний розсуд, і такі кошти є її доходом. Якщо ж ці кошти отримані нею «під звіт», для придбання якихось ТМЦ для підприємства, то вони вже не є її доходом, оскільки розпоряджатися коштами така особа не вправі та й повинна підприємству повернути гроші, або звіт про їх витрачання в інтересах підприємства.

Віднесення того чи іншого доходу до додаткового блага визначається методом виключення: позначається те, чим такий дохід не повинен бути. Іншими словами, будь-яка оплата роботи чи послуг фізичної особи, яка прямо пов'язана з такими послугами чи роботою, позбавляє таку оплату лише статусу

додаткового блага, а не статусу блага взагалі. Додаткове благо тому й є таким, що отримується додатково до того блага, яке набувається за підставами, що виключені з наведеного вище переліку благ і є, за цією логікою, основними – заробітна плата, винагорода за цивільно-правовими договорами.

Окрім того, пп. 164.2.17 ст. 164 ПКУ [6] містить перелік доходів, отриманих платником податку як додаткове благо. Це доходи у вигляді:

- вартості використання житла, інших об'єктів матеріального або нематеріального майна, що належать роботодавцю, наданих платнику податку в безоплатне користування, або компенсації вартості такого використання;
- вартості майна та харчування, безоплатно отриманого платником податку;
- вартості послуг домашнього обслуговуючого персоналу, безоплатно отриманих платником податку, включаючи працю підпорядкованих осіб, а також осіб, що перебувають на військовій службі чи є заарештованими або ув'язненими;
- суми грошового або майнового відшкодування будь-яких витрат або втрат платника податку, крім тих, що обов'язково відшкодовуються згідно із законом за рахунок бюджету або звільнюються від оподаткування згідно з цим розділом;
- суми безповоротної фінансової допомоги (крім суми процентів умовно нарахованих на таку допомогу);
- основної суми боргу (кредиту) платника податку, прощеного (анульованого) кредитором за його самостійним рішенням, не пов'язаним з процедурою банкрутства, до закінчення строку позовної давності, та ін.

При цьому критеріями виключення доходу з додаткового блага (відповідно й критеріями віднесення його до додаткового блага у протилежному разі) з точки зору ПКУ є також:

- одержання доходів у формі та розмірах, що підлягають включенню роботодавцем до собівартості реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг;

– одержання коштів, вартості послуг, проживання, проїзду, харчування, спортивного одягу, аксесуарів, взуття та інвентарю, колясок для інвалідів, у тому числі таких, що призначені для участі інвалідів в фізкультурно-реабілітаційних та спортивних заходах, лікарських та медико-відновлюваних засобів та інших доходів, наданих (виплачених) платнику податку – учаснику спортивних (крім професійного спорту), фізкультурно-оздоровчих заходів, заходів з фізкультурно-оздоровчої діяльності та фізкультурно-спортивної реабілітації, що фінансуються з бюджету та/або бюджетними організаціями, іншими неприбутковими організаціями, внесеними до Реєстру неприбуткових організацій та установ на дату надання таких коштів;

– сплачена суб'єктом кінематографії вартість товарів та послуг, а саме проїзду, проживання, харчування, охорони, страхування, медичного обслуговування, тренування, навчання, що пов'язані з участю такого платника податку у виробництві аудіовізуальних творів, що виробляються (створюються) суб'єктами кінематографії України, якщо це передбачено умовами договору з такими платниками податку та/або режисерським сценарієм аудіовізуального твору.

З наведеного вище переліку критеріїв відмежування додаткового блага (блага взагалі) від того, що благом для працівника не є, можна виділити дві основні їх групи: загальні та особливі.

До загальних критеріїв слід віднести такий критерій, як можливість включення роботодавцем певних витрат до собівартості реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг. Якщо те чи інше «благо», отримане працівником, включається до неї, то воно не є ані додатковим благом для працівника, ані благом взагалі. Очевидно, що включатися до собівартості такі «блага» мають безпосередньо, а не опосередковано через фонд оплати праці. В останньому разі, до собівартості включатиметься вже не отримане працівником благо, а його вартість, що стала складовою фонду оплати праці.

До особливих критеріїв слід віднести такі, що за своєю суттю цілком підпадають під ознаки додаткового блага, проте для них законодавець

встановив «усвідомлене» виключення із загального обсягу благ, отримуваних фізичною особою. Це перелік коштів, речей матеріального світу, отримуваних фізичними особами від визначеного кола осіб (бюджетні організації, інші неприбуткові організації, внесені до Реєстру неприбуткових організацій та установ на дату надання таких коштів), та на визначені цілі (проживання, проїзд, харчування, спортивний одяг, аксесуари, взуття та інвентар, коляски для інвалідів, у тому числі такі, що призначені для участі інвалідів у фізкультурно-реабілітаційних та спортивних заходах, лікарських та медико-відновлюваних засобів та ін.).

Стаття 165 ПКУ містить перелік доходів, які не включаються до розрахунку загального місячного (річного) оподатковуваного доходу, проте/хоча й називає їх доходами. Тому стосовно цього переліку коректним буде сказати, що вони є благами, отримуваними фізичними особами. Проте, такі блага не збільшують базу оподаткування податком на доходи фізичних осіб – таке собі штучне виключення благ із сукупності доходів фізичної особи, які є оподатковуваними благами.

Таким чином, питання віднесення чи ні певних коштів, предметів, речей до додаткових благ є необхідним для їх розмежування, оскільки від цього залежить включення чи не включення їх до об'єкта оподаткування податком на доходи, а отже й для правильного визначення бази оподаткування.

Висновки. Таким чином, для того, щоб будь-яка річ, послуга чи робота, отримані працівником, набули статусу блага взагалі й додаткового блага зокрема, слід дослідити їх з точки зору, чи задовольняють вони особисті потреби працівника, мотивують його до вчинення дій, які приведуть до такого задоволення; чи мають вони властивості, що роблять їх придатними бути поставленими у причинний зв'язок із задоволенням вказаної потреби; чи знає та усвідомлює працівник існування зазначеного причинного зв'язку; та чи має він можливість розпоряджатися предметом таким чином, щоб дійсно вживати його для задоволення потреби. Тобто цей предмет, робота чи послуги повинні не просто мати певну цінність/вартість, вони повинні мати споживчу вартість

для такого працівника.

Наявність саме цих умов і перетворює все отримане працівником на благо чи додаткове благо, а відсутність – усуває перетворення отриманого на об'єкт оподаткування податком на доходи фізичних осіб та військовим збором. Підпункт «б» п. 164.2.17 ст. 164 ПКУ слід доповнити таким абзацом: *«Додатково до винятків, передбачених підпунктом «а» цього підпункту, невраховуються додатковим благом платника податку майно, речі, товари, роботи, послуги, які не задовольняють особисті матеріальні та/або духовні потреби працівника, незалежно від усвідомлення працівником відсутності такої можливості задовольнити зазначені потреби».*

Включення такого абзацу привело би до гармонізації податкового та цивільного [15] і трудового законодавства [10], що в результаті усунуло б підстави виникнення конфліктів між платниками податків та контролюючими органами з приводу тлумачення того чи іншого об'єкта правовідносин як блага, отриманого працівником та, відповідно, оподаткованого податком на доходи фізичних осіб і військовим збором.

Список літератури:

1. Спасибо-Фатеева И. В., Крат В. И., Печень О. П. и др. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2015. 720 с.
2. Вакулина Г. А. О понятии объекта гражданского правоотношения. *Современные наукоемкие технологии*. 2009. № 4. С. 58–59.
3. Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. 1. / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 295.
4. Спасибо-Фатеева И. В. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Харків: Страйд, 2010. С. 12.
5. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т. 4 / за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків: Страйд, 2010. С. 11.
6. Податковий кодекс України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 04.03.2018).
7. Менгер К. Основания политической экономии. *Австрийская школа в политической экономии* / К. Менгер, Е. Бём-Баверк, Ф. Визер: пер. с нем. Москва: Экономика, 1992. С. 39–75.
8. Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 1998. Ч. 1. С. 205.
9. Мартышин О. В. Проблема ценностей в теории государства и права. *Государство и*

право. 2004. № 10. С. 5.

10. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. Редакція від 20.01.2018 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/322-08> (дата звернення: 04.03.2018).

11. Про оплату праці: Закон України від 24.03.1995 № 108/95-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 04.03.2018).

12. Індивідуальна податкова консультація від 22.03.2017 р. № 5683/6/99-99-13-02-03-15. URL: <http://www.visnuk.com.ua/ru/news/id/3070> (дата звернення: 04.03.2018).

13. Індивідуальна податкова консультація від 19.10.2017 р. № 2300/6/99-99-13-02-03-15/ПК. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/PK676.html (дата звернення: 04.03.2018).

14. Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 15 «Дохід», затверджене наказом Міністерства фінансів України від 29.11.1999 р. № 290, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 14.12.1999 р. за № 860/4153. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0860-99> (дата звернення: 04.03.2018).

15. Цивільний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 04.03.2018).

References:

1. Spasibo-Fateeva, I.V., Krat, V.I., Pechenyj, O.P. i dr. Khar'kovskaja civilisticheskaja shkola: ob'ekty grazhdanskih prav. I.V. Spasibo-Fateeva. (Ed.). (2015). Kharkiv: Pravo [in Russian].

2. Vakulina, G.A. (2009). O ponjatii ob'ekta grazhdanskogo pravootnosheniya. *Sovremennye naukoemkie tehnologii*, 4, 58–59 [in Russian].

3. Grazhdanskoe pravo. E.A. Suhanov (Ed.). (1998). (Vols. 1–4); Vol. 1. Moscow: BEK, S. 295 [in Russian].

4. Spasybo-Fatieieva, I.V. (2010). Tsyvilnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar. Vol. 4. Kharkiv: Straid, 12 [in Ukrainian].

5. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar. Vol. 4. I.V. Spasybo-Fatieieva. (Ed.). (2010). Kharkiv: Straid, 11 [in Ukrainian].

6. Podatkovyi kodeks Ukrainy. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

7. Menger, K. (1992). Osnovaniya politicheskoy jekonomii. *Avstrijskaja shkola v politicheskoy jekonomii*. K. Menger, E. Bjom-Baverk, F. Vizer. (Eds.). Moscow: Jekonomika, 39–75 [in Russian].

8. Grazhdanskoe pravo. A.P. Sergeev, Ju.K. Tolstogoy. (Eds.). (1998). Ch. 1. Moscow: Prospekt, 205 [in Russian].

9. Martyshin, O.V. (2004). Problema cennostej v teorii gosudarstva i prava. *Gosudarstvo i pravo*, 10, 5 [in Russian].

10. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy vid 10.12.1971 r. № 322-VIII. Redaktsiia vid 20.01.2018 r. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.

11. Pro oplatu pratsi: Zakon Ukrainy vid 24.03.1995 № 108/95-VR. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80>.

12. Indyvidualna podatkovya konsultatsiia vid 22.03.2017 r. № 5683/6/99-99-13-02-03-15. URL: <http://www.visnuk.com.ua/ru/news/id/3070>.

13. Indyvidualna podatkovya konsultatsiia vid 19.10.2017 r. № 2300/6/99-99-13-02-03-15/IPK. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/PK676.html.

14. Polozhennia (standart) bukhhalterskoho obliku 15 «Dokhid», zatverdzhene nakazom Ministerstva finansiv Ukrainy vid 29.11.1999 r. № 290, zareiestrovanyim v Ministerstvi yustytсии Ukrainy 14.12.1999 r. za № 860/4153. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0860-99>.

15. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

Ефимов А. Н. Материальное благо в гражданском праве и налоговом законодательстве.

Статья посвящена исследованию блага как объекта гражданских, трудовых и налоговых правоотношений. Определены условия отнесения объекта указанных отношений к категории «благо», позволяющие выявить благо как объект налогообложения налогом на доходы физических лиц. Предложено дополнить Налоговый кодекс Украины нормой, направленной на гармонизацию гражданского, трудового и налогового законодательства.

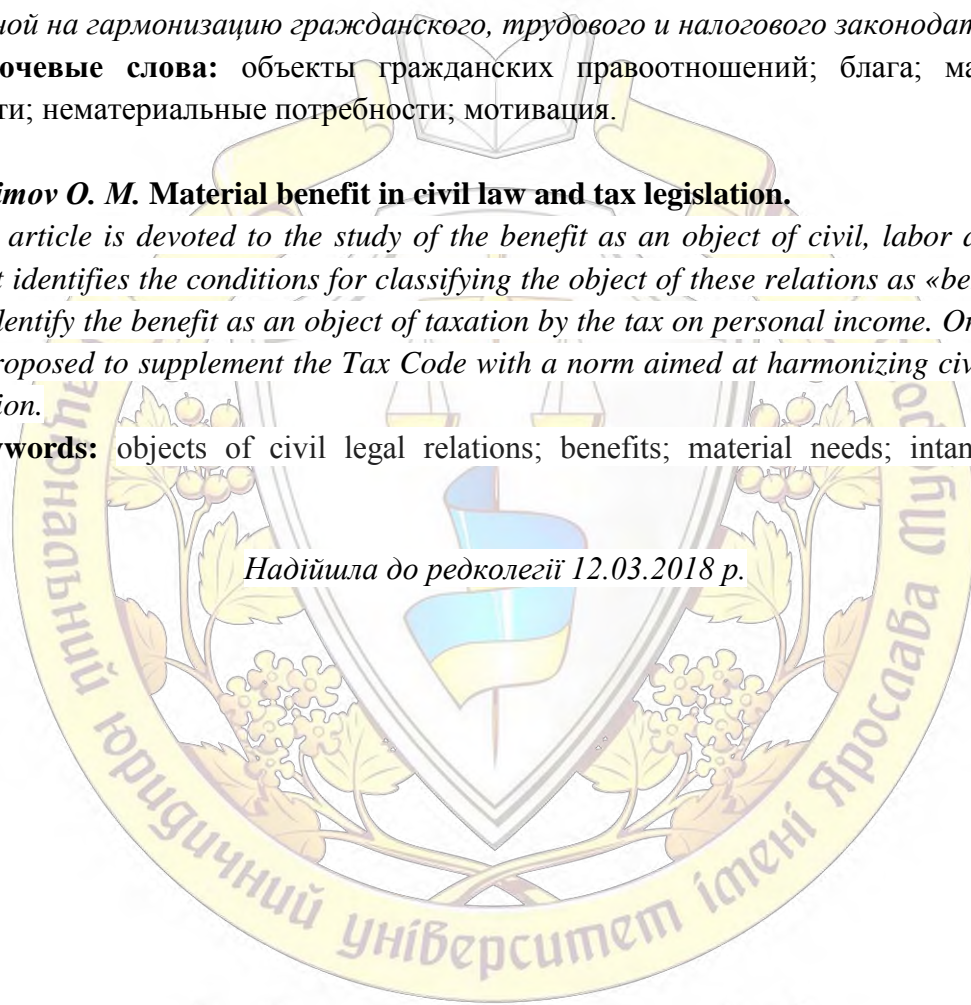
Ключевые слова: объекты гражданских правоотношений; блага; материальные потребности; нематериальные потребности; мотивация.

Yefimov O. M. Material benefit in civil law and tax legislation.

The article is devoted to the study of the benefit as an object of civil, labor and tax legal relations. It identifies the conditions for classifying the object of these relations as «benefit», which allows to identify the benefit as an object of taxation by the tax on personal income. On the basis of this, it is proposed to supplement the Tax Code with a norm aimed at harmonizing civil, labor and tax legislation.

Keywords: objects of civil legal relations; benefits; material needs; intangible needs; motivation.

Надійшла до редколегії 12.03.2018 р.





ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

Довгуша Микола Петрович,

здобувач кафедри цивільного права,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка,

Україна, м. Київ

e-mail: dovgushamikola@ukr.net

ORCID 0000-0001-9994-7357

Розглянуто загальну характеристику договору транспортного експедирування. Незважаючи на його законодавче визнання, а також існування чисельних наукових праць, присвячених дослідженню цього зобов'язання, проблеми із застосуванням, реалізацією та регулюванням цієї юридичної конструкції все ж таки існують. Зроблено висновок про те, що особливістю договору транспортного експедирування є можливість експедитора надавати послуги як фактичного (технічного) характеру, так і юридичного.

Ключові слова: договір транспортного експедирування; транспортно-експедиторська діяльність; договір про надання послуг; предмет договору; транспорт; логістика.

Актуальність проблеми. В сучасних умовах проблема правового регулювання договору транспортного експедирування в Україні набуває все більшої актуальності попри те, що він є доволі дослідженим з наукової точки зору, що обумовлюється декількома факторами, одним з яких є вдале географічне положення нашої країни та її розміри. Завдяки існуванню такого зобов'язання, як договір транспортного експедирування, суб'єкти господарювання та суб'єкти цивільно-правових відносин звільняються від зайвих проблем, пов'язаних із перевезенням вантажу.

Договір транспортного експедирування є найбільш вдалою юридичною конструкцією, завдяки якій здійснюється найбільш ефективно перевезення вантажу не тільки з точки зору клієнта – суб'єкта господарювання або учасника цивільно-правових відносин, але й з точки зору виконавця – експедитора. Адже цей правочин дозволяє оптимізувати їхні затрати – як фінансові, так і трудові.

Але впродовж тривалого часу цей договір не знаходив свого законодавчого закріплення, що пояснюється його складною природою. Але з 2004 р., з часу

прийняття Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), відбулось офіційне законодавче «визнання» існування договору транспортного експедирування. Так, гл. 65 ЦК України містить 7 статей, присвячених його регулюванню. У них встановлюються поняття договору транспортного експедирування, а також вимоги до його форми та укладенню. Господарський кодекс України (далі – ГК України), що регулює відносини між суб'єктами господарювання, містить лише одну статтю – 316, присвячену регулюванню договору транспортного експедирування.

1 липня 2004 р. набув чинності спеціальний нормативно-правовий акт, що регулює діяльність у сфері транспортного експедирування – Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність» (далі – Закон). У ньому встановлюється порядок здійснення транспортно-експедиторської діяльності. Частина 1 ст. 8 та п. 2 ст. 16 Закону ввели у систему правовідносин експедитора та вантажовласника поняття «правила транспортно-експедиторської діяльності». Але ці правила повинні були бути затвердженими Урядом України. Дотепер цього не відбулося.

Незважаючи на досить велику кількість наукових праць, присвячених договорам про надання послуг взагалі та договору транспортного експедирування зокрема, серед науковців не існує єдиної думки щодо визначення правової природи договору транспортного експедирування.

Правове положення транспортної експедиції закріплено у гл. 65 ЦК України та Законі, що свідчить про самостійність цього договору [9, с. 43; 15, с. 28; 2, с. 237–243]. Але в ГК України договору транспортного експедирування присвячено лише ст. 316, що міститься у гл. 32 «Правове регулювання перевезень вантажів», а це свідчить не про самостійність, а про допоміжну роль договору транспортного експедирування до договорів перевезення. Як допоміжний договір транспортну експедицію розглядали В. В. Луць [34, с. 221–224; 35, с. 276] та Ю. В. Романець [28, с. 438–439].

На нашу думку, аналіз правової природи договору транспортної експедиції та договору перевезення вантажів дозволить уникнути проблем при

захисті порушених, оспорюваних, невизнаних прав або охоронюваних законом інтересів у суді.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню договору транспортного експедирування присвячені свої праці І. А. Діковська [7], Н. С. Золотникова [9], В. В. Луць [34; 35], О. С. Кужко [15] та ін. Але наразі залишаються невіршеними низка питань щодо співвідношення договору транспортного експедирування, його сутності й місця в системі договірних зобов'язань, співвідношення з іншими договорами про надання послуг та співвідношення з договором перевезення вантажу.

Метою статті є аналіз загальної характеристики договору транспортного експедирування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 929 ЦК України за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу. Таке ж визначення договору транспортного експедирування надається і в ст. 316 ГК України.

Договір, що досліджується, за своєю юридичною природою відноситься до договорів про надання послуг. Отже, об'єктом цивільних правовідносин, що виникають при укладенні договору транспортної експедиції, є такі блага, як послуги.

Послуга розглядається як з економічної, так і з юридичної точок зору, які є взаємопов'язаними й впливають одна на одну. Адже при створенні економічних моделей, що мають працювати на сучасному не тільки національному, але й світовому ринках (а договір транспортного експедирування досить часто укладається за участі іноземного суб'єкта господарювання), виникає необхідність правильного їх закріплення на законодавчому рівні.

Отже, на сьогодні в економіці склалися декілька підходів для трактування категорії «послуги»:

– прихильники процесуального підходу розглядають її як діяльність:

а) що націлена на річ і/або на людину [17, с. 34]; б) націлена на задоволення потреби шляхом надання (виробництва) відповідних цій потребі благ матеріального і нематеріального характеру [10, с. 4]; в) яку можна запропонувати клієнту для безпосереднього споживання [6, с. 163]; г) яку одна сторона може запропонувати іншій [21, с. 748]; д) для досягнення певної мети [33, с. 25]; є) що приносить благо (користь, допомогу) іншому [20, с. 826]; ж) форму якої приймає благо [31, с. 34];

– представники змістовного підходу відстоюють точку зору, відповідно до якої послугою є власне результат діяльності, наприклад: результат одноразової діяльності, що здійснюється виробниками на замовлення споживачів і яка зазвичай приводить до зміни стану одиниць, що споживають ці послуги [16, с. 655]; результати економічної діяльності, які не набувають матеріально-речової форми і задовольняють певні потреби – особисті, колективні, суспільні [11, с. 24].

На нашу думку, обидва ці підходи не можуть бути застосованими до досліджуваного нами договору та тих послуг, що відповідно до нього надаються. Адже якщо розглядати транспортно-експедиційні послуги лише з точки зору діяльнісного підходу, то експедитор не зможе надавати клієнтові послуги юридичного характеру, наприклад, з оформлення митних документів на вантаж. Якщо розглядати транспортно-експедиційні послуги з точки зору змістового підходу, то в такому випадку результат цієї діяльності не повинен мати матеріального результату, тобто за цим договором буде неможливим переміщення вантажу з пункту А в пункт Б.

Л. В. Саннікова та О. М. Щуковська визначають послугу як вид блага, що слугує засобом задоволення потреб за рахунок здійснення діяльності (шляхом вчинення дій) одним суб'єктом, у корисних якостях якої й міститься суб'єктивний інтерес іншого суб'єкта і на яку в останнього виникає право вимоги [29; 37, с. 22]. Ю. Коваленко, підсумовуючи розгляд послуги через призму економіки, доходить висновку, що як економічна категорія послуга – це

економічне благо, під яким можна розуміти саму діяльність, що націлена на задоволення індивідуальної потреби, або результат, що задовольняє індивідуальну потребу або діалектичну єдність діяльності та результату, який досягається у ході цієї діяльності. У сучасному ринковому обміні все частіше йдеться про купівлю-продаж не окремого блага, а комплексу благ. Споживачу пропонуються сукупності споживчих благ, що пов'язані між собою функціонально та символічно, у результаті чого відбувається інтеграція системи потреб у систему послуг [14, с. 40].

Законодавець України також розглядає послуги як блага. Відповідно до ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, в тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. С. О. Сліпченко у своєму монографічному дослідженні особистих немайнових правовідносин щодо оборотоздатних об'єктів розглянув зазначену норму в такому вигляді: «Об'єктами цивільних прав є такі матеріальні та нематеріальні блага, як речі, у тому числі ... результати робіт, послуги...» [30, с. 72]. І він дійшов обґрунтованого висновку, що категорія «матеріальні та нематеріальні блага» є узагальнюючою стосовно речей, грошей, робіт, послуг та інших об'єктів [30, с. 72].

Отже, під послугою розуміють певне благо, що досягається в результаті здійснення дії (діяльності) і має властивості товару. Це благо, яке має отримати кредитор у результаті вчинення боржником передбачених договором дій, є метою вступу у правовідношення його суб'єктів. За своєю юридичною природою послуги задовольняють потреби суб'єкта правовідношення опосередковано, через поведінку його учасників. Випадок отримання як результату зобов'язання уречевленого, матеріального результату зближає послугу з підрядом. Але послуга і підряд – це два різні об'єкти цивільного правовідношення. Уречевлений результат може виражатися в створенні нової речі, а також у здійсненні яких-небудь операцій з існуючими речами. Коли матеріальний результат виражається у створенні нової речі, об'єктом правового

відношення виступає саме дана річ. Поняття результату конкретизується настільки, що об'єкт економічних відносин – послуга у правовідносинах трансформується в об'єкт-річ і саме річ як кінцевий результат задовольняє інтерес споживача [1, с. 23]. Матеріальні послуги характеризуються тим, що їхній результат завжди може бути гарантований особою – виконавцем послуги [5, с. 542]. Але з правової точки зору результат послуги не є об'єктом цивільних прав, а в економічному сенсі він є невіддільним від самої послуги й окремо від неї не існує, тому термін «послуга» вживається для позначення як процесу створення продукту, так і самого продукту, який бере участь в обороті. Послуга, як якесь благо, товар, що бере участь в обміні, охоплює і сам процес створення продукту, і його результат [12, с. 9].

А. А. Телестакова також вважає, що, якщо юридичне значення у послугі полягає саме у вчиненні дії або здійсненні діяльності, то у роботі – крім здійснення цілеспрямованої діяльності, обов'язково має бути певний результат, який і підлягає передачі контрагенту [32, с. 72]. О. В. Голіна доходить висновку, що з правової точки зору немає підстав для ототожнення послуг і робіт. Відносини підрядного типу, тобто ті, що пов'язані з виконанням робіт, завжди спрямовані на створення економічного результату, відокремленого від процесу роботи та вираженого в матеріальній формі. Згідно з ч. 2 ст. 837 ЦК України договір підряду може укладатися на виготовлення, оброблення, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. У договорі про надання послуг (ч. 1 ст. 901 ЦК України) посилення на результат відсутнє, його предметом вважається саме діяльність, благо, яке не має матеріального змісту, але має економічну цінність і корисний ефект для замовника та є невіддільним від діяльності. На відміну від результатів робіт, послуга є неподільним об'єктом, що свідчить про неможливість виконання договору про її надання послуги частинами. Крім того, на відміну від процесу надання послуги, процес виконання підрядних робіт, як правило, триває під поточним контролем замовника, що зумовлює ступінь «самостійності» зобов'язаної за договором сторони та впливає на

порядок завершення процесів з надання послуг, виконання робіт. Під час надання послуг замовник у разі потреби може наводити виконавцеві рекомендації для забезпечення належного надання послуги. Проте обов'язок їх урахування виконавцем послуг є другорядним залежно від сутності й виду послуг [3, с. 87]. О. В. Кім називає ще одну відмінність послуги від роботи: оскільки результат послуги, навіть будучи матеріальним, залишається начебто складовою послуги як результат праці і вартість, окремого акта здачі-прийняття не вимагається [13, с. 42].

Дійсно, ЦК України, а саме гл. 63, яка присвячена договорам про надання послуг, не вимагає обов'язкового оформлення акта на підтвердження надання послуг. Хоча на практиці досить часто виникає потреба у складенні відповідного акта про надання послуг (особливо це стосується досліджуваного нами договору), який підтверджує факт надання послуги та прийняття її замовником.

Загалом це можна назвати однією з істотних умов договору, яка, хоча й не визначена законом як така, істотними є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦК України). На практиці сторони домовляються, що такий акт складається у двох примірниках і підписується обома сторонами (виконавцем і замовником).

Затвердженої форми акта наданих послуг немає, як немає й порядку його оформлення. Водночас згідно з Класифікатором видів економічної діяльності транспортно-експедиційні послуги (код 52.29) розглядаються як допоміжна діяльність у галузі транспорту. Економічні та правові основи діяльності у сфері зовнішньоекономічної діяльності, в тому числі й транспортно-експедиційної, регламентовані Законом. У п. 39 ч. 1 ст. 1 Закону встановлюється, що транзит товарів – це переміщення товарів, вироблених за межами України, через територію України без будь-якого використання цих товарів на зазначеній території. У п. 3 ч. 1 ст. 4 Закону встановлено, що до видів

зовнішньоекономічної діяльності, яку здійснюють в Україні суб'єкти цієї діяльності, належать, в тому числі, надання транспортно-експедиційних послуг.

Як зазначає О. Малишкін, для надання акту сили первинного документа його зміст має відповідати вимогам, наведеним у ст. 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» та п. 2.2 Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку. Податкові органи в актах перевірок часто звертають увагу на зміст акта наданих послуг, який має містити інформацію щодо змісту та обсягу господарської операції (деталізація отриманих послуг, загальна вартість), одиницю виміру господарської операції (гривня тощо). Такі документи, як правило, не викликають претензій з боку перевіряльників [18].

Крім того, в 1998 р. Міжнародна федерація експедиторських асоціацій (ФІАТА) – International Federation of Freight Forwarders Associations (FIATA) надіслала до національних асоціацій експедиторів макет проекту закону «Modelle FIATA» (Типові правила транспортно-експедиторської діяльності). Цими правилами регулюється порядок транспортно-експедиторської діяльності, основні моменти укладення транспортно-експедиторського договору, права та обов'язки сторін, відповідальність, вони містять перелік та опис експедиторських документів міжнародного примірника. Такими документами, зокрема, є мультимодальний коносамент, доручення експедитору, експедиторська розписка та складська розписка.

Основні функції документів ФІАТА полягають у тому, що вони: є гарантією надійності експедиторської фірми і високої якості наданих нею послуг; більш чітко регулюють процес транспортування вантажів на всіх його етапах і в цілому, тобто певною мірою доповнюють договір транспортного експедирування; є умовою здійснення прискорених фінансових розрахунків між покупцем і продавцем, в тому числі шляхом використання документарного акредитива [8].

Мультимодальний коносамент ФІАТА FBL – це оборотний документ експедитора, що бере на себе обов'язки та відповідальність перевізника. FBL є

одним із найбільш часто використовуваних комбінованих транспортних документів у світі, який експедитор видає як перевізник і при цьому бере на себе відповідальність за всю транспортну операцію від місця отримання вантажу до місця призначення.

Видача FBL означає:

- 1) експедитор бере на себе відповідальність за товари і отримує ексклюзивне право розпоряджатися ними;
- 2) товари зовні видаються в хорошому стані;
- 3) деталі документів відповідають отриманим інструкціям;
- 4) транспортна страховка обговорена з вантажовідправником;
- 5) чітко обумовлена кількість виданих оригіналів.

Як транспортний документ FBL констатує, що товари передано перевізнику, і свідчить, що договір перевезення між перевізником і вантажовідправником укладено і товари будуть передані вантажоодержувачу або власнику FBL проти представлення цього документа. FBL обов'язково повинен мати логотип FIATA [24; 19, с. 324; 15, с. 24].

Доручення експедитору ФІАТА (FIATA Forwarding Instructions, FFI) – форма інструкцій з експедирування, що слугує для полегшення складання та видачі вантажовласником експедитору повного й чіткого замовлення на транспортно-експедиторські послуги. У FFI вказується та міститься інформація, що використовується експедитором при оформленні будь-яких транспортно-експедиторських операцій. Наприклад, умови купівлі-продажу, виплати, страхування, документарного акредитиву, характеристики вантажу, країна походження, інструкція поводження з вантажем (у випадку перевезення небезпечних, негабаритних вантажів). Якщо експедитор не використовує FFI, він повинен збирати цю інформацію з інших документів. FFI заповнюється та засвідчується клієнтом експедитора, передається експедитору разом з іншими документами, такими як митна декларація, сертифікат про походження вантажу, комерційні рахунки-фактури, транспортні документи тощо. Вона може бути підставою для оформлення договору транспортного експедирування. Типова

форма FFI являє собою важливий документ, що дозволяє підняти рівень професійних стандартів в експедиторській галузі. Крім цього, вона сприяє спрощенню та уніфікації торговельно-комерційних документів, що передбачені рекомендаціями UNTAD (Конференцією по торгівлі та розвитку ООН) [24; 22, с. 24–25; 15, с. 24–25].

Експедиторська розписка (FIATA Forwarders Certificate of Receipt, FIATA FCR) – документ експедитора, який виступає як агент. Це розписка експедитора про приймання вантажу. Експедитор, який видає FCR, засвідчує, що він прийняв товар і право розпорядження товару надалі належить виключно йому. Продавець отримує FCR як підтвердження того, що він виконав свої обов'язки щодо продажу. З моменту видачі FCR продавець лишається права розпорядження вантажем, про що свідчить відповідний пункт FCR, згідно з яким інструкція з експедирування може бути змінена чи скасована тільки за умови повернення експедитору оригіналу FCR. Приймаючи від експедитора FCR, продавець підтверджує це.

Для сплати вантажу покупець повинен бути впевненим, що вантаж перебуває поза контролем продавця. Гарантією такою впевненості є FCR, який підтверджує, що з цього моменту експедитор бере на себе відповідальність за вантаж і має ексклюзивне право ним розпоряджатися. Крім цього, при видачі FCR експедитор гарантує, що вантаж буде збережений у належному стані (тобто його стан не погіршиться до моменту отримання), всі деталі документа повністю відповідають отриманим інструкціям та товаросупровідні документи, що видав перевізник, відповідають FCR і зобов'язанням, прийнятим експедитором відповідно до FCR.

Головне правило видачі FCR: цей документ видається тільки за умови безвідкличності інструкцій вантажовідправника, після його видачі вантажовідправник втрачає всі права на розпорядження вантажем, а експедитор не може приймати від нього будь-яких додаткових вказівок, розпоряджень чи будь-яким іншим чином залежати від вантажовідправника [24; 15, с. 25–26].

Складська розписка (FIATA Warehouse Receipt, FWR) включає

інформацію не лише про товар (вантаж) і його власника (depositor), але й про фактичного постачальника товару (supplier), держателя складу (warehouse keeper), найменування складу, а також відомості про транспортний засіб, на якому товар було доставлено на склад, про страхування товару [24; 15, с. 26].

Висновок. Договір транспортного експедирування відноситься законодавцем до договорів з надання послуг і відповідає майже всім його ознакам. Але він завжди матиме й елементи підрядного договору, і залежно від виду укладеного договору він поєднуватиме в собі комбінації умов юридичного й фактичного характеру, що можуть надаватися клієнтові експедитором. Адже особливістю договору, що досліджується, є можливість експедитора здійснювати дії як фактичного (технічного), так і юридичного характеру, що будуть підтверджуватись відповідними документами.

Список літератури:

1. Барінов Н. А. Права громадян по договору побутового замовлення і їх захист. Саратов: Вид-во Саратов. ун-та, 1973. 162 с.
2. Вишняков О. В. Співвідношення Господарського кодексу з новим Цивільним кодексом. *Україна – проблема ідентичності: людина, економіка, суспільство*: матеріали конф. укр. випускників програм наук. стажування у США (м. Львів, 18–21 вересня 2003 р.). Київ: СтилоС. 2003. С. 237–243.
3. Голіна О. В. Господарсько-правова інституціоналізація договорів про надання послуг: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. 209 с.
4. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Офіційний Вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.
5. Кротов М. В. Гражданское право: учебник: в 2 ч. / отв. ред.: А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. Москва: Проспект, 1998. Ч. 2. С. 337–647.
6. Грищенко І. Формування конкурентного середовища на ринку послуг України. *Вісник Київського національного торговельно-економічного університету*. 2007. № 5. С. 163–166.
7. Діковська І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 203 с.
8. Документи ФІАТА. Теорія і практика застосування. URL: <http://www.cardel.ru/mezhdunar/fiata/> (дата звернення 16.03.2018).
9. Золотнікова Н. С. Місце договору транспортного експедирування серед інших договорів про надання послуг. *Митна справа*. 2004. №3. С. 42–47.
10. Иванов Н. Н. Сфера услуг как объект исследования и управления. Санкт-Петербург: Изд-во СПбГУЭФ, 2000. 21 с.
11. Калачова І. В. Статистика послуг: концептуальні основи реформування. *Статистика України*. 2001. № 4. С. 24–28.
12. Ким Е. В. Вопросы общего учения об обязательствах по оказанию услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2007. 26 с.
13. Ким Е. В. Услуга как объект обязательства. *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2005. № 3 (260). С. 38–45.

14. Коваленко Ю. Теоретичні аспекти сутності послуги та її види. *Вісник Київського національного торговельно-економічного університету*. 2012. № 2. С. 38–46.
15. Кужко О. С. Договір транспортного експедирування: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2008. 208 с.
16. Курс социально-экономической статистики: учебник для вузов / под. ред. проф. М. Г. Назарова. Москва: Финстатинформ, ЮНИТИ-ДАНА, 2000. 771 с.
17. Лавлок К. Маркетинг услуг: персонал, технология, стратегия. Москва: Вильямс, 2005. 1008 с.
18. Малишкін О. Транспортно-експедиційні послуги в обліку-1. *Дебет-кредит*. 2011. № 45. URL: <https://online.dtkr.ua/Book/«ДК»%20№45.epub/navPoint-10> (дата звернення: 17.03.2018).
19. Милославская С. В., Плужников К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. Москва: РосКонсульт, 2001. 368 с.
20. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. 2-е изд., испр. и доп. Москва: РАН; Российский фонд культуры, 1994. 928 с.
21. Котлер Ф. Основы маркетинга. 2-е изд. Санкт-Петербург: Вильямс, 1999. 1152 с.
22. Позолотин Л. А., Торский В. Г. Международные конвенции, кодексы, рекомендации ИМО и МОТ: учеб. пособие. Одесса: Астрапринт, 1998. 108 с.
23. Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку: наказ Міністерства фінансів України від 08.11.2010 р. № 1327. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95> (дата звернення: 17.01.2018).
24. Правила і рекомендації по користуванню документами і формами FIATA від 08.10.2009 р. *Асоціація міжнародних експедиторів*. 2009. № 2. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/vWWWGroupParam1/new_law?OpenDocument&ExpandView&Seq=5&RestrictToCategory=2012.12.24 (дата звернення: 10.01.2018).
25. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон України від 16.07.1999 р. № 996-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 40. Ст. 365.
26. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 29. Ст. 377.
27. Про транспортно-експедиторську діяльність: Закон України від 01.07.2004 р. № 1955-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 52. Ст. 2056.
28. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. Москва: Юристъ, 2001. 496 с.
29. Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве. Москва: Волтерс Клувер, 2006. 160 с.
30. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотозданих об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013. 552 с.
31. Современный экономический словарь / ред. Б. А. Райзберг. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: ИНФРА-М, 2007. 495 с.
32. Телестакова А. А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 204 с.
33. Хаксевер К., Рендер Б., Рассел Р., Мердик Р. Управление и организация. 2-е изд. Санкт-Петербург: Питер, 2002. 350 с.
34. Підопригора О. А. Цивільне право: навч. посіб. для студентів юридичних вузів та факультетів. Київ: Вентурі, 1996. 480 с.
35. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 2004. Кн. 2. 640 с.
36. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. С. 461.
37. Щуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг : дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2001. 213 с.

References:

1. Barinov, N.. (1973). Prava grazhdan po dogovoru bytovogo zakaza i ih zashhita. Saratov: Izdatel'stvo Saratovskogo universiteta [in Russian].
2. Vishnjakov, O.V. (2003). Spivvidnoshennja Gospodarskogo kodeksu z novim Civilnim kodeksom. *Ukraina – problema identichnosti: ljudina, ekonomika, suspil'stvo: proceedings of the Scientific and Practical Conference*. Kyiv: Stilos [in Ukrainian].
3. Golina, O.V. (2016). Gospodarsko-pravova institucijalizacija dogovoriv pro nadannja poslug. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
4. Gospodars'kij kodeks Ukraïny: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 436-IV. (2003). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 11, art. 462*.
5. Krotov, M.V. (1998). Grazhdanskoe pravo. A.P. Sergeev, Ju.K. Tolstoj. (Eds.). Moscow: Prospekt, part. 2, 337–647 [in Russian].
6. Grishhenko, I. (2007). Formuvannja konkurentnogo seredovishha na rinku poslug Ukrainy. *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho torhovelnno-ekonomichnoho universytetu – Bulletin of the Kiev National Trade and Economic University, 5, 163–166* [in Ukrainian].
7. Dikovska, I.A. (2002) Dogovir povitranogo charteru u mizhnarodnomu privatnomu pravi. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
8. Dokumenty FIATA. Teorija i praktika primenenija. URL: <http://www.cardel.ru/mezhdunar/fiata/> [in Russian].
9. Zolotnikova, N.S. (2004). Misce dogovoru transportnogo ekspediruvannja sered inshih dogovoriv pro nadannja poslug. *Mitna sprava – Customs business, 3, 42–47* [in Ukrainian].
10. Ivanov, N.N. (2000). Sfera uslug kak ob'ekt issledovanija i upravlennja. Sankt-Peterburg: Izdatilstvo SPbGUJeF [in Russian].
11. Kalachova, I.V. (2001). Statistika poslug: konceptual'ni osnovi reformuvannja. *Statistika Ukrainy – Statistics of Ukraine, 4, 24–28* [in Ukrainian].
12. Kim, E.V. (2007). Voprosy obshhego uchenija ob objazatel'stvah po okazaniju uslug. *Extended abstract of candidate's thesis*. Sankt-Peterburg [in Russian].
13. Kim, E.V. (2005). Usluga kak ob'ekt objazatel'stva. *Izvestija vysshih uchebnyh zavedenij. Pravovedenie – News of higher educational institutions. Jurisprudence, 3 (260), 38–45* [in Russian].
14. Kovalenko, Ju. (2012). Teoretichni aspekti sutnosti posluzi ta ii vidi. *Visnyk Kiïvs'kogo nacional'noho torhovelnno-ekonomichnoho universytetu – Bulletin of the Kiev National Trade and Economic University, 2, 38–46* [in Ukrainian].
15. Kuzhko, O.S. (2008). Dogovir transportnogo ekspediruvannja. *Candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
16. Kurs social'no-jekonomicheskoy statistiki. (2000). M.G. Nazarova (Ed.). Moscow: Finstatinform, JuNITI-DANA [in Russian].
17. Lavlok, K. (2005). Marketing uslug: personal, tehnologija, strategija. Moscow: Vil'jams [in Russian].
18. Malishkin, O. (2011). Transportno-ekspedicijni posluzgi v obliku-1. *Debet-kredit – Debit credit, 45*. URL: <https://online.dftk.ua/Book/<DK>%20№45.epub/navPoint-10> [in Ukrainian].
19. Miloslavskaja, S.V., Pluzhnikov K.I. (2001). Mul'timodal'nye i intermodal'nye perevozki. Moscow: RosKonsul't [in Russian].
20. Ozhegov, S.I., Shvedova N.Ju. (1994). Tolkovyj slovar' russkogo jazyka: 80000 slov i frazeologicheskij vyrazhenij. Moscow: Rossijskaja Akademija Nauk; Rossijskij fond kul'tury [in Russian].
21. Kotler, F. (1999). Osnovy marketinga. Sankt-Peterburg: Vil'jams [in Russian].
22. Pozolotin, L.A., Torskij, V.G. (1998). Mezhdunarodnye konvencii, kodeksy, rekomendacii IMO i MOT. Odessa: Astraprint [in Russian].
23. Polozhennja pro dokumental'ne zabezpechennja zapisiv u buhgalters'komu obliku: Nakaz Ministerstva finansiv Ukraïni vid 08.11.2010 r. № 1327. (2010). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95>.

24. Pravila i rekomendacii po koristuvannju dokumentami i formami FIATA vid 08.10.2009 r. № 2. (2009). *Asociacija mizhnarodnih ekspeditoriv*, 2 URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/vWWWGroupParam1/new_law?OpenDocument&ExpandView&Seq=5&RestrictToCategory=2012.12.24.
25. Pro buhgalters'kij oblik ta finansovu zvitnist' v Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.07.1999 r. № 996-XIV. (1999). *Vidomosti Verhovnoi Radi Ukraïni (VVR)*, 40, art. 365.
26. Pro zovnishn'oekonomichnu dij'al'nist': Zakon Ukraïni vid 16.04.1991 r. №959-XII. (1991). *Vidomosti Verhovnoi Radi URSR (VVR)*, 29, art. 377
27. Pro transportno-ekspeditor's'ku dij'al'nist': Zakon Ukrainy vid 01.07.2004 p. № 1955-IV. (2004). *Vidomosti Verhovnoi Radi Ukraïni*, 52, art. 2056.
28. Romanec, Ju.V. (2001). *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii*. Moscow: Jurist' [in Russian].
29. Sannikova, L.V. (2006). *Uslugi v grazhdanskom prave*. Moscow: Volters Kluver [in Russian].
30. Slipchenko, S.O. (2013). *Osobisti nemajnovi pravovidnosini shhodo oborotozdanih ob'ektiv*. Kharkiv: Disa pljus [in Ukrainian].
31. *Sovremennyj jekonomicheskij slovar.*, B.A. Rajzberg (Ed.). (2007). Moscow: INFRA-M [in Russian].
32. Telestakova, A.A. (2008). *Sistema dogovoriv pro nadannja poslug v civilnomu pravi Ukrainy. Candidate's thesis*. Kiyv [in Ukrainian].
33. Haksever, K., Render, B., Rassel, R., Merdik R. (2002). *Upravlenie i organizacija*. Sankt-Peterburg: Piter [in Russian].
34. Pidoprigora, O.A. (1996) *Civil'ne pravo*. Kiïv: Venturi [in Ukrainian].
35. *Civil'ne pravo Ukrainy*. O.V. Dzera, N.S. Kuznyetsova (Eds.). (2004). (Vols 1–2; Vol. 1). Kiyv: Jurinkom Inter [in Ukrainian].
36. *Civilnij kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 435-IV*. (2003). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 11, art. 461.
37. Shhukovskaja, O.M. (2001). *Pravovoe regulirovanie dejatel'nosti po okazaniu pravovyh uslug. Candidate's thesis*. Sankt-Peterburg [in Russian].

Довгуша Н. П. Общая характеристика договора транспортного экспедирования.

Рассмотрена общая характеристика договора транспортного экспедирования. Несмотря на его законодательное признание, а также на существование многочисленных научных трудов, посвященных исследованию этого обязательства, проблемы с применением, реализацией и регулированием этой юридической конструкции все же существуют. Сделан вывод о том, что особенностью договора транспортного экспедирования является возможность экспедитора предоставлять услуги как фактического (технического) характера, так и юридического.

Ключевые слова: договор транспортного экспедирования; транспортно-экспедиторская деятельность; договор об оказании услуг; предмет договора; транспорт; логистика.

Dovgusha M. P. General characteristic of the contract of transport forwarding.

The proposed article is devoted to the study of the general characteristics of the contract of transport forwarding. Despite its legislative recognition, as well as the existence of numerous empirical papers are devoted to the study of this obligation, problems with the application, implementation and regulation of this legal design still exist. We made the conclusion that the peculiarity of the freight forwarding contract is the possibility of the freight forwarder to provide services of both actual (technical) and legal nature.

Key words: transport forwarding contract; transport-forwarding activity; service agreement; subject of contract; transport; logistics.

Надійшла до редколегії 02.04.2018 р.



ІНСТИТУТ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ (НАЦІОНАЛЬНО-ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ)

Денисова Римма Олександрівна,

канд. юрид. наук, доц.,

доцент кафедри господарського права,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: drimmaal@gmail.com

ORCID 0000-0002-1650-3193

Досліджено медіацію як один з альтернативних способів вирішення правових конфліктів в Україні в національно-історичному контексті, а також проблеми її впровадження та проведення.

Ключові слова: медіація; суспільство; національно-історичний контекст; конфлікт.

Постановка проблеми. Пошук способів ефективного цивілізованого попередження і врегулювання суперечок, що виникають у суспільстві, набуває сьогодні все більшої актуальності. Їх складність і масштаб збільшуються настільки, що судова система об'єктивно не здатна забезпечити їх належне вирішення. Доволі поширеною є думка, що певною мірою ця проблема може вирішуватись за рахунок реформування судової системи, в тому числі прискорення і спрощення судового розгляду, а також становлення системи третейських судів. Але, як свідчить світова історія і практика, при всій значущості суду як інституту вирішення спорів, судовий розгляд може виступати лише як останній засіб, коли сторонами вичерпано всі можливості досягти консенсусного вирішення проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання формування та розвитку альтернативних способів вирішення спорів, необхідності законодавчого закріплення всесвітньо визнаної процедури медіації привертають все більше уваги науковців та знаходять свій вираз в працях вітчизняних та зарубіжних дослідників, серед яких слід виділити роботи А. Я. Анцупова, В. М. Баранова, О. О. Белікова, Є. О. Борисової, О. М. Бобрової,

Н. Л. Бондаренко-Зелінської, С. В. Васильчака, Г. Брука, Г. Зера, А. О. Горової, В. А. Жмудь, В. В. Землянської, Р. Г. Ковалю, Г. І. Єрмоєнко, С. І. Калашникової, Ю. А. Михальського, Н. Н. Леннуара, К. В. Михайлової, Н. П. Осіпової, І. В. Панової, Т. О. Подковенко, Ю. Д. Притики, О. М. Спектр, А. І. Шпилова, В. Ф. Яковлева та ін.

Мета статті – проаналізувати національно-історичні аспекти становлення інституту медіації в Україні та сучасні проблеми його впровадження в національний контекст.

Виклад основного матеріалу. Посередництво як спосіб врегулювання правових конфліктів – не нове явище у правовій культурі країн світу, багато його рис, які відомі сучасному праву, сформувалися ще на ранніх етапах виникнення людської цивілізації. Примирні процедури пройшли тривалу еволюцію й по-різному застосовувалися в різних історичних умовах і різними народами, але завжди відігравали значну стабілізуючу роль у суспільстві через зняття приватних і громадських протиріч.

Звернемося з цього приводу до українських національно-історичних традицій. До ХХ ст. існували так звані «полюбовні казки» – різновид мирових угод. Їх головними героями були купці, селяни, ремісники – всі, хто досяг повної дієздатності. Треба зауважити, що діти і божевільні в полюбовних казках брати участь не могли. Кріпосні також не могли брати участь у них, хоча сам зміст полюбовної казки нерідко безпосередньо стосувався їх долі. Примітно, що і жінки теж довгий час не могли брати у них участь. Вважалося, що це справа вільних чоловіків. Неодмінною умовою полюбовної казки була взаємна згода всіх її учасників. Полюбовні казки зазвичай не були усними. Вони викладалися на гарному папері й обов'язково скріплювалися підписами сторін. Часто такі казки розглядали судді. Як правило, вони враховували їх зміст при винесенні вироків. А в багатьох випадках суд вирішував чи слід схвалити цю казку. Вона фіксувалась у книгах рішень суду і являла собою зобов'язання, в силу якого одна сторона, за взаємною згодою, брала на себе виконання будь-яких умов (сплатити борг до визначеного терміну,

винагородити іншу за завдані тій образи, не завдавати надалі образ і т. д.). Полюбовна казка оформлялася як зобов'язання одностороннє, від імені відповідача. Однак вона могла мати силу тільки за згодою позивача й іноді містила і його зустрічні зобов'язання, зазвичай – прощення відповідача (відмова від позову).

Наведемо випадки з історії України щодо ставлення до примирної процедури. Так, у Жіхаревській волості (Харківського повіту) попередній вирок суду застерігає сторони, лякаючи їх, що справу буде передано мировому судді, де протягають цілий місяць, посадять до в'язниці або накладуть великий штраф. В Основ'янській волості (Харківського повіту) судді для спонукання сторін до миру, за поясненням самих суддів, садять як позивача, так і відповідача в арештантську. У Мозолевській волості (Кременчуцького повіту) власне вирок ухвалюється рідко, бо сторони, побоюючись, щоб судді не били їх за завзятість, більше миряться за всіма справами, навіть з крадіжки (а в Кам'янській волості селяни прямо заявляють, що вони миряться у справах про крадіжку зі страху «взяти гріх на душу і перед начальством відповісти»). На додаток до всього, нерідко судді виносили рішення, в яких наказували сторонам закінчити справу миролюбно [1]. Як бачимо, в Україні спосіб позасудового вирішення спорів із залученням посередників має історичну традицію, яка спирається в т.ч. на національний менталітет. Українському характеру притаманні такі риси: демократичність, любов до волі, емоційність, прагнення до справедливості, культ родини та жінки, толерантність до оточуючих. Більшість дослідників схиляється до того, що українці за своєю суттю інтроверти, тобто спрямовані на власний психічний світ, на проблеми насамперед власного соціуму. Саме тому в українському суспільстві родина, найближчі родичі мають велику цінність. Важливо зауважити, що інтровертність виявляється в миролюбності, несхильності до агресії та насильства, зосередженні на власній внутрішній свободі. Певна закритість для зовнішнього світу породжує особистісну стриманість, витримку і наполегливість. Практично всі дослідники визначають таку характерну рису

українців, як індивідуалізм, який виражається в неприйнятті тиску влади. Вказані психологічні риси української ментальності безумовно є важливими чинниками для сприйняття альтернативних способів вирішення суперечок. Тож сьогодні медіація як технологія альтернативного врегулювання спорів могла б стати ідеалом компромісного вирішення спорів як правовий механізм мирного врегулювання конфлікту, за якого посередник працює не з протилежними позиціями, а з інтересами сторін, які прагнуть до порозуміння [2].

Розглянемо негативні фактори, що можуть гальмувати впровадження медіації в Україні. Перш за все слід взяти до уваги наслідки насильницької радянської деформації національного світогляду. У СРСР людина з дитинства виховувалась у душі колективізму, що значною частиною населення бачилося як єдино можливий спосіб функціонування суспільства. На радянський колективізм накладався сільський менталітет, що вкупі давало гримучу суміш безініціативності й відсутності власної думки. Колективізм радянського розливу з'явився внаслідок відсутності приватної власності й приватних інтересів громадян і в результаті породив безідейне і люмпенізоване суспільство.

Зараз, в постіндустріальному світі, колективізм швидше шкідливий, ініціатива і власна думка сьогодні набагато корисніші та продуктивніші. Людина, яка сформувалась у радянській дійсності, часто агресивна, не має навичок приймати рішення, бо схильна до патерналізму, не вірить у свої сили та здібності (в тому числі щодо перемовин з іншими особами), не довіряє щирості сторонніх осіб, які прагнуть їй допомогти, підозрює як посередника, так і протилежну сторону у злих намірах проти себе. Саме вказані реалії можуть слугувати підґрунтям для пасивного опору запровадженню медіації в українському суспільстві, причому як з боку старшого, так і пострадянського покоління, адже цьому може сприяти агресивний безкомпромісний родинний світогляд. Тобто поширення практики застосування медіації в Україні ускладнюється наявністю в нашій культурі правової настанови на вирішення проблем з позиції сили чи влади та уникнення особистої відповідальності за те,

що відбувається, тенденції шукати винного ззовні. З іншого боку, медіація має досить сприятливий ґрунт унаслідок такої особливості української самосвідомості, як велика значимість взаємовідносин між людьми [2].

Треба також звернути увагу на певні прогалини в сучасному вихованні новітнього покоління: зі школи не вчать тому, що кооперація (не плутати з колективізмом) приносить вигоду всім, а також тому, що причина має слідство. Тому, коли діти виростають, то вони діють у рамках свого вузького егоїстичного цілепокладання. Як наслідок, кожен раз ми дивуємося, що нас хтось не зрозумів, недооцінив, не розкрив наш талант, не пішов нам назустріч. А нічого дивного в цьому немає. Просто потрібно вивчати самих себе і навколишній світ. Розуміння породжує адекватність, адекватність – правильну дію, правильна дія – позитивний результат. Часто ми не намагаємося зрозуміти мотиви оточуючих, щоб через усвідомлення їх інтересів діяти таким чином, щоб завдавати мінімальної шкоди своїм інтересам, а ще краще – примножувати їх.

Незайвим буде згадати про насадження суспільству думки про суд як єдине місце розгляду суперечок. Неготовність широких верств населення сприймати медіацію як альтернативу державному судочинству викликана насамперед відсутністю об'єктивної інформації про можливості та переваги медіації. Основою всіх існуючих сумнівів щодо обґрунтованості та правомірності функціонування відновного правосуддя є загальні глобальні питання ставлення до права як феномену та соціального явища. Однак ламання стереотипів є вкрай важливим для сприйняття нетрадиційних, нестандартних підходів до вирішення соціальних конфліктів [3].

Тож, з основних складнощів для тих, хто береться «привносити медіацію» в життя українців, можна виділити наступні: по-перше, недовіра до підходу як такого. Українці все ще дуже не довірливі один до одного. Тому можна припустити, що багато хто буде скептично ставитися до основного параметру медіації – нейтральності посередника і конфіденційності процесу; по-друге, низька культура ведення переговорів (знову-таки відбувається з

низького рівня довіри), що зводиться до маніпуляцій і обману як основних інструментів досягнення цілей. Ці інструменти зазвичай заважають у процесі медіації; по-третє, медіація може допомогти зберегти відносини і «зняти» болючі питання, але в умовах переважання короткострокової вигоди над довгостроковими відносинами і репутацією в сучасному українському суспільстві її застосування матиме багато практичних обмежень.

Об'єктивно багато українців елементарно не освічені щодо такого явища, як медіація, в тому числі й досить «продвинуті» в сучасному світі. Тож необхідна популяризація медіації як такої не тільки в науковій царині або в рамках підготовчих і тренінгових центрів, медіатори повинні виходити на широкий загал з метою ознайомлення з поняттям та механізмами застосування медіації. В Україні існує проблема недостатнього забезпечення кількості професійних медіаторів, які б могли надавати послуги клієнту на якісному рівні. Склалася така ситуація, в якій медіацією займалися в основному психологи, соціологи, соціальні працівники, які проходили спеціальні навчальні курси з конфліктології. Для юристів – це відносно нова площина діяльності. Підготовка професійного корпусу медіаторів має стати обов'язком держави, адже розвиток приватної медіації зможе знизити рівень завантаженості судової системи.

На даному етапі впровадження медіації в Україні відбувається створення спеціалізованого законодавства у сфері медіації. Починаючи з 2010 р. українські медіатори заручилися підтримкою парламентарів та зареєстрували у Верховній Раді України десять законопроектів про медіацію. Однак через нестабільну політичну ситуацію, постійні зміни урядів і парламентські вибори закон досі не прийнято. У листопаді 2016 р. Верховна Рада прийняла у першому читанні проект Закону про медіацію № 3665 [4]. У загальних рисах треба зауважити, що законодавство про медіацію повинно мати насамперед інформаційну функцію, стати каталізатором попиту на ці послуги. Саме у законі про медіацію держава має визначити міру своєї присутності в альтернативних способах вирішенні конфліктів – так, щоб не заважати ініціативі громадян і не допускати

зловживань, зокрема при проведенні медіації [5].

На підставі здійсненого аналізу проблем впровадження медіації вважаємо за доцільне підтримати запропоновані юристами-практиками такі заходи:

1) проведення правової освіти та виховання населення з метою підвищення рівня правової культури;

2) підвищення рівня довіри до послуги шляхом доведення до відома суспільства інформації про переваги медіації та її успішність порівняно з іншими способами вирішення спорів;

3) активна інформаційна політика, яка виявлятиметься в постійній цілеспрямованій діяльності органів державної влади та осіб, які здійснюють діяльність у сфері медіації;

4) розширення завдань міжнародних проектів із впровадження медіації в Україні, залучення до відповідних програм не лише державних органів, а й громадських організацій медіаторів, які довели ефективність впровадження програм медіації на практиці, задля популяризації медіації в Україні;

5) запровадження державного фінансування програм проведення медіації;

6) поширення серед юристів знань і практичних навичок про медіацію, створення мережі центрів підготовки медіаторів, прийняття відповідного законодавства, яке б закріпило правовий статус професійного медіатора та процедуру формування корпусу медіаторів, сприяння діяльності та налагодженню взаємодії із громадськими організаціями, які займаються підготовкою професійних медіаторів;

7) прийняття спеціального закону про медіацію і закріплення в ньому кола справ, у яких можливе призначення медіації, принципів медіації, визначення вимог до медіаторів та процедури їх обрання, закріплення основних засад та форм проведення медіації, характеристика власне процедури медіації, надання гарантій для сторін та врегулювання інших важливих питань [6].

Нами здійснено спробу осмислити саме готовність сучасного українського суспільства сприйняти і використовувати медіацію у своєму повсякденному житті або ж хоча б зробити до цього перші кроки. Щодо

доцільності впровадження в Україні інституту медіації, то коротко можна зауважити наступне: 1) переваги медіації для держави: розвантаження судової системи; розвантаження виконавчої служби судових рішень; зниження рівня корупції; 2) переваги медіації для пересічних громадян: економія часу і грошей; можливість самим сторонам контролювати процес; можливість отримати рішення, яке задовольняє всіх.

Висновки. Медіація на шляху свого розвитку в Україні зіштовхнулася з низкою перешкод морально-етичного, психологічного, економічного та законодавчого характеру, вирішення та врегулювання яких потребує певних зусиль з боку як суспільства, так і держави. Але, аналізуючи психологічний портрет українського суспільства в історичному контексті, а також сучасні реалії, доречно дійти висновку, що спосіб медіативного розгляду суперечок має підстави органічно вписатися в сучасне життя. Саме суб'єктивний вплив інституту медіації, з усім його різноманітним специфічним інструментарієм, зможе допомогти звести нанівець вказані вище рудименти радянської бутності, можливо навіть дещо скоригувати національну ментальність, ознайомити українців з всесвітньовідомими й розвинутими способами альтернативного розв'язання спорів та взагалі допомогти усвідомити ними свою значущість як у власному, так і суспільному житті. Об'єктивно сьогодні відбувається інтенсивне формування нормативної бази (як на державному, так і локальному рівнях), що базується на десятирічній практиці проведення медіації у багатьох конфліктах (спорах).

Список літератури:

1. Давыденко Д. Л. Интересные факты и цитаты о спорах и их внесудебном урегулировании. *Третейский суд*. Санкт-Петербург, 2005. № 1. С. 157–163; № 2. С. 125–130.
2. Подковенко Т. О. Медіація як один з альтернативних способів розв'язання конфліктів. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2009. Вип. 45. С. 31–38.
3. Геселев О. Зміна пануючого праворозуміння як обов'язкова умова впровадження відновного правосуддя в Україні (філософсько-правовий аспект). *Право України*. 2010. № 3. С. 106–114.
4. Про медіацію: проект Закону України № 3665 від 17.12.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463 (дата звернення: 17.12.2017).
5. Кисельова Т. Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах. *Право України*. 2011. № 11–12. С. 225–236.

6. Ясиновський І. Г. Проблеми впровадження та проведення медіації в Україні. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 55. С. 260–267.

References:

1. Davydenko, D.L. (2005). *Interesnye fakty i citaty o sporah i ih vnesudebnom uregulirovanii. Tretejskij sud*. Sankt-Peterburg, 1, 157–163; 2, 125–130 [in Russian].
2. Podkovenko, T.O. (2009). *Mediatsiia yak odyin z alternatyvnykh sposobiv rozv'iazannia konfliktiv. Derzhava i pravo – State and Law. Yurydychni i politychni nauky, issue 45, 31–38* [in Ukrainian].
3. Heselev, O. (2010). *Zmina panuiuchoho pravorozuminnia yak obov'iazkova umova vprovadzhennia vidnovnogo pravosuddia v Ukraini (filosofsko-pravovyi aspekt). Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 3, 106–114* [in Ukrainian].
4. Pro mediatsiiu: proekt Zakonu Ukrainy № 3665 vid 17.12.2015 r. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.
5. Kyselova, T. (2011). *Pravove rehuliuвання vidnosyn iz nadannia posluh mediatsii u zarubizhnykh krainakh. Pravo Ukrainy, 11–12, 225–236* [in Ukrainian].
6. Yasynovskiy, I.H. (2015). *Problemy vprovadzhennia ta provedennia mediatsii v Ukraini. Aktualni problemy polityky, issue 55, 260–267* [in Ukrainian].

Денисова Р. А. Институт медиации в Украине (национально-исторический аспект).

В статье исследуется медиация как один из альтернативных способов разрешения правовых конфликтов в Украине в национально-историческом контексте. Проанализированы проблемы внедрения и проведения медиации в Украине, предложены пути решения указанных проблем.

Ключевые слова: медиация; общество; национально-исторический контекст; конфликт.

Denysova R. O. Mediation Institute of Ukraine (national historical aspect).

The article deals with mediation as one of the alternative methods of solving legal conflicts in Ukraine in the national-historical context. Problems of introduction and mediation in Ukraine are analyzed. The ways of solving these problems are suggested.

Keywords: mediation; society; national-historical context; conflict.

Надійшла до редколегії 23.02.2018 р.



ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Олефір Андрій Олександрович,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри цивільного, господарського
та екологічного права,

Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Полтава

e-mail: andrii.olefir@gmail.com

ORCID 0000-0003-2419-3030

Досліджено проблеми захисту прав учасників публічних закупівель на різних етапах проведення тендерів зі здійсненням юридичної кваліфікації діянь та проаналізовано судову практику. Визначено «слабкі місця» закону, на підставі яких замовники та учасники можуть зловживати своїми правами, з метою їх усунення розроблено пропозиції до законодавства.

Ключові слова: публічні закупівлі; тендери; замовники; судова практика; зміна договору про закупівлю.

Актуальність проблеми. Історично сфера публічних закупівель є однією з найбільш корупційних. Так, за оцінками експертів, втрати від корупції та недостатньої конкуренції в Україні становлять не менше 50 млрд грн на рік [1]. За даними Transparency International Ukraine, 13,8 % закупівель медичних закладів Києва здійснювались у 2016 р. не прозоро [2]. Це зумовлено низкою факторів. По-перше, у працівників державних організацій, зазвичай, немає власної зацікавленості в економії коштів [3]. По-друге, державні закупівлі – це великий товарний ринок, що в розвинених країнах становить 10–15 % ВВП, а в тих, що розвиваються, – до 20 % ВВП [3]. По-третє, відносно «простими» є схеми відкатів, середній розмір яких у медичній сфері, за неофіційною інформацією, складає 5–10 % ціни договору, а подекуди може обмежуватися «подарунком» канцелярських товарів та ін.

Для держави позитивний ефект, а отже, економія від успішного функціонування системи електронних публічних закупівель виявляється у

залученні максимально можливої кількості учасників для підвищення рівня конкуренції та отриманні найменшої ціни за товари, роботи, послуги [4]. Тому метою регулювання сектору державних закупівель є відтворення на ньому принципів конкурентності й прозорості, що властиві приватним ринкам [3]. З огляду на це не можна погодитися з авторами, які називають низький рівень присутності іноземних компаній на ринку публічних закупівель суттєвою перешкодою для ефективних публічних закупівель в Україні [5].

Науковці виділяють такі ризики при проведенні закупівель: 1) техніко-технологічного характеру (збій синхронізації інформаційно-телекомунікаційної системи майданчика з центральною базою даних тощо); 2) ринкового середовища (коливання курсів валют); 3) безпеки (інформаційної, фінансово-економічної); 4) персоналу (низький рівень підготовки кадрів, недобросовісне виконання посадових обов'язків працівниками); 5) політичні (зміна законодавства); 6) криміногенні (несанкціонований доступ до системи) [4]. Втім, цей перелік не є вичерпним, а зловживання можуть мати місце на кожному етапі проведення закупівель і, подекуди, складно довести їх протиправність з огляду на формальну легальність. Це свідчить про важливість постійного вдосконалення закупівельного механізму.

Аналіз останніх джерел і публікацій. Удосконалення правового регулювання сфери публічних закупівель є складним завданням, особливо що стосується гарантій захисту прав учасників тендерів. Незважаючи на те, що проблематика закупівель активно досліджується як практиками, так і теоретиками, зокрема такими, як Я. В. Горбатюк, О. В. Ключак, І. Й. Круп'як, Д. Є. Мартинович, О. С. Мельников, Г.С. Севостьянова, Н. Б. Ткаченко, низка питань потребують подальшого вивчення та аналізу.

Мета статті – дослідити проблеми захисту прав учасників публічних закупівель на різних етапах проведення тендерів та здійснити юридичну кваліфікацію діянь крізь призму судової практики.

Виклад основного матеріалу. Як уже зазначалося, проблеми можуть виникати на кожному етапі здійснення публічних закупівель.

Так, на *Етапі планування закупівель* дослідники називають такі:

1. *Порушення при визначенні предмета закупівель*:

а) надмірна деталізація, що передбачає встановленням специфічних вимог, які не призводять до отримання замовником матеріально-технічних або організаційних переваг, але можуть бути виконані лише обмеженим колом суб'єктів господарювання;

б) безпідставне проведення закупівлі робіт, коли ціна обладнання є вищою за вартість самої роботи, оскільки в цьому разі максимальна вартість допорогових закупівель становить майже 1,5 млн грн;

в) посилення в тендерній документації на певну торговельну марку, якщо предмет закупівлі можна описати за видовими ознаками (наприклад, придбання автомобіля). Винятком є випадки, коли замовник купує приналежність для головної речі й змушений вказати в тендерній документації знак для товару, наприклад, з метою придбання сумісного з медичним виробом витратного матеріалу за умови, якщо матеріали інших виробників не можна взагалі використовувати з обладнанням або якщо таке використання призведе до некоректної роботи чи зменшення вартості головної речі. У такому разі обмеження конкуренції буде обґрунтованим, що слід пояснити в тендерній документації;

г) приховування предмета закупівлі шляхом використання неправильних позначень класифікаторів, допущення граматичних помилок, завантаження неякісних файлів, що є порушенням п. 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. № 922-VIII (далі – Закон) [6];

д) абстрактні вимоги до товару, роботи чи послуги, а також стосовно подання тендерної пропозиції у довільній формі.

На думку господарського суду, порушенням ст. 22 Закону є те, що в документації конкурсних торгів наведено лише загальне найменування робіт, а інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, в тому числі технічна специфікація, була відсутня [7].

2. *Порушення, пов'язані з поділом предмета закупівлі на лоти*:

а) визначення багатьох лотів без реальної потреби на це, що фінансово дестимулює малий і середній бізнес брати участь у тендерах, оскільки плата за це і витрати на супровідні послуги (підготовка документації, робота юристів і економістів) не компенсуються за рахунок гіпотетичних прибутків. Водночас визначення лотів у межах єдиної процедури закупівлі здійснюється замовниками самостійно та є їх правом, а не обов'язком. Якщо ж відбулися відкриті торги і за одним із лотів торги відмінено чи визнано такими, що не відбулися, та вартість закупівлі є меншою відповідних вартісних меж, замовник здійснює закупівлю без застосування передбачених законом закупівельних процедур [8]. У цьому контексті заслуговує на увагу досвід Португалії та Великої Британії, де замовники, а не учасники, сплачують за користування електронною системою [9];

б) об'єднання в один лот різних товарних груп (наприклад, лікарських засобів і медичних виробів). Так, в одній із справ закупівля чотирьох позицій медичних виробів здійснювалася замовником без поділу предмета на лоти, що призвело до обмеження прав тих суб'єктів господарювання, які не можуть одночасно запропонувати до постачання всі види контейнерів. Окрім цього, вимога замовника про надання гарантійного листа товаровиробника або його представника призводить до дискримінації учасників та обмеження конкуренції, оскільки лише одна компанія – ексклюзивний представник виробника Масо Pharma (Франція) в Україні – вирішує, кого допустити до процедури закупівлі, шляхом надання гарантійного листа [10].

3. Несвоєчасне внесення змін до річного плану закупівель, що зумовлено прогалинами в законодавстві. У ст. 4 Закону зазначено, що річний план, додаток до нього та зміни до них безоплатно оприлюднюються протягом 5 днів з дня їх затвердження. Проте не визначено момент у часі, коли план має бути затверджений та в які строки слід вносити зміни. Тому не можна сперечатися з твердженням, що Закон не відображає весь організаційний процес проведення закупівель [11].

Деяку ясність у це питання вносить лист Міністерства економічного

розвитку і торгівлі України, зокрема:

– форма внесення змін до річного плану, періодичність і характер таких змін (зміна очікуваної вартості, предмета, строків тощо) законодавством не визначені та не обмежені. Тому зміни вносять відповідно до фінансування та потреб;

– підставами для внесення змін до річного плану є: виникнення додаткової потреби, яку замовник не міг передбачити; виділення додаткових коштів; перерозподіл коштів, зекономлених внаслідок проведення закупівель; розірвання договору про закупівлю та необхідність здійснити нову закупівлю [12].

На практиці замовники, як правило, плани закупівель складають і затверджують на підставі кошторису, фінансового плану. Внаслідок цього при одержанні власних надходжень до спеціального фонду замовник в усіх випадках вносить зміни до плану закупівель і проводить допорогові тендери. Натомість при розрахунку очікуваної вартості слід виходити з відповідних потреб у минулих роках з урахуванням економічних факторів [12].

4. Значна кількість запитань, що виникають у замовників, пов'язані з проведення допорогових закупівель, що пояснюється, насамперед, спрощеним порядком їх проведення. Втім Закон висуває, хоча й мінімальні, але вимоги до їх проведення, зокрема:

– якщо вартість закупівлі є меншою за 200 тис. грн для товарів і послуг, 1,5 млн грн – для робіт, замовники вільні у визначенні способу укладення договору про закупівлю;

– замовники повинні дотримуватися принципів здійснення закупівель, тому при укладенні договору мають забезпечити (а) конкуренцію між реальними (без ознак фіктивності) постачальниками, не пов'язаними між собою, та, принаймні, (б) середньо ринкову ціну продукції;

– оприлюднення звіту про укладений договір;

– замовник не має права купувати однотипні товари без проведення процедур закупівель (ділити предмет на частини з метою уникнення

застосування процедур закупівель), за винятком випадків, якщо є підстави для внесення змін до річного плану, зазначені вище. У цьому разі не враховуються здійснені закупівлі за тим же предметом у поточному році, за якими укладені відповідні договори [12];

– здійснення закупівель у таких випадках має бути обґрунтованим і документально підтвердженим [12];

– замовники мають затверджувати як річний план закупівель, так і додаток до нього, до якого вноситься інформація про допорогові закупівлі відповідно до наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22.03.2016 р. № 490 [13].

Незважаючи на те, що суди у своїх рішеннях [14] посилаються на наказ ДП «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35 [15], мають місце сумніви щодо прямої дії цього документа та наявності у державного підприємства повноважень урегулювати ці правовідносини. Адже згідно з п. 1.1 наказу [15] умови даного Порядку мають бути враховані операторами при затвердженні власних регламентів, які й визначають порядок допорогових закупівель.

Іншою особливістю проведення допорогових закупівель є «безкарність» недобросовісних замовників, адже їх правопорушення рідко оскаржуються до Антимонопольного комітету України через непропорційно високу вартість подання скарги порівняно з ціною тендеру.

5. Основним порушенням при складанні тендерної документації є формування її вимог під певного учасника або продукцію шляхом:

– встановлення у тендерній документації вимог, що суперечать Закону, наприклад, вимога надати документи, не передбачені законодавством (санітарний паспорт на автомобіль або санітарно-епідеміологічний висновок), що суперечить ч. 4 ст. 16 Закону, або вимога про надання зразків продукції до проведення аукціону, що суперечить ст. 27 цього Закону;

– необхідність подання учасниками невиправдано складних документів (непропорційно тривалі строки або висока плата при їх отриманні, що може

бути доступним лише для великих підприємств);

– вимоги про надання чисельних документів, що містять персональні дані, але не мають безпосереднього стосунку до тендеру (копії всього штатного розпису, всіх сторінок паспорту громадянина та ін.), а також даних про корпоративні права, перелік обладнання та іншого майна.

У таких випадках замовники, як правило, посилаються на ч. 3 ст. 22 Закону. У свою чергу, ст. 5 і ч. 4 ст. 22 цього Закону прямо забороняють замовникам встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Варто наголосити, що тендерна документація має відігравати важливу роль у забезпеченні належного якісного рівня предмета закупівлі, особливо якщо єдиним критерієм оцінки є ціна. Одним із наслідків впровадження ProZorro стало посилення локальних монополій у сфері закупівель, що мають потужні юридичні служби, значні фінансові можливості та подекуди вдаються до демпінгу для усунення конкурентів. Науковці зазначають, що відсутність жорстких вимог при проведенні допорогових закупівель спонукає учасників з метою перемоги в аукціоні демпінгувати в ціні за рахунок якості [11]. Тому частими є поставки продукції низької якості, особливо в найбільш «економних» тендерах. Подекуди доводиться спостерігати зворотний феномен: замовники зацікавлені у проведенні допорогових (прямих) закупівель, без відкатів, для придбання якісної продукції. Незважаючи на інформацію щодо економії за допомогою ProZorro [16], автори критикують використання показника економії державних витрат, що може бути досить необ'єктивним через суперечливість визначення початкової ціни контракту [17], звертаючи увагу на доцільність розробки іншої методики оцінювання результативності електронних закупівель [9].

6. Встановлення вимоги про подання деяких документів учасниками у друкованому вигляді до дати розкриття тендерних пропозицій і в подальшому, у разі їх неподання, відхилення пропозицій на підставі невідповідності умовам тендерної документації. Ця вимога суперечить ч. 1 ст. 25 Закону, згідно з якою тендерна пропозиція подається в електронному вигляді через електронну систему закупівель, у тому числі з завантаженням необхідних документів. Така

позиція відповідає думці науковців, які пов'язують зниження рівня корупції та підвищення конкуренції з використанням електронної системи закупівель [18].

У наказі ДП «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35 [15] ці правовідносини врегульовані більш чітко: у пунктах 1.7 і 1.8 зазначено, що всі документи й відомості, пов'язані з проведенням закупівель, у тому числі з поданням пропозицій, надаються в електронному вигляді через систему; замовник може вимагати копії документів у паперовому вигляді, що були надані в електронному вигляді, лише в учасника, який перебуває у статусі «кваліфікація» або «переможець». Оскільки відносини зі здійснення допорогових закупівель є подібними до проведення відкритих торгів, а також мають місце інші ознаки, визначені в листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 [19], то можна застосувати аналогію закону.

В одній із справ Господарський суд дійшов висновку, що ч. 2 ст. 22 Закону містить вичерпний перелік інформації, яка має бути розміщена у документації конкурсних торгів, і не допускає ніяких відсилок, зокрема, про можливість ознайомлення з проектом робіт за певною адресою [7].

7. Закріплення в проекті договору про закупівлю таких умов, що дестимулюють добросовісних постачальників брати участь у тендері, зокрема:

– завищення строку оплати за поставлену продукцію, наприклад, «до 31.12.2017 р.» або «оплата проводиться протягом 100 днів з дати відвантаження продукції»;

– встановлення складних для виконання постачальником строків поставки, наприклад, «постачальник повинен доставити продукцію за заявкою замовника протягом 24 годин»;

– непропорційно суворі штрафні та оперативно-господарські санкції за порушення договірних зобов'язань постачальником. Подібні умови дають змогу замовнику застосовувати їх з «репресивною» метою вибірково щодо певних учасників. Утім, такі зловживання правами формально відповідають вимогам законодавства про закупівлі. В одному з рішень господарський суд підтвердив, що законодавством не передбачені обмеження щодо встановлення

замовниками строків поставки товарів при їх закупівлі. Тому умова щодо постачання товару протягом 3 (трьох) робочих днів з моменту одержання письмової заявки або заявки в іншій формі не є дискримінаційною та не обмежує коло учасників закупівлі [20].

На *Етапі проведення закупівлі*:

1. Замовник не відхиляє тендерну пропозицію, проводячи «поверхову» перевірку, всупереч тому, що для цього є підстави (наприклад, переможцем визнається ФОП, який не відповідає кваліфікаційним вимогам та в подальшому неналежним чином виконує договір про закупівлю), або, навпаки, відхиляє без належних на те підстав [21].

Крім того, деякі підстави для відмови в участі у закупівлі можуть недобросовісно використовуватися, зокрема, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 17 (незрозуміло, що є «незаперечним доказом» і яким чином замовник оцінює докази) і ч. 2 ст. 17 Закону (по-перше, не має значення сума заборгованості, а, по-друге, замовник не зобов'язаний приймати рішення про відмову). Також замовник може посилається на формальні (несуттєві) помилки в пропозиціях, якщо перелік таких неточностей не був закріплений у тендерній документації.

Судова практика свідчить про значну кількість таких правопорушень, що вчиняються як замовниками, так і учасниками. В одній із справ судом було встановлено, що переможець тендеру, з яким укладений договір, був зареєстрований як ФОП після укладення договорів оренди транспортного засобу та приміщення, що були надані для підтвердження відповідності кваліфікаційним вимогам [22]. В інших справах учасники підробляли довідки про наявність працівників відповідної кваліфікації та наявність обладнання, матеріально-технічної бази без відповідних номерів і дат [23], та акти прийому виконаних будівельних робіт, із зазначенням у них завідомо неправдивих відомостей про обсяг виконаних робіт [24].

Щодо кваліфікації дій замовника, то голову тендерного комітету було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 367 КК України, зокрема, через такі порушення Закону:

– застосовано переговорну процедуру без належних на те підстав (перший раз відмінено у зв'язку з поданням менше двох пропозицій, а другий – у зв'язку з відхиленням двох тендерних пропозицій, окрім того, режим надзвичайної ситуації у місті не вводився, форс-мажорних обставин не було зафіксовано);

– прийняття автомобіля, який за своїми якісними характеристиками не відповідає умовам договору, технічному завданню тендерної документації, та не може експлуатуватися за призначенням разом із додатковим навісним обладнанням [25].

З наведеного виходить, що для перевірки відповідності учасника вимогам тендерної документації замовникам слід вимагати первинні документи, що підтверджують фактичне здійснення господарської операції, а не лише договір. В одній із справ для підтвердження кваліфікаційної відповідності учасники мали довести наявність обладнання, транспорту у кількості не менше двох автомобілів). Переможець надав копію договору оренди приміщення та договору оренди одного легкового автомобіля, проте копії актів приймання-передачі приміщення та автомобіля, які б підтверджували фактичне перебування у його користуванні орендованого майна, надані не були, що і стало однією з підстав для визнання недійсним рішення тендерного комітету. При цьому суд не взяв до уваги те, що між замовником і учасником була укладена додаткова угода, за умовами якої сторони дійшли згоди про розірвання договору купівлі-продажу у зв'язку із допущеними порушеннями при проведенні закупівлі [22].

2. Посилений контроль і затягування процедури приймання замовником поставленої продукції (проведення лабораторних та інших випробувань товарних зразків).

3. Антиконтурентні узгоджені дії постачальників під час аукціону, коли один із учасників пропонує необґрунтовано низьку ціну, тим самим «відлякуючи» інших учасників, а в подальшому відмовляється надати необхідні документи або підписати договір. На практиці виявлення та доказування факту

змови на торгах є складним завданням. Учасники змови, зазвичай, не укладають угод, а сам факт існування картелю ретельно приховується. Разом з тим, на ринках, де утворився картель, покупці можуть знати або здогадуватись про його існування. У більшості випадків картель проявляє себе через нестандартну нелогічну з точки зору ринку поведінку [21]. Наприклад, це може бути відмова від підписання договору. Для запобігання таким «схемам» замовникам доцільно вимагати від учасників забезпечення тендерної пропозиції, яка згідно зі ст. 24 Закону не повертається у разі ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі.

Згідно з оглядовим листом Вищого господарського суду України, безпідставно ототожнивши формальну кількість учасників торгів та їх пропозицій із змагальністю. Натомість правове значення для кваліфікації дій суб'єктів господарювання – учасників конкурсу як антиконкурентних узгоджених має фактична відсутність конкурсу внаслідок узгодження учасниками своєї поведінки [26]. В одному з рішень Територіальне відділення Антимонопольного комітету України встановило факт вчинення учасниками закупівлі антиконкурентних узгоджених дій на підставі таких обставин:

- схожі в оформленні і зовнішньому вигляді пропозиції (однакове розміщення тексту, стиль викладу матеріалів);
- надання в один день (останній день) супровідних документів;
- ідентичні довідки, складені у довільній формі, щодо наявності обладнання та матеріально-технічної бази, з однаковою назвою «Обладнання та матеріально-технічна база виробництва»;
- довідки про відсутність заборгованості з податків і зборів замовлені та отримані в один день;
- між правопорушниками поза межами торгів існують господарсько-правові відносини;
- однаковий розмір планового прибутку, а також аналогічні окремі статті витрат, включені до вартості предмета закупівлі та ін. [27].

4. Зміна тендерної документації напередодні проведення аукціону, що створює суттєві перешкоди для учасників, оскільки за 7 днів (згідно зі ч. 2 ст. 23 Закону) може бути складно виконати нові вимоги замовника (наприклад, одержати документ про якість продукції). Водночас «потрібних» постачальників замовник може повідомити заздалегідь.

5. Зловживання при встановленні такої кваліфікаційної вимоги, як «підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів», без чітких або, навпаки, з зазначенням дискримінаційних критеріїв, що надає змогу оцінювати пропозиції суб'єктивно. В одній із справ Антимонопольний комітет України встановив, що замовник не довів та документально не підтвердив необхідність встановлення такої кваліфікаційної вимоги, як надання учасниками копій аналогічних договорів з бюджетними установами стосовно надання послуг гарячого харчування (послуги їдалень) протягом бюджетного року, тому така вимога є дискримінаційною і суттєво обмежує коло можливих учасників закупівлі [21]. Вищий господарський суд України підтвердив правомірність рішення замовника про дискваліфікацію учасника з підстав не відповідності пропозиції вимогам тендерної документації, зокрема: не було надано акт звіряння, що підтверджує досвід належного виконання аналогічної роботи за договором за бюджетні та/або комунальні кошти за минулий період [14].

6. Замовник може зловживати правом надавати роз'яснення щодо змісту тендерної документації шляхом надання неповної, такої, що не відповідає дійсності, інформації у відповідь на запитання учасників закупівлі. Такі дії, як і неоприлюднення або порушення порядку оприлюднення інформації про закупівлю, підпадають під ст. 164¹⁴ КУпАП [28]. Так, головного бухгалтера сільської ради було притягнуто до адміністративної відповідальності за не оприлюднення звітів про укладені договори в системі електронних закупівель на підставі матеріалів позапланової ревізії [29].

Як учасники, так і замовники часто не надають суду належних доказів вчинення (не вчинення) тих або інших дій, зокрема, суд визнав безпідставними посилення позивача на те, що йому представниками відокремленого підрозділу

замовника не надано кошторисної документації, а замість неї було надано дефектний акт, оскільки він не довів, що звертався туди та йому був наданий цей акт [7].

На *Етапі виконання договору*:

1. Замовники проводять оплату продукції, що фактично не була поставлена. Так, директор бюджетної установи (замовника) був визнаний винним за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 366 КК України, за підписання завідомо неправдивих видаткових накладних про отримання товару, хоча даний товар на склад замовника не поступав [30]. В іншій справі сільський голова до отримання предмета закупівлі передав до оплати платіжні доручення, а для підтвердження неіснуючого факту поставки товару підписав акт приймання-передачі товару і видаткову накладну [31].

2. Замовник не застосовує штрафні чи оперативно-господарські санкції за порушення виконання договору про закупівлю учасником, який може затягувати виконання робіт для підвищення ціни договору або постачати неякісну продукцію, що часто є підтвердженням досягнення між замовником і постачальником змови, на підставі якої замовник стає «залежним» від останнього.

3. У разі, якщо замовник не бажає укласти чи виконувати договір із певним постачальником, він може скористатися своїми правами, закріпленими у ч. 1, 2 ст. 31 і ст. 36 Закону (відміна торгів у разі відсутності подальшої потреби в закупівлі або скорочення видатків замовника, а також зміна істотних умов договору у разі зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника) [6].

Вищий господарський суд України, розглядаючи справу, в якій після оприлюднення повідомлення про намір укласти договір про закупівлю замовник прийняв рішення про відміну торгів у зв'язку з відсутністю подальшої потреби в закупівлі, дійшов висновку про незаконність дій замовника, оскільки акцепт пропозиції конкурсних торгів зумовлює виникнення обов'язку в замовника укласти відповідний договір з переможцем,

а в останнього – право вимагати укладення відповідного договору, тоді як повноваження замовника відмінити процедуру закупівлі після акцепту пропозиції законом прямо не передбачені. Акцепт може бути відкликаний акцептантом, але за умови, що таке відкликання (відміна) акцепту, в даному випадку відміна торгів, буде здійснене до моменту одержання оферентом (позивачем) відповіді про прийняття пропозиції (акцепту) [32]. Водночас мають місце випадки, коли тендерні пропозиції відхиляють через неуважність самих учасників. Так, в одній із справ учасник неправильно визначив дату початку перебігу строку дії забезпечення тендерної пропозиції. Оскільки датою розкриття тендерних пропозицій було 14.12.2016 р., а за приписами ст. 253 ЦК України перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати, то 90-денний строк дії забезпечення тендерної пропозиції обліковується з 15.12.2016 р. по 14.03.2017 р. (включно), тоді як термін дії наданої учасником банківської гарантії встановлено у 89 днів по 13.03.2017 р. (включно), таким чином не було дотримано вимог тендерної документації щодо надання гарантії з 90-денним строком дії забезпечення тендерної пропозиції [33].

4. Необґрунтоване підвищення ціни або зміна інших істотних умов договору про закупівлю. У цьому контексті доцільно звернути увагу на особливості внесення змін до договору про закупівлю, а саме:

– замовник укладає договір відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця, в якій фіксується ціна договору. Хоча постачальник має обмежені можливості щодо зміни положень договору, крім ціни, він має право звернутися до замовника з вимогою усунути порушення, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації, тобто внести зміни до договору. Крім цього, положення тендерної документації можуть бути оскаржені до Антимонопольного комітету України або до суду [34];

– замовник не має права змінити ціну, запропоновану переможцем аукціону, а якщо умови укладеного договору відрізняються від змісту акцептованої пропозиції, то такий договір вважається нікчемним. З цього слідує,

що вимога замовника до учасників щодо надання в тендерній пропозиції підтвердження згоди з проектом договору не має правового значення, оскільки замовник погоджується з умовами проекту договору, що є частиною тендерної документації, коли подає тендерну пропозицію. Водночас відповідні положення тендерної документації не визнаються порушенням прав учасника закупівлі [20];

– для зміни умов договору про закупівлю з підстав, закріплених у ч. 2 ст. 35 Закону, в тексті договору має бути визначений порядок внесення таких змін (з зазначенням належних підстав), бажано, з переліком документів, що підтверджують факт настання тих або інших обставин;

– аргументом проти підвищення ціни договору з ініціативи постачальника для замовника може бути припис п. 10 ч. 2 ст. 22 Закону. При цьому необхідно критично ставитися до довідок Державної служби статистики України щодо цін, оскільки часто вони не відображають реальні оптові ціни, чим користуються недобросовісні постачальники та замовники для «обґрунтування» завищених цін.

Висновки. З огляду на те, що механізм публічних закупівель містить значну кількість положень, на підставі яких замовники та учасники можуть зловживати своїми правами, подекуди формально не порушуючи закон, слід визначити основні напрями удосконалення закупівельного законодавства: 1) запровадити принцип пропорційності тендерних вимог до ціни та складності предмета закупівлі; 2) знизити вартісні пороги допорогових закупівель і покласти на замовників обов'язок оприлюднювати оголошення про проведення будь-якої допорогової закупівлі; 3) встановити залежність між ціною тендеру та розміром плати за оскарження процедури закупівлі до Антимонопольного комітету України; 4) затвердити правила оцінки досвіду виконання аналогічних договорів учасниками, разом із переліком документів, що підтверджують наявність такого досвіду; 5) затвердити галузеві стандарти з підготовки тендерної документації; 6) закріпити чітку заборону подання будь-яких документів і відомостей, пов'язаних з проведенням закупівель, у письмовому вигляді до дати розкриття тендерних пропозицій. Крім цього, на локальному

рівні в положенні про тендерний комітет доцільно визначати права та обов'язки всіх його членів, з покладенням на одного з працівників обов'язку проводити моніторинг цін і якості товарів, робіт і послуг, які закуповує організація.

Список літератури:

1. Корупція в державних закупівлях: хто і чому боїться прийняття Закону «Про публічні закупівлі». *Міністерство економічного розвитку і торгівлі України*. SlideShare. Dec. 21, 2015. URL: <https://www.slideshare.net/UAREforms/ss-56344275> (дата звернення: 27.12.2017).
2. Голубов О. Обійти ProZorro. Як корупціонери вчаться «схем» по-новому. *FINANCE.UA*. 24.10.2017. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/413196/objity-prozorro-yak-koruptsionery-vchatsya-shem-po-novomu> (дата звернення: 27.12.2017).
3. Мельников О. С. Особливості публічних закупівель як об'єкта державного регулювання економіки. *Теорія і практика державного управління*. 2016. № 1 (52). С. 1–7.
4. Ключак О. В. Діагностика участі підприємства в електронних публічних закупівлях: аспект логістичного управління. *Проблеми економіки*. 2017. № 1. С. 203–210.
5. Круп'як І. Й. Особливості функціонування системи публічних закупівель в умовах трансформації сучасних економічних процесів. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2017. Вип. 18. С. 458–462.
6. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/922-19> (дата звернення: 27.12.2017).
7. Рішення Господарського суду Харківської області від 24.09.2015 р., судова справа № 922/3976/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53022876> (дата звернення: 27.12.2017).
8. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 02.08.2017 р. № 3304-06/26774-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb> (дата звернення: 27.12.2017).
9. Ткаченко Н. Б. Електронні публічні закупівлі: досвід країн ЄС та впровадження його в Україні. *Актуальні проблеми економіки*. 2016. № 10 (184). С. 471–477.
10. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 21.04.2016 р., судова справа № 826/10181/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57492644> (дата звернення: 27.12.2017).
11. Севостьянова Г. С. Сучасний стан нормативно-правового забезпечення публічних закупівель в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Міжнародні економічні відносини та світове господарство*. 2016. Вип. 10, ч. 2. С. 91–96.
12. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 14.09.2016 р. № 3302-06_29640-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb&pageNumber=6&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> (дата звернення: 27.12.2017).
13. Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22.03.2016 р. № 490. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16> (дата звернення: 27.12.2017).
14. Постанова Вищого господарського суду України від 02.08.2017 р., судова справа № 908/3256/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68090867> (дата звернення: 27.12.2017).
15. Про затвердження Порядку здійснення допорогових закупівель: наказ державного підприємства «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35. URL: <http://www.ua-tenders.com/legislation/orders/248043/> (дата звернення: 27.12.2017).
16. ProZorro зекономила більше 16,7 мільярда гривень. *Економічна правда*. 13.05.2017 р. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2017/05/13/624777/> (дата звернення: 27.12.2017).

17. Мартинович Д. Є. Аналіз ефективності публічних закупівель як інструменту державної допомоги. *Інвестиції: практика та досвід*. 2016. № 18. С. 70–76.
18. Горбатюк Я. В. Правова характеристика процедур публічних закупівель за Законом України «Про публічні закупівлі». *Юридичний вісник*. 2016. № 3 (40). С. 132–137.
19. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами: лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09> (дата звернення: 27.12.2017).
20. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 15.05.2014 р., судова справа № 910/13820/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38810465> (дата звернення: 27.12.2017).
21. Звіт Антимонопольного комітету України за 2016 рік. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=133712&>.
22. Рішення господарського суду Сумської області від 28.02.2017 р., судова справа № 920/77/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65071774> (дата звернення: 27.12.2017).
23. Вирок Конотопського міськрайонного суду Сумської області від 09.03.2016 р., судова справа № 577/2881/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56334699> (дата звернення: 27.12.2017).
24. Вирок Фрунзівського районного суду Одеської області від 20.02.2017 р., судова справа № 1531/1107/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64840140> (дата звернення: 27.12.2017).
25. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 19.09.2017 р., судова справа № 415/1739/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69202891> (дата звернення: 27.12.2017).
26. Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 24.12.2014 р. № 01-06/2304/14. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2304600-14> (дата звернення: 27.12.2017).
27. Рішення Господарського суду Харківської області від 06.11.2017 р., судова справа № 922/3403/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70129637> (дата звернення: 27.12.2017).
28. Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 27.12.2017).
29. Постанова Запорізького районного суду Запорізької області від 14.07.2017 р., судова справа № 317/1574/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67808152> (дата звернення: 27.12.2017).
30. Вирок Самбірського міськрайонного суду Львівської області від 07.12.2017 р., судова справа № 458/327/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70807484> (дата звернення: 27.12.2017).
31. Вирок Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 05.04.2016 р., судова справа № 539/2402/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57041565> (дата звернення: 27.12.2017).
32. Постанова Вищого господарського суду України від 01.03.2017 р., судова справа № 910/16460/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65081235> (дата звернення: 27.12.2017).
33. Рішення Господарського суду м. Києва від 30.01.2017 р., судова справа № 910/233/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64466849> (дата звернення: 27.12.2017).
34. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 30.12.2016 р. № 3302-06/42560-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfoRezKnowledgeDb&pageNumber=4&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> (дата звернення: 27.12.2017).

References:

1. Koruptsiia v derzhavnykh zakupivliakh: khto i chomu boitsia pryiniattia Zakonu «Pro

publichni zakupivli». *Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy*. SlideShare (2015). URL: <https://www.slideshare.net/UAREforms/ss-56344275> [in Ukrainian].

2. Holubov, O. (2017). Obiity ProZorro. Yak koruptsionery vchatsia «skhem» po-novomu. *FINANCE.UA*. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/413196/obiity-prozorro-yak-koruptsionery-vchatsya-shem-po-novomu> [in Ukrainian].

3. Melnykov, O.S. (2016). Osoblyvosti publichnykh zakupivel yak ob'iekta derzhavnoho rehuliuвання ekonomiky [Features of public procurement as an object of state regulation of the economy]. *Teoriia i praktyka derzhavnoho upravlinnia – Theory and practice of public administration, issue 1 (52), 1–7* [in Ukrainian].

4. Kliuvak, O.V. (2017). Diahnostyka uchasti pidprijemstva v elektronnykh publichnykh zakupivliakh: aspekt lohistychnoho upravlinnia [Diagnostics of enterprise participation in electronic public procurement: the aspect of logistic management]. *Problemy ekonomiky – Problems of the economy, issue 1, 203–210* [in Ukrainian].

5. Krup'iak, I.I. (2017). Osoblyvosti funktsionuvannia systemy publichnykh zakupivel v umovakh transformatsii suchasnykh ekonomichnykh protsesiv [Features of functioning of the system of public procurement in the aspect of transformation of modern economic processes]. *Hlobalni ta natsionalni problemy ekonomiky – Global and national problems of the economy, issue 18, 458–462* [in Ukrainian].

6. Pro publichni zakupivli: Zakon Ukrainy vid 25.12.2015 r. № 922-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/922-19> [in Ukrainian].

7. Rishennia Hospodarskoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 24.09.2015 r., sudova sprava № 922/3976/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53022876> [in Ukrainian].

8. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 02.08.2017 r. № 3304-06/26774-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfoRezKnowledgeDb> [in Ukrainian].

9. Tkachenko, N.B. (2016). Elektronni publichni zakupivli: dosvid krain EU ta vprovadzhennia yoho v Ukraini [Electronic Public Procurement: Experience of the EU member-states and Implementation in Ukraine]. *Aktualni problemy ekonomiky – Actual problems of the economy, issue 10 (184), 471–477* [in Ukrainian].

10. Postanova Okruzhnogo administratyvnoho sudu m. Kyieva vid 21.04.2016 r., sudova sprava № 826/10181/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57492644> [in Ukrainian].

11. Sevostianova, H.S. (2016). Suchasnyi stan normatyvno-pravovoho zabezpechennia publichnykh zakupivel v Ukraini [The current state of legal regulation of public procurement in Ukraine]. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seriya: Mizhnarodni ekonomichni vidnosyny ta svitove gospodarstvo – Scientific herald of Uzhgorod National University. Series: International Economic Relations and World Economy, issue 10, 2, 91–96* [in Ukrainian].

12. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 14.09.2016 r. № 3302-06_29640-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfoRezKnowledgeDb&pageNumber=6&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> [in Ukrainian].

13. Pro zatverdzhennia form dokumentiv u sferi publichnykh zakupivel: Nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 22.03.2016 r. № 490. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16> [in Ukrainian].

14. Postanova Vyschoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 02.08.2017 r., sudova sprava № 908/3256/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68090867> [in Ukrainian].

15. Pro zatverdzhennia Poriadku zdiisnennia doporohovykh zakupivel: Nakaz derzhavnoho pidprijemstva «Zovnishtorhvydav Ukrainy» vid 13.04.2016 r. № 35. URL: <http://www.ua-tenders.com/legislation/orders/248043/> [in Ukrainian].

16. ProZorro zekonomyla bilshе 16,7 miliarda hryven. Ekonomichna pravda (2017). URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2017/05/13/624777/> [in Ukrainian].

17. Martynovych, D.I. (2016). Analiz efektyvnosti publichnykh zakupivel yak instrumentu

derzhavnoi dopomohy [Analysis of the effectiveness of public procurement as a tool of state aid]. *Investytsii: praktyka ta dosvid – Investments: practice and experience, issue 18, 70–76* [in Ukrainian].

18. Shchodo poriadku zastosuvannya normatyvno-pravovykh aktiv u razi isnuvannya neuzghodzhnosti mizh pidzakonnymy aktamy: Lyst Ministerstva yustytzii Ukrainy vid 30.01.2009 r. № H-35267-18. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09> [in Ukrainian].

19. Horbatiuk, Ia.V. (2016). Pravova kharakterystyka protsedur publichnykh zakupivel za Zakonom Ukrainy «Pro publichni zakupivli» [Legal characteristic of public procurement procedures according to the Law of Ukraine «On Public Procurement»]. *Yurydychnyi visnyk – Legal Bulletin, issue 3 (40), 132–137* [in Ukrainian].

20. Postanova Kyivskoho apeliatsiinoho hospodarskoho sudu vid 15.05.2014 r., sudova sprava № 910/13820/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38810465> [in Ukrainian].

21. Zvit Antymonopolnoho komitetu Ukrainy za 2016 rik. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=133712&> [in Ukrainian].

22. Rishennia hospodarskoho sudu Sumskoi oblasti vid 28.02.2017 r., sudova sprava № 920/77/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65071774> [in Ukrainian].

23. Vyrok Konotopskoho miskraionnoho sudu Sumskoi oblasti vid 09.03.2016 r., sudova sprava № 577/2881/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56334699> [in Ukrainian].

24. Vyrok Frunzivskoho raionnoho sudu Odeskoi oblasti vid 20.02.2017 r., sudova sprava № 1531/1107/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64840140> [in Ukrainian].

25. Vyrok Lysychanskoho miskoho sudu Luhanskoi oblasti vid 19.09.2017 r., sudova sprava № 415/1739/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69202891> [in Ukrainian].

26. Ohliadovi lyst Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 24.12.2014 r. № 01-06/2304/14. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2304600-14> [in Ukrainian].

27. Rishennia Hospodarskoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 06.11.2017 r., sudova sprava № 922/3403/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70129637> [in Ukrainian].

28. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> [in Ukrainian].

29. Postanova Zaporizkoho raionnoho sudu Zaporizkoi oblasti vid 14.07.2017 r., sudova sprava № 317/1574/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67808152> [in Ukrainian].

30. Vyrok Sambirskoho miskraionnoho sudu Lvivskoi oblasti vid 07.12.2017 r., sudova sprava № 458/327/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70807484> [in Ukrainian].

31. Vyrok Lubenskoho miskraionnoho sudu Poltavskoi oblasti vid 05.04.2016 r., sudova sprava № 539/2402/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57041565> [in Ukrainian].

32. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 01.03.2017 r., sudova sprava № 910/16460/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65081235> [in Ukrainian].

33. Rishennia Hospodarskoho sudu m. Kyieva vid 30.01.2017 r., sudova sprava №910/233/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64466849> [in Ukrainian].

34. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 30.12.2016 p. № 3302-06/42560-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InforezKnowledgeDb&pageNumber=4&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> [in Ukrainian].

Олефир А. А. Проблемы защиты прав участников публичных закупок.

Исследованы проблемы защиты прав участников публичных закупок на разных этапах проведения тендеров, с осуществлением юридической квалификации действий, и проанализирована судебная практика. Определены «слабые места» закона, на основании которых заказчики и участники могут злоупотреблять своими правами, поэтому в целях их устранения разработаны предложения в законодательство.

Ключевые слова: публичные закупки; тендеры; заказчики; судебная практика; изменение договора государственного заказа.

Olefir A. O. Problems of protection of the rights of participants in public procurement.

In this article, the problems of protection of the rights of participants in public procurement at various stages of the tendering process is considering. Besides, the legal qualification of behavior of the key actors the judicial practice were analyzed. There were also defined “weaknesses” of the law, on the basis of which customers and participants can abuse with their rights, therefore, in order to eliminate them, we’ve made proposals to the legislation.

Keywords: public procurement; tenders; customers; judicial practice; change of the contract on public purchase.

Надійшла до редколегії 12.01.2018 р.





ПРОБЛЕМА СТРУКТУРУВАННЯ СУБ'ЄКТІВ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ГОСПОДАРСЬКИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В ІННОВАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Бабай Дар'я Олегівна,

здобувач кафедри господарського права,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: dashababay89@gmail.com

ORCID 0000-0002-6530-0464

Розглянуто необхідність створення чіткої та ефективної системи суб'єктів організаційно-господарських повноважень у сфері інноваційного розвитку.

Ключові слова: національна інноваційна система; інноваційна політика держави; Кабінет Міністрів України; Міністерство освіти і науки України; організаційно-господарський вплив; організаційно-господарські повноваження; інноваційна діяльність.

Постановка проблеми та актуальність теми. У сучасних умовах все більшого значення в системі економічних відносин набуває інноваційний розвиток, що має на меті забезпечення конкурентоспроможності наростаючої економіки, потужності ОПК, підвищення прибутковості господарської діяльності, зменшення деструктивного навантаження навколишньої екології і т.д.

Інноваційна діяльність, у порівнянні з іншими видами господарської діяльності, за своєю природою пов'язана з підвищеними ризиками у зв'язку зі слабо прогнозованою перспективою створення розробок, їх економічної привабливості, успішності запровадження у виробничий процес та реалізації інноваційних товарів і послуг, а також ризиків, створених конкурентами більш ефективних інновацій. Для мінімізації зазначених ризиків, а відтак успішності функціонування інноваційних відносин життєво необхідними є створення та надання реалізації цих відносин спеціальних стимулюючих правових режимів.

Разом із тим застосування таких режимів передбачає цілу систему механізмів організаційно-господарського забезпечення, зокрема: для надання

тих чи інших видів державної допомоги, встановлення необхідної кваліфікації тих чи інших інноваційних проектів, проведення необхідних тендерів тощо. Відтак, оскільки організаційно-господарське забезпечення здійснюється шляхом створення та функціонування спеціальних суб'єктів організаційно-господарських повноважень, особливого значення набуває питання системи підпорядкування та господарської компетенції кожного з них.

В Україні існує ціла низка державних органів, що мають реалізувати державну інноваційну політику в тому чи іншому сегменті національної економіки. Але, як уявляється, їх ефективність є значно нижчою ніж очікування суспільства. Тому дана проблема потребує окремих досліджень, особливо в тому, що стосується кола таких державних органів, розподілу компетенцій між ними щодо інноваційних відносин, а також необхідності та достатності наданих їм повноважень на сучасному етапі розвитку інноваційних відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що організаційно-господарські відносини в господарському праві не є проблематикою, що отримала всебічне наукове вивчення. Зокрема, над нею працювали О. П. Віхров, І. М. Кравець та ін. Однак для інноваційної сфери вона є недостатньо вивченою, оскільки в інноваційному праві предметно розглянуто лише питання інноваційної політики (Д. В. Задохайло, Ю. Є. Атаманова), технологій як об'єкта правового регулювання (О. М. Давидюк, І. І. Бочкова), інноваційного інвестування (О. В. Гладка), а сама система організаційно-господарського забезпечення інноваційної діяльності предметом комплексного дослідження наразі не стала, що свідчить про актуальність обраної теми теми.

Метою статті є формування системи організаційно-господарського впливу на інноваційні відносини та визначення спеціального суб'єкта організаційно-господарських повноважень.

Виклад основного матеріалу. Аналіз географії постачань продукції України на світові ринки свідчить про суттєві недоліки вітчизняної ринкової стратегії завоювання перспективних ринків. Між тим експортний потенціал є важливим фактором конкурентоспроможності країни. Ця проблема пов'язана з

аналізом сучасних міжнародних тенденцій промислової політики, оптимізацією механізму регулювання відкритої економіки України, дослідженням поточних умов міжнародної кооперації, торгівлі та інвестиційної діяльності. Встановлено, що саме стан інноваційності визначає рівень виробництва високотехнологічної продукції, зумовлює фінансування нових видів технологічно місткого, а відтак і наукоємного машино-технічного виробництва та надає додаткові конкурентні важелі експортної політики [1].

Як зауважує Д. В. Задихайло, національна інноваційна політика має базуватись на інноваційній доктрині, яка у свою чергу повинна визначати основні чинники, що стосуються інноваційного потенціалу та інноваційного розвитку країни. Україна знаходиться на периферії глобальних економічних процесів. Ключовим питанням в цьому сенсі є рівень конкурентоздатності національної економіки як такої.

Забезпечення інноваційного характеру економічного розвитку як головного чинника підтримки конкурентоспроможності національних суб'єктів господарювання та національної економіки як такої слід визнати самостійною функцією держави у сфері економіки. Адже проблема систематичного впровадження інновацій у виробництво, постійне зростання обсягів випуску інноваційної продукції зачіпає практично всі види виробництв, ринки всіх основних видів товарів і послуг [2]. Тому саме металургія, сільське господарство, машинобудівна та хімічна промисловість дають понад 80 % українського експорту.

Особливістю експортоорієнтованих галузей України є їх високий рівень залежності від кон'юнктурних коливань на світових ринках. В останні роки обсяг експорту з України нарощується за рахунок сприятливої кон'юнктури світових ринків і постійного зростання цін, насамперед на чорні та кольорові метали, продовольчі товари (зерно, насіння соняшника), хімікати та окремі види продукції машинобудування (верстати, транспортні засоби, зброя).

Набуття Україною у травні 2008 р. членства в СОТ зробило Україну рівноправним партнером на світових товарних ринках. У результаті було

скасовано окремі обмеження та лібералізовано умови доступу на зовнішні ринки для цілої низки українських товарів металургійної, хімічної, машинобудівної галузей та сільського господарства.

Через системну внутрішню та світову фінансово-економічну кризу в 2009 р. обсяги експорту скоротилися майже вдвічі й досягли рівня 2005–2006 рр. У 2010–2011 рр. у результаті стабілізації основних експортних ринків України відбулось поступове відновлення експорту, який у 2011 р. майже на 4 млрд дол. США перевершив рекордний експорт 2008 р. і сягнув майже 83 млрд.

Структура експорту в Україні та світового експорту свідчить про істотне відставання України в частині інноваційної продукції – її питома вага є майже на порядок нижчою, ніж у середньому у світі, й в останні роки практично не збільшилася. З метою створення в Україні дієвої інтегрованої системи державної підтримки експорту, яка сприятиме успішній інтеграції вітчизняної економіки у світовий економічний простір, розроблено й схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України (надалі – КМУ) від 01.08.2013 р. № 5586-р Концепцію створення системи державної підтримки експорту України. Тому, на нашу думку, експортний потенціал країни є важливим фактором конкурентоспроможності країни [3].

Для України характерні низькі показники експорту високотехнологічних товарів і послуг. Це свідчить про недосконалу структуру конкурентних переваг української економіки, яка базується передусім на цінових факторах і порівняльних перевагах у вартості природних ресурсів та робочої сили. При цьому не використовуються належним чином наявні високотехнологічні можливості окремих галузей промисловості.

Розвиток виробництва товарів з високою доданою вартістю є головним пріоритетом у створенні бази для нарощування обсягів та поліпшення структури українського експорту в напрямі збільшення в ньому питомої ваги високотехнологічних товарів. Це дозволяє дійти висновку про незадовільний рівень інноваційності вітчизняних товарів і послуг, а тому без підвищення ціни

доданої вартості не буде успіху.

Для забезпечення прискореного застосування новітніх технологій, підвищення конкурентоспроможності продукції та послуг розвинені країни використовують венчурну індустрію. Можливості вітчизняних підприємств проводити за рахунок власних ресурсів модернізацію та реконструкцію виробничих процесів, розробляти та впроваджувати інноваційну продукцію є сьогодні обмеженими. Особливо відчувається потреба у фінансових ресурсах в умовах кризових явищ в економіці України. Тому залучення венчурного капіталу як способу цільового інвестування інноваційних розробок має стати каталізатором запровадження інноваційних технологій на вітчизняних підприємствах.

Розвиток венчурних фондів в Україні можна поділити на два етапи відповідно до часу їх появи. Перший етап охоплює 1992–2001 рр. і характеризується створенням і функціонуванням венчурних фондів за рахунок іноземних інвестицій [4]. З 1994 р. у нашій державі існували інвестиційні фонди та компанії й їхня діяльність регулювалась Положенням «Про інвестиційні фонди та інвестиційні компанії», затвердженим Указом Президента України. На той час інвестиційні та взаємні фонди створювалися спеціально з метою забезпечення процесів масової приватизації. Серед них можна назвати Western NIS Enterprise Fund (150 млн дол., виділених урядом США для освоєння в харчовій промисловості, сільському господарстві, виробництві будівельних матеріалів, фінансовому секторі України, Sigma Blayzer (капітал 100 млн дол.), фонд прямих інвестицій «Україна» (капітал 22,5 млн дол., більша частина якого була внесена ЄБРР, МФК, Greditanstalt Investment Bank AG, Commercial Capital, Банком Бостона і приватними інвесторами). Другий етап розпочався у 2001 р. і триває донині.

В Україні інститути венчурного фінансування набули законодавчого оформлення у 2001 р. з прийняттям Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 01.03.2001 р. № 2299-III, який у 2012 р. був оновлений актуальним на сьогодні Законом

України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 р. № 5080-VI, який набрав чинності 01.01.2014 р. Згідно із ст. 7 цього Закону венчурним фондом є недиверсифікований інститут спільного інвестування закритого типу, який здійснює винятково приватне (закрите, тобто шляхом пропозиції цінних паперів заздалегідь певному колу осіб) розміщення цінних паперів інституту спільного інвестування серед юридичних і фізичних осіб [5].

Тривала економічна криза в Україні, стагнація національного фондового ринку, впровадження законодавчих і податкових змін у сферу інститутів спільного інвестування (надалі – ІСІ) разом із суспільно-політичною та військовою турбулентністю, посилення тиску на бізнес із боку уряду негативно вплинули на діяльність інститутів спільного інвестування та результати їх діяльності. У країні продовжується згортання діяльності професійних учасників ІСІ. У 2013 р. кількість компаній з управління активами (надалі – КУА), які вийшли з бізнесу, перевищила кількість новостворених. Станом на кінець 2013 р. в Україні функціонувало 347 КУА, тоді як у 2008 р. – 409. У третьому кварталі 2014 р. кількість компаній з управління активами продовжувала зменшуватись – з початку 2014 р. учасників ринку управління активами поменшало на 10 (із 347 до 337 станом на 30.09.2014 р.) [6].

Український венчурний капітал схильний реалізовувати середньоризикові та короткострокові інвестиційні проекти. Галузева структура венчурних інвестицій деформована, домінуючими реципієнтами є сфери комп'ютерної техніки та фінансових послуг [7]. Це можна пояснити бажанням інвесторів отримати швидкий дохід, що не суперечить філософії венчурного фінансування. Варто зазначити, що перекося у сфері венчурного фінансування призвели до того, що протягом останніх двох років у сферу фінансових послуг спрямовується більше 50 % венчурних інвестицій [8]. Тобто значні кошти вкладають не у високоризикові інноваційні розробки, а просто в цінні папери з метою отримання доходів у вигляді дивідендів і відсотків [5]. Інвесторам немає сенсу брати на себе високі ризики інноваційних ідей, адже вони і так мають змогу отримувати високі прибутки.

Національна інноваційна система (надалі – НІС) має бути цілісною організацією, в межах якої відбуваються інноваційні процеси, починаючи з інноваційних розробок, комерціалізації і навіть реалізації інноваційної продукції. Але НІС є доволі розгалуженим, ієрархічно розбудованим феноменом. Мова йде про те, що в якій передбачає наявність активного організаційно-господарського впливу.

Розробкою поняття «національна інноваційна система» займається економічна наука, в межах якої вже склались деякі підходи до її визначення. НІС розглядається нею як комплекс економічно взаємодіючих наукових та інноваційних елементів й інституційних структур соціально-економічної системи, які забезпечують господарський розвиток і зростання якості життя населення на базі знань і нововведень шляхом генерування результатів інноваційної діяльності. Під поняттям «національна інноваційна система» розуміють сукупність інститутів приватного й державного секторів, які індивідуально та у взаємодії один з одним зумовлюють розвиток і розповсюдження нових технологій у межах певної держави [9].

Створення НІС як основного механізму саморозвитку сьогодні є головним фактором довгострокового зростання економіки, реалізації інноваційної моделі розвитку інноваційної політики. Термін «національна інноваційна система» згідно з розпорядженням КМУ трактується як «сукупність законодавчих, структурних і функціональних компонентів (інституцій), які задіяні у процесі створення та застосування наукових знань та технологій і визначають правові, економічні, організаційні та соціальні умови для забезпечення інноваційного процесу» [10]. Н. А. Івановою національна інноваційна система розглядається як сукупність взаємопов'язаних організацій (структур), зайнятих виробництвом і комерціалізацією наукових знань і технологій у межах національних кордонів. Нею також охоплюється комплекс інститутів, що забезпечують інноваційні процеси, правового, фінансового та соціального характеру [11]. На думку А. В. Бочарова та Ю. М. Шмельова, її сутність полягає у створенні державно-приватного інноваційного партнерства,

за яким держава підтримує науково-технічний сектор і систему освіти – джерела інновацій, забезпечує вільний доступ до результатів наукових досліджень у державному секторі, створює умови для їх комерційного використання, необхідну інфраструктуру, систему підготовки кваліфікованого персоналу та нормативно-правову базу для стимулювання інноваційного підприємництва; бізнес же бере на себе комерційний ризик роботи на ринку інноваційної продукції [12].

Основоположниками теорії національних інноваційних систем прийнято вважати Б.-А. Лундвала (Швеція), Р. Нельсона (США), К. Фрімена (Великобританія), які практично одночасно сформували основи нової концепції інноваційного розвитку. Сьогодні концепція національної інноваційної системи широко використовується у багатьох країнах світу при розробці стратегій і програм розвитку, однак не існує єдиного підходу щодо визначення сутності поняття «національна інноваційна система». Навіть основоположники цієї концепції використовували різні підходи до трактування його сутності, що в основному було обумовлено різними завданнями дослідження та поглядами на економічні явища та процеси.

Більш розгорнутим і точним є формулювання, наведене Л. Федуловою та М. Пашутою: національна інноваційна система – це сукупність взаємозв'язаних організацій (структур), зайнятих виробництвом і комерціалізацією наукових знань і технологій у межах національних кордонів, малих і великих компаній, університетів, лабораторій, технопарків та інкубаторів як комплексу інститутів правового, фінансового й соціального характеру, що забезпечують інноваційні процеси і мають потужне національне коріння, традиції, політичні та культурні особливості [13].

Також національна інноваційна система як категорія характеризується структурованістю, цілісністю, відособленістю, підпорядкуванням загальній меті стимулювання, забезпечення й поширення інноваційних трансформацій. З одного боку, вона є генератором нових ідей, знань та забезпечує доведення їх до інноваційного продуктів та інновацій, а з іншого – вона самостійно визначає

напрями своїх інноваційних процесів, ієрархічність та кінцевий результат інноваційної діяльності суб'єктів господарювання. Таким чином, національна інноваційна система являє собою більш віртуальну категорію, ніж реальну.

Необхідною умовою ефективності законодавства з питань здійснення інноваційної діяльності, розбудови та функціонування національної інноваційної системи, а також реалізації інноваційної моделі економічного розвитку України є формування оптимального механізму господарсько-правового забезпечення інноваційної політики держави, завданням якої виступає забезпечення створення та стійкого розвитку ефективної національної інноваційної системи. Однак до цього часу в Україні не отримали не тільки законодавчого закріплення, а й не стали предметом глибокого наукового правового дослідження низка питань, без вирішення яких неможливо очікувати прогнозованих змін у засадах функціонування національної економіки в напрямку її переорієнтації на інноваційну модель: зміст інноваційної функції держави, предмет державної інноваційної політики, засади, господарсько-правові засоби та механізм її реалізації. Виконання державної інноваційної політики потребує встановлення також системи органів державної влади, що наділені господарською компетенцією в інноваційній сфері та на які покладасться забезпечення проведення державної інноваційної політики.

Наведені аргументи свідчать, що чинним законодавством України про інноваційну діяльність не забезпечуються необхідні нормативні передумови для створення та ефективного функціонування єдиної національної інноваційної системи, без якої інноваційна модель розвитку національної економіки не може бути реалізована [14]. Тому вважаємо, що необхідною умовою успішної інноваційної діяльності є її інституційне забезпечення. Йдеться, з одного боку, про існування відповідних державних органів – міністерств, державних комітетів, управлінь, а з іншого – про закони, норми, правила, стандарти інноваційно-впроваджувальних процесів. На нашу думку, основою інноваційної системи повинна бути, насамперед, стабільна та прозора структура управління інноваційною діяльністю й усталена структура

інститутів.

Організаційно-господарський вплив здійснюється суб'єктами організаційно-господарських повноважень зі спеціальною господарською компетенцією, якої має бути достатньо для досягнення цілей, що зафіксовані інноваційною політикою держави. Але, зрозуміло, що такі суб'єкти можуть охоплювати окремі ланки інноваційної системи, окремі інноваційні ланцюги та траєкторії або навіть окремі сектори та галузі економіки. Від того, яким чином буде сформована вся система організаційно-господарського впливу на інноваційні відносини, залежить кінцева ефективність інноваційних процесів.

Зрозуміло, що в цій системі має бути спеціальний суб'єкт організаційно-господарських повноважень, який би був відповідальний перед державою та суспільством за процес інноватизації національної економіки як такий та відповідно координував би діяльність інших підпорядкованих суб'єктів, предметом відання яких була б інноваційна діяльність, обмежена галузевими чи проектними межами. Таким чином, ця система топографії органів держав, що опікується інноваціями, розмежування їх компетенції та визначення характеру підпорядкованості й взаємодії між ними є першим завданням формування системи та механізму організаційно-господарського впливу держави на інноваційні процеси.

Другим завданням є створення для кожного з таких органів необхідної та достатньої (ефективної) компетенції, що складалась саме з такого кола повноважень і передбачених засобів впливу, які б забезпечували б ефективність державного регулювання в цій сфері.

За логікою саме НІС має бути основним об'єктом організаційно-господарського впливу, а відтак суб'єкти організаційно-господарських повноважень в інноваційній сфері мають бути таким чином структуровані та взаємодіяти, щоб в кінцевому рахунку охопити всі ланки НІС й основні види взаємозв'язку між ними. Очевидно також, що серед органів державної виконавчої влади має отримати «прописку» і такий суб'єкт організаційно-господарських повноважень, який виконував би для НІС загальну і керівну

роль. Усі інші суб'єкти організаційно-господарських повноважень мали б отримати спеціальний статус і бути підпорядковані цьому керівному органу.

Таким чином, універсальність суб'єктів організаційно-господарських повноважень в інноваційній сфері предметної діяльності є НІС як така. Тому існує ціла низка підпорядкованих йому органів, суб'єктів, предметна діяльність яких обмежена або ланкою НІС, або галузевою інноваційною системою, або проектом. Але визначальною системою таких спеціалізованих суб'єктів організаційно-господарських повноважень є відносини інноваційної діяльності. Сьогодні постає питання, який саме орган виконавчої влади виконує для НІС загальну і керівну роль. Можливо це КМУ зі своєю компетенцією. Однак ця компетенція є по суті універсальною, а тому існує низка проблем. Основна – це те, що КМУ існує без спеціального апарату. Провідним органом є також Міністерство освіти і науки та Міністерство промислової політики (у сфері промисловості). Можна також виділити Міністерство економіки. У сфері інтелектуальної власності на Міносвіти покладається ціла низка функцій, у зв'язку з чим у ньому сформовано окремий підрозділ – Державний департамент інтелектуальної власності. Крім того, створено Національну раду з інноваційного розвитку зі статусом дорадчого органу та визначено низку основних завдань з формування державної політики в інноваційній сфері. Тому, очевидно, у структурі державного апарату існує мінімум три органи, які уповноважені брати участь у формуванні та забезпеченні здійснення інноваційної політики. При цьому кожний з них виконує окремі функції й завдання та на кожного з них покладено різні повноваження.

Отже, дослідження проблеми структурування суб'єктів організаційно-господарських повноважень в інноваційній сфері дозволяє дійти таких **висновків:**

1. Ключовим завданням національної економічної політики є різке підвищення інноваційного рівня товарів і послуг, що виробляються національними товаровиробниками, технологічного рівня всієї виробничої бази національної економіки. Воно вирішується шляхом активізації інноваційної

діяльності та запровадження її результатів у виробничий процес. Відтак, створення ефективної НІС та забезпечення її успішного функціонування є першочерговою проблемою розвитку національної економіки.

2. Досягнення такої ефективності можливо в першу чергу за рахунок створення досконалого організаційно-господарського забезпечення інноваційних відносин, ключовою ланкою якого є система суб'єктів організаційно-господарських повноважень і системний характер їх функціонування, забезпечення діяльності названих суб'єктів дієвими засобами господарсько-правового впливу, включаючи засоби державної допомоги, застосування спеціальних режимів інноваційного господарювання тощо.

3. Організація системи суб'єктів організаційно-господарських повноважень є проблемним питанням у системі органів державної виконавчої влади, адже існуючі суб'єкти створені так би мовити в «реактивному» порядку, а не є продуктом науково обґрунтованого підходу, відтак вони працюють здебільшого автономно один від одного, без належної координації впливу, що має набути системного характеру синергетичного за своєю ефективністю.

4. Формування оптимального механізму господарсько-правового забезпечення інноваційної політики держави може здійснюватись на підставі певних об'єктів організаційно-господарського впливу та кореспондуючого їм кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

5. За логікою саме НІС має бути основним об'єктом організаційно-господарського впливу, а відтак суб'єкти організаційно-господарських повноважень в інноваційній сфері повинні бути таким чином структуровані та взаємодіяти, щоб у кінцевому результаті охопити всі ланки НІС, а також основні види взаємозв'язку між ними.

6. Очевидно, що серед органів державної виконавчої влади має отримати «прописку» і такий суб'єкт організаційно-господарських повноважень, який би виконував для НІС загальну й керівну роль. Усі інші суб'єкти організаційно-господарських повноважень мали б отримати спеціальний статус і підпорядковуватись цьому керівному органу.

Список літератури:

1. Седоволоса Н. І. Господарсько-правове забезпечення експорту інноваційної продукції суб'єктами господарювання України: автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2015. 18 с.
2. Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2013. 38 с.
3. Юрьева Т. В., Марыганова Т. В. Макроэкономика: учебно-методический комплекс. Москва, 2008. 286 с.
4. Савченко В. Ф., Шатирко Д. В. Проблеми венчурного інвестування в Україні. *Науковий вісник ЧДІЕУ*. 2013. № 2 (18). С. 7–13.
5. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 р. № 5080-VI. URL: <http://www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5080-17>.
6. Українська асоціація венчурного бізнесу. Аналітичний огляд ринку ІСІ в Україні. URL: <http://www.uaib.com.ua>.
7. Олейников А. Венчурные фонды в Украине: внутрикорпоративная оптимизация или высокотехнологический прорыв? URL: <http://www.inventure.com.ua/analytys/formula>.
8. Danilov, O. D., Nayenko, T. V. (2014). Venture financing innovation in Ukraine. *Problems and Prospects. Business-Inform*, 9, 92–97.
9. The strategic answer of Russia to calls of a new century/under general edition. academician. L.I. Abalkina. M.: "EXAMINATION", 2004. – 606.
10. Про схвалення концепції розвитку національної інноваційної системи: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.06.2009 р. № 680-р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/680-2009-%D1%80>.
11. Иванова Н. Национальные инновационные системы. *Вопросы экономики*. 2001. № 7. С. 61.
12. Бочаров А. В., Шмелев Ю. М. Государственная инновационная политика – формирование инновационной системы. — *Национальные инновационные системы: Формирование. Развитие: тематична інформаційно-аналітична добірка*. Вип. 5 / упоряд. В. Нежиборець. Київ: НДІ ІВ, 2005. С. 38–41.
13. Волков О. І., Денисенко М. П., Гречан А. П. та ін. Економіка і організація інноваційної діяльності: підручник / за ред. проф. О. І. Волкова, проф. М. П. Денисенка. Київ: ВЦ «Професіонал», 2004. 960 с.
14. Атаманова Ю. Є. Основні проблеми системного господарсько-правового регулювання відносин в інноваційній сфері: автореф. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2009.

References:

1. Siedovolosa, N.I. (2015). Hospodarsko-pravove zabezpechennia eksportu innovatsiinoi produktsii sub'iektamy hospodariuvannia Ukrainy. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
2. Zadykhailo, D.V. (2013). Pravovi zasady formuvannia ta realizatsii ekonomichnoi polityky derzhavy. *Extended abstract of doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
3. Jur'eva, T.V., Maryganova, T.V. (2008). Makroekonomika: uchebno-metodicheskij kompleks. Moskva [in Russian].
4. Savchenko, V.F., Shatyrko, D.V. (2013). Problemy venchurnoho investuvannia v Ukraini. *Naukovyi visnyk ChDIEU*, 2 (18), 7–13 [in Ukrainian].

5. Pro instytuty spilnogo investuvannia: Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 r. № 5080-VI. URL: <http://www.zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5080-17>.
6. Ukrainska asotsiatsiia venchurnoho biznesu. Analitychnyi ohliad rynku ISI v Ukraini. URL: <http://www.uaib.com.ua> [in Ukrainian].
7. Olejnikov, A. Venchurnye fondy v Ukraine: vnutrikorporativnaja optimizacijai ili vysokotekhnologicheskij proryv? URL: <http://www.inventure.com.ua /analytycs/formula> [in Russian].
8. Danilov, O.D., Nayenko, T.V. (2014). Venture financing innovation in Ukraine. *Problems and Prospects. Business-Inform*, 9, 92–97 [in Russian].
9. Visnyk Natsionalnoho universytetu «Iurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho». Serii: Ekonomichna teoriia ta pravo. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. Pro skhvalennia kontseptsii rozvytku natsionalnoi innovatsiinoi systemy: Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17.06.2009 r. № 680-r. URL: zakon3.rada.gov.ua/laws/show/680-2009-%D1%80.
11. Ivanova, N. (2001). Nacional'nye innovacionnye sistemy. *Voprosy ekonomiki*, 7, 61.
12. Bocharov, A.V., Shmelev, Ju.M. (2005). Gosudarstvennaja innovacionnaja politika – formirovanie innovacionnoj sistemy. *Nacional'nye innovacionnye sistemy: Formirovanie. Razvitie: tematichna informacijno-analitichna dobirka, issue 5*, V. Nezhyborets (Ed.). Kyiv: NDI IV, 38–41. [in Russian].
13. Volkov, O.I., Denysenko, M.P., Hrechan, A.P. [et al.]. (2004). *Ekonomika i orhanizatsiia innovatsiinoi diialnosti*. O.I. Volkov, M.P. Denysenko (Eds.). Kyiv: Profesional [in Ukrainian].
14. Atamanova, Yu.Ye. (2009). Osnovni problemy systemnoho hospodarsko-pravovoho rehuliuвання vidnosyn v innovatsiinii sferi. *Extended abstract of doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

Бабай Д. О. Проблема структурирования субъектов организационно-хозяйственных полномочий в инновационной сфере.

Рассматривается вопрос определения субъектов инновационной деятельности как субъектов хозяйствования, необходимостью создания четкой системы субъектов организационно-хозяйственных полномочий в сфере инновационного развития.

Ключевые слова: национальная инновационная система; инновационная политика государства, Кабинет Министров Украины; Министерство образования и науки Украины; организационно-хозяйственное влияние; организационно-хозяйственные полномочия; инновационная деятельность.

Babai D. O. Problem of structuring subjects of organizational and economic powers in the innovation sphere.

The article considers the issue of determining subjects of innovation activity as economic entities, the need to create a clear system of subjects of organizational and economic powers in the sphere of innovative development.

Keywords: national innovation system; innovation policy of the state; Cabinet of Ministers of Ukraine; Ministry of Education and Science of Ukraine; organizational and economic influence; organizational and economic powers; innovative activity.

Надійшла до редколегії 20.03.2018 р.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ ТА БАНКРУТСТВА (РЕТРОСПЕКТИВНИЙ І ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ)

Вольвач Богдан Володимирович,
аспірант кафедри господарського
права, Національний юридичний
університет імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: ipad270318@gmail.com
ORCID 0000-0002-3025-5210

Розглянуто проблеми вдосконалення змісту правового регулювання економічних відносин у сфері неплатоспроможності та банкрутства. Особливу увагу приділено правовідносинам у сфері неплатоспроможності й банкрутства, а також проблемі їх правової регламентації. Здійснено ретроспективний і порівняльно-правовий аналіз на прикладі країн з розвинутою економікою.

Ключові слова: неплатоспроможність; банкрутство; боржник; правове регулювання банкрутства; правове регулювання неплатоспроможності; ретроспектива; економіка.

Постановка проблеми. Формування в Україні високоцивілізованого суспільства на засадах європейської інтеграції можливе шляхом реформування основних економіко-правових засад його життєдіяльності, до яких слід віднести і правове регулювання відносин неплатоспроможності та банкрутства. За часи незалежності України це питання знаходиться в постійному динамічному розвитку, що обумовлено як різноспрямованістю його розгляду різними вченими, так і змінами в нормативно-законодавчому забезпеченні його вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам формування ефективної моделі правового регулювання відносин неплатоспроможності та банкрутства на основі аналізу існуючих моделей у розвинених країнах присвячено значну кількість наукових праць, зокрема таких учених, як О. Пасхавер, Л. Верховодова, К. Агєєва, В. Джунь, О. Коваленко, К. Пралічен, Б. Поляков, М. Тітов та ін.

Метою статті є обґрунтування пропозиції щодо визначення напрямків подальшого розвитку законодавства України у сфері неплатоспроможності та банкрутства.

Виклад основного матеріалу. Уперше питання правового забезпечення процедури банкрутства в Україні викладено в Законі України «Про банкрутство» [1], який уведений в дію Постановою Верховної Ради України від 14.05.1992 р. № 2344-ХІІ [2]. Слід зазначити, що в цьому законодавчому акті визначено лише загальні положення системи державного регулювання процедури неплатоспроможності, проте не приділено увагу необхідності створення державного органу з регулювання процедури банкрутства. Такий орган виконавчої влади було створено Указом Президента України від 17.06.1996 р. № 435/96 [3] – Агентство з питань запобігання банкрутству підприємств та організацій, який був прямо підпорядкований Кабінету Міністрів України. Постановою Кабінету Міністрів України від 22.08.1996 р. № 990 [4] було затверджено Положення про дане Агентство, в якому визначались його основні завдання, а саме:

- реалізація заходів щодо запобігання банкрутству підприємств та організацій;
- проведення за участю міністерств, інших центральних органів виконавчої влади аналізу фінансово-господарського стану підприємств та організацій, майно яких перебуває в державній власності, з метою визначення неплатоспроможних підприємств та організацій;
- ведення реєстру неплатоспроможних підприємств та організацій, майно яких перебуває у державній власності;
- здійснення функцій щодо управління майном підприємств та організацій, занесених до реєстру;
- проведення експертизи проектів програм оздоровлення фінансового стану та запобігання банкрутству підприємств та організацій, занесених до реєстру;
- здійснення заходів щодо реорганізації та санації неплатоспроможних

підприємств та організацій, занесених до реєстру;

– методологічне забезпечення вирішення питань, пов'язаних з неплатоспроможністю підприємств та організацій.

Незважаючи на значні доповнення до Закону України «Про банкрутство» [1], його дія мала низьку ефективність, що обумовило доцільність розробки нового законодавчого забезпечення з питань неплатоспроможності та банкрутства. З 01.01.2000 р. набрав чинності новий Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом» від 30.06.1999 р. № 784-XIV [5] і розпочато другий етап розвитку правового регулювання у сфері банкрутства. Особливостями нової законодавчої політики були:

- 1) чітке визначення умов та порядку визнання боржника банкрутом;
- 2) чітке визначення умов та порядку відновлення платоспроможності боржника та проведення процедури ліквідації з метою повного або часткового задоволення вимог кредиторів;
- 3) відповідно до цього отримало подальший розвиток і саме поняття «банкрутство» – це визнання господарським судом неспроможності боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше як через застосування ліквідаційної процедури;
- 4) законодавчо закріплено існування державного органу з питань банкрутства та встановлено його повноваження, завдання, функції, відповідальність. Однак слід вказати на деякі нюанси визначення підпорядкованості цього державного органу. Так, Указом Президента України від 23.10.2000 р. № 1159/2000 [6] повноваження державного органу з питань банкрутства відповідно до Закону було покладено на Міністерство економіки України. Згодом у складі Міністерства економіки України Постановою Кабінету Міністрів України від 27.03.2006 р. № 370 було створено Державний департамент з питань банкрутства як урядовий орган державного управління [7], яке було затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 19.04.2006 р. № 533 [8]. Однак пізніше повноваження державного органу з

питань банкрутства Указом Президента України від 06.04.2011 р. № 395/2011 було покладено на Міністерство юстиції України [9];

5) вперше одним із суб'єктів процедури банкрутства відповідно до законодавства є ліцензований арбітражний керуючий (керуючий санацією, ліквідатор, розпорядник майна), який і здійснює процедуру санації для задоволення вимог кредиторів у повному або частковому обсязі.

Цей нормативно-законодавчий акт використовувався протягом нетривалого часу у зв'язку із суттєвими змінами в економіці України, обумовленими як кризовими явищами у світовій економіці, так і внутрішніми соціально-економічними й політичними проблемами. Усе це зумовило необхідність удосконалити нормативно-правове забезпечення процедур неплатоспроможності та банкрутства шляхом розробки законодавчих норм і Верховною Радою України 22.12.2011 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» № 4212-VI, який набрав чинності 19.01.2013 р. [10].

Цей нормативно-законодавчий акт має низку особливостей стосовно:

- 1) відміни ліцензування діяльності арбітражних керуючих та заборони їх діяльності без наявності договору страхування ризиків;
- 2) припинення процедури банкрутства за відсутності боржника;
- 3) розширення компетенцій господарського суду, який може вирішувати всі майнові права;
- 4) розширення переліку підстав для оскарження угод боржника ще до порушення судової справи про банкрутство, наявність яких надає можливість уникнути судового розгляду та зберегти репутацію боржника. До таких підстав слід віднести: виконання боржником майнових зобов'язань раніше встановленого строку; безкоштовне здійснення боржником відчуження майна; прийняття на себе зобов'язань без відповідних майнових дій іншої сторони; відмова від власних майнових вимог; прийняття боржником заставних зобов'язань для виконання грошових вимог;

5) покладення субсидіарної відповідальності за зобов'язання боржника у разі недостатності його майна для задоволення вимог кредиторів на учасників або акціонерів, що підвищує рівень відповідальності останніх при аналізі та оцінці результатів фінансової діяльності підприємства;

6) підвищення рівня поінформованості кредиторів щодо процедури банкрутства боржника через офіційне оприлюднення оголошення про порушення справи про банкрутство на офіційному веб-сайті Вищого господарського суду України в мережі Інтернет. Це сприятиме пришвидшенню процесу банкрутства, підвищенню рівня достовірності інформації щодо кількості кредиторів та обсягу майнових претензій;

7) визначення порядку задоволення вимог тільки конкурсних кредиторів, які визнані господарським судом і перелік яких міститься в реєстрі вимог кредиторів, що підвищить рівень правової грамотності суб'єктів господарювання в частині укладання та оскарження умов господарських угод;

8) визначення ухвал та постанов, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку.

Але на особливу увагу заслуговують такі нововведення в законодавчу базу з питань банкрутства, як порядок проведення досудової санації та процедури ініціювання спрощеної процедури банкрутства боржника, що ліквідується самим власником. На нашу думку, саме ці положення дають сьогодні можливість більш гнучко адаптувати національне законодавство з питань неплатоспроможності та банкрутства до європейських правових норм та підвищити рівень цивілізованості вирішення цих питань у перспективі.

Згідно з ч. 1 ст. 51 Закону України «Про банкрутство» [1], якщо вартості майна боржника – юридичної особи, щодо якого прийнято рішення про ліквідацію, недостатньо для задоволення вимог кредиторів, така юридична особа ліквідується в порядку, передбаченому цим Законом.

Відповідне правило передбачене ч. 3 ст. 110 Цивільного кодексу України [11], яка містить загальні положення про ліквідацію юридичної особи.

Спрощена процедура банкрутства, яка передбачена ст. 51 Закону України

«Про банкрутство» (банкрутство боржника, що ліквідується власником), впливає з процедури добровільної ліквідації юридичної особи, тобто ліквідації юридичної особи за рішенням її учасників (власників) або органу, уповноваженого на це установчими документами.

У зв'язку з цим необхідними передумовами для звернення із заявою про порушення провадження у справі про банкрутство боржника в порядку ст. 51 Закону України «Про банкрутство» є дотримання вимог цивільного та господарського законодавства щодо добровільної ліквідації юридичної особи.

Неплатоспроможність боржника має бути стійкою й не піддаватися усуненню попри здійснені судовим заходам з відновлення платоспроможності суб'єкта, що зумовлює застосування спеціальної судової процедури – ліквідаційної процедури, спрямованої на ліквідацію заборгованості банкрута.

Розглянувши досудові процедури банкрутства, досудової санації, можна виокремити її основні переваги стосовно судової санації. Вона є більш ефективною, економічно вигідною як для підприємства, так і кредиторів. Результати проведеного дослідження свідчать про те, що судова та досудова процедури є достатньо важким і важливим процесом, який потребує дослідження з урегулюванням відповідних питань, що не розкриті у законодавстві.

Таким чином, можна дійти висновку про те, що застосування відповідної процедури санації, ліквідації чи мирової угоди може мати як позитивні, так і негативні наслідки як для боржника, так і підприємства в цілому і призвести як до відновлення платоспроможності підприємства, відновлення його господарської діяльності, так і до закінчення його існування через ліквідацію.

Особливу увагу необхідно приділити правовідносинам, пов'язаним з банкрутством, які регулюються низкою нормативно-правових актів різної юридичної сили, що в сукупності складають окремий інститут у системі господарського законодавства. Нормативно-правові акти цього інституту можна поділити на три види: акти законодавства загальної сфери дії, що містять

окремі норми стосовно регулювання відносин, пов'язаних з банкрутством (Господарський кодекс [12], Цивільний кодекс [11]); акти законодавства, що визначають правове становище окремих видів суб'єктів з винятковим видом діяльності (банки, інститути спільного інвестування, страхові компанії) чи певною організаційно-правовою формою (кооперативи, господарські товариства, фермерське господарство) і містять окремі норми щодо можливості визнання таких суб'єктів банкрутами; спеціальні акти законодавства, що регулюють порядок визнання суб'єктів підприємництва банкрутами: Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом» (далі – Закон), Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Державного департаменту з питань банкрутства» від 27.03.2006 р. № 370 [7] та ін.

Правовідносини у сфері банкрутства можна умовно поділити залежно від того, де знаходяться правові норми, спрямовані на розв'язання проблем заборгованості приватних осіб. Від цього залежать методи правового регулювання усього комплексу правових відносин, що виникають із неспроможності особи виконати свої майнові зобов'язання із наявного майна.

Якщо це є частиною публічного права (М. В. Телюкіна вказує на те, що ця сфера правового регулювання складається із публічно-правових та приватноправових норм [13]), то будуть застосовуватися заходи здебільшого примусового характеру для якомога повного задоволення вимог кредиторів.

Якщо вважати банкрутство інститутом приватного права (В. Ф. Попондопуло стверджує, що, незважаючи на комплексність правового регулювання відносин неспроможності, це є інститутом приватного права [14]), то розв'язання проблем заборгованості відбуватиметься методами, що використовуються у відносинах між рівними учасниками майнового обігу.

Якщо процедури банкрутства є судовими формами задоволення майнових вимог кредиторів (О. А. Рягузов називає процедурні правила законодавства про банкрутство «процесуальною формою» відносин неспроможності [15]), то ця сфера законодавства має складатися переважно з процесуальних норм і

процедур з розгляду справи про банкрутство в суді.

Важливо звернути увагу на те, яким чином порушені питання вирішуються в наднаціональному праві Європейського Союзу. Особливо це важливо з огляду на те, що Україна заявила про наміри набути членства в цьому міждержавному об'єднанні.

У Європейському Союзі банкрутство, якщо використовувати відому термінологію, самостійною галуззю права не визнається. Нормативні акти, пов'язані з банкрутством, окремо не виділені. Разом із тим норми, спрямовані на регулювання відносин неспроможності суб'єктів права, можна знайти в деяких визначених сферах правового масиву ЄС.

Банкрутство в європейських країнах вважається важливою частиною права компаній. У разі припинення діяльності неспроможної юридичної особи застосовуються спеціальні правила для рівного розподілу виторгу від реалізованого майна такої особи [5].

Законодавство ЄС гарантує особам право вільно брати участь у складеному капіталі будь-якої компанії незалежно від того, в якій країні вона зареєстрована. Іншою стороною такого права є зобов'язання повернути інвестовані в компанію кошти, в тому числі й у разі її неспроможності. Тому в ЄС процедура банкрутства як елемент ринково орієнтовної економіки [16] є важливим юридичним засобом розв'язання проблем заборгованості у структурі права компаній.

Зрозуміло, що компанія може припинити свою діяльність у разі неможливості вести бізнес на засадах самоокупності. У випадку недостатності майна для виконання своїх майнових зобов'язань компанії кредитори чи боржник можуть ініціювати процедуру банкрутства, яка спрямована на відновлення прибутковості або на задоволення майнових вимог кредиторів шляхом ліквідації майна за правилами, встановленими у спеціальному законодавстві.

Припинення діяльності неспроможної підприємницької організації за правилами законодавства про банкрутство має на меті забезпечити належний захист майнових інтересів кредиторів, іноді багатьох сотень кредиторів, які

мають майнові вимоги до боржника. У більшості випадків такий спосіб є кращим як для боржника, так і кредиторів. Необхідно також зазначити, що забезпечення прав кредиторів у справах про транскордонні банкрутства, коли кредитори неспроможної компанії перебувають на території кількох країн, є досить складною процедурою.

Банкрутство в праві ЄС пов'язане також із законодавством про конкуренцію, що належить до сфери управління економікою. Відомо, що в цьому міждержавному утворенні особлива увага приділяється юридичним засобам підтримки справедливої конкуренції. Зазначимо, законодавство про конкуренцію вважають тією сферою правового регулювання приватних відносин, яка має бути предметом для гармонізації законодавства країн – претендентів на членство в ЄС [17]. Наведене вище має прямий зв'язок з правом банкрутства, оскільки процедури банкрутства є тими ринковими механізмами, які стоять на сторожі чесної конкуренції, допомагають регулюванню майнових відносин між учасниками економічних відносин без прямого втручання держави.

Сьогодні в ЄС діє спеціальний нормативний акт, що регулює відносини неспроможності в транскордонних справах, – Регламент Ради ЄС 1346/2000 від 29.05.2000 р. про процедури неспроможності (the Council Regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings) [18]. Основним завданням розробників Регламенту стало впровадження системи заходів щодо розв'язання проблем у транскордонних банкрутствах шляхом забезпечення координації судових проваджень у множинних судових справах про банкрутство.

Господарсько-правова політика держави, базуючись на положеннях конституційного економічного порядку, економічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини і зафіксована у змісті державних програм економічного розвитку як обов'язкова, структурна та інструментальна її складова, є імперативною концептуальною позицією держави щодо напрямів та змісту подальшого розвитку господарського законодавства, вдосконалення

практики його застосування, оптимізації правового господарського порядку як такого [19].

Висновки. У результаті проведеного аналізу встановлено, що стосовно розміщення норм, спрямованих на регулювання правовідносин неспроможності, в системі права ЄС використано функціональний підхід. Правові норми, які стосуються неспроможності, можна знайти у різних сферах правового масиву ЄС, враховуючи те, на регулювання яких правовідносин вони спрямовані.

Незважаючи на те, що в кожній державі – учасниці ЄС залишається своя унікальна система правового регулювання відносин неспроможності, які, як правило, виділені в окрему сферу законодавства, транскордонні аспекти цих правовідносин регулюються уніфікованими нормами, наведеними в Регламенті ЄС 1346/2000.

Питання правового регулювання процедури банкрутства в Україні знаходяться на стадії постійної доробки та оновлення відповідно до змін як в національній економіці, так і в міжнародному економічному середовищі. І саме адаптація національного законодавства до сучасних міжнародних та європейських правових норм і цінностей є запорукою поглиблення європейського й міжнародного співробітництва вітчизняних суб'єктів господарювання.

Економічна й господарсько-правова політика держави у сфері відносин неплатоспроможності та банкрутства має бути чітко визначеною. Відтак, і законотворча діяльність у даній сфері набуде політичного й цілеспрямованого характеру в напрямі оптимального вирішення економічних завдань і правових недоліків на певному етапі суспільно-економічного розвитку.

Чітка визначеність економічної та господарсько-правової політики держави є чинником цілеспрямованого розвитку процесів удосконалення господарського законодавства у сфері неплатоспроможності та банкрутства, що вимагає концептуальної визначеності його мети, спрямування основних засобів регулювання та засобів захисту тощо.

Список літератури:

1. Про банкрутство: Закон України від 01.07.1992 р. № 2343-12. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (дата звернення: 17.03.2018).
2. Про введення в дію Закону України «Про банкрутство»: Постанова Верховної Ради України від 14.05.1992 р. № 2344-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2344-12> (дата звернення: 17.03.2018).
3. Про утворення Агентства з питань запобігання банкрутству підприємств та організацій: Указ Президента України від 17.06.1996 р. № 435/96. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435/96> (дата звернення: 17.03.2018).
4. Положенням про Агентство з питань запобігання банкрутству підприємств та організацій: Постанова Кабінету Міністрів України від 22.08.1996 р. № 990. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990-96-%D0%BF> (дата звернення: 17.03.2018).
5. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. Дата оновлення: 07.03.2018. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (дата звернення: 17.03.2018).
6. Про Міністерство економіки України: Указ Президента України від 23.10.2000 р. № 1159/2000. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1159/2000> (дата звернення: 17.03.2018).
7. Про утворення Державного департаменту: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.03.2006 р. № 370. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/370-2006-%D0%BF> (дата звернення: 17.03.2018).
8. Про затвердження Положення про Державний департамент з питань банкрутства: Постанова Кабінету Міністрів України від 19.04.2006 р. № 533. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/533-2006-%D0%BF> (дата звернення: 17.03.2018).
9. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України: Указ Президента України від 06.04.2011 р. № 395/2011. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/395/2011> (дата звернення: 17.03.2018).
10. Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: Закон України від 22.12.2011 р. № 4212-VI. Дата оновлення: 05.10.2016. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4212-17> (дата звернення: 17.03.2018).
11. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 07.03.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 17.03.2018).
12. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436. Дата оновлення: 07.03.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 17.03.2018).
13. Телюкина М. В. Конкурсное право: Теория и практика несостоятельности (банкротства). Москва: Дело, 2002. 536 с.
14. Коммерческое право: учебник. Москва: Юристъ. 2003. С. 77.
15. Рягузов А. А. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2008. С. 6.
16. Viryukov A. Harmonisation of Insolvency Legislation in Europe and in the World. *Ukrainian Law Rev.* 2003. Vol. 2. P. 34–38.
17. Бірюков О. М. Законодавство про банкрутство в контексті процесів гармонізації

права України до європейських та світових стандартів. *Про банкрутство в Україні: Законодавство, судова практика та перспективи розвитку*: матеріали III щорічної конф. Асоціації правників України (м. Київ, 08.06.2006 р.). Київ: АПУ, 2006. С. 12.

18. Про провадження у справах про неплатоспроможність: Регламент Радб (ЄС) № 1346/2000 від 29.05.2000 р. URL: old.minjust.gov.ua/file/32678.docx (дата звернення: 17.03.2018).

19. Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 38 с.

References:

1. Pro bankrutstvo: Zakon Ukrainy vid 01.07.1992 r. № 2343-12. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.

2. Pro vvedennia v diiu Zakonu Ukrainy «Pro bankrutstvo»: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 14.05.1992 r. № 2344-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2344-12>.

3. Pro utvorennia Ahentstva z pytan zapobihannia bankrutstvu pidpriemstv ta orhanizatsii: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 17.06.1996 r. № 435/96. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435/96>.

4. Polozhenniam pro Ahentstvo z pytan zapobihannia bankrutstvu pidpriemstv ta orhanizatsii: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 22.08.1996 r. № 990. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990-96-%D0%BF>.

5. Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrutom: Zakon Ukrainy vid 14.05.1992 r. № 2343-XII. Data onovlennia: 07.03.2018 r. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.

6. Pro Ministerstvo ekonomiky Ukrainy: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 23.10.2000 r. № 1159/2000. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1159/2000>.

7. Pro utvorennia Derzhavnoho departamentu: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 27.03.2006 r. № 370. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/370-2006-%D0%BF>.

8. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Derzhavnyi departament z pytan bankrutstva: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 19.04.2006 r. № 533. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/533-2006-%D0%BF>.

9. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Ministerstvo yustytzii Ukrainy: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 06.04.2011 r. №395/2011. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/395/2011>.

10. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy «Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrutom»: Zakon Ukrainy vid 22.12. 2011 r. № 4212-VI. Data onovlennia: 05.10.2016. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4212-17>.

11. Tsyvilnyi Kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 435-IV. Data onovlennia: 07.03.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

12. Hospodarskyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 436. Data onovlennia: 07.03.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

13. Teljukina, M.V. (2002). Konkursnoe pravo: Teorija i praktika nesostojatel'nosti (bankrotstva). Moskva: Delo [in Russian].

14. Kommercheskoe pravo. (2003). Moskva: Jurist [in Russian].

15. Rjaguzov, A.A. (2008). Pravovoe regulirovanie transgranichnoj nesostojatel'nosti. *Extended abstract of candidate's thesis*. Moskva [in Russian]

16. Biryukov, A. (2003). Harmonisation of Insolvency Legislation in Europe and in the World. *Ukrainian Law Rev*, vol. 2, 34–38 [in Ukrainian].

17. Biriukov, O.M. (2006). Zakonodavstvo pro bankrutstvo v konteksti protsesiv harmonizatsii prava Ukrainy do yevropeiskykh ta svitovykh standartiv. *Pro bankrutstvo v Ukraini: Zakonodavstvo, sudova praktyka ta perspektyvy rozvytku: proceeding of the Conference*. Kyiv: APU, 12 [in Ukrainian].

18. Pro provadzhennia u spravakh pro neplatospromozhnist: Rehlament Radb (IeS) № 1346/2000 vid 29.05.2000 r. URL: old.minjust.gov.ua/file/32678.docx [in Ukrainian].

19. Zadykhailo, D.V. (2013). Pravovi zasady formuvannia ta realizatsii ekonomichnoi polityky derzhavy: *Extended abstract of doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian]

Вольвач Б. В. Правовое регулирование неплатежеспособности и банкротства (ретроспективный и сравнительно-правовой аспект).

Статья посвящена проблемам совершенствования содержания правового регулирования экономических отношений в сфере неплатежеспособности и банкротства. Особое внимание уделено правоотношениям в сфере неплатежеспособности и банкротства и проблеме их правовой регламентации. Проанализированы ретроспективный и сделан сравнительно-правовой анализ на примере стран с развитой экономикой.

Ключевые слова: неплатежеспособность; банкротство; должник; правовое регулирование банкротства; правовое регулирование неплатежеспособности; ретроспектива, экономика.

Volvach B. V. Legal regulation of insolvency and bankruptcy (retrospective review and comparative legal aspects).

The article is devoted to problems of improving legal regulation content of economic relations in the area of insolvency and bankruptcy. The article is focused on legal relations in the area of insolvency and bankruptcy and the problem of their legal adjustment. Retrospective review is analyzed and comparative legal analysis is made after the example of developed countries.

Keywords: insolvency; bankruptcy; debtor; legal regulation of bankruptcy; legal regulation of insolvency; retrospective review; comparative legal; economics.

Надійшла до редколегії 28.03.2018 р.



ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА У ГОСПОДАРСЬКОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Лавренюк Тетяна Анатоліївна,

аспірант кафедри господарського права,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: lavrlex2017@gmail.com

ORCID 0000-0002-8863-8011

Розглянуто проблеми законодавчого закріплення принципів господарського права на рівні основного галузевого акта – Господарського кодексу України та проаналізовано його статті 5 і 6.

Ключові слова: принципи права; принципи господарського права; галузеві принципи; принципи господарювання; основи господарського правопорядку.

Постановка проблеми. Питання принципів права є досить актуальним в умовах сьогодення з огляду на їх функціональні завдання. Стан сучасного господарського законодавства не є ідеальним. Як слушно відмічає Д. В. Задихайло, господарське законодавство характеризується надзвичайним обсягом і динамікою, значною кількістю колізій, особливим запитом на системний характер господарсько-правового регулювання, враховуючи комплексну природу його об'єктів [1, с. 7]. У таких умовах особливого значення набувають принципи права як керівні, основоположні засади, що визначають сутність і зміст права, виходячи з моральних, політичних та економічних цінностей суспільства.

Принципи права одночасно встановлюють зміст і спрямованість нормотворчої діяльності (висувають вимоги до нормотворчої діяльності та визначають зміст норм права) та правозастосування (ухвалення індивідуально-правових рішень та їх змісту, тлумачення норм права), безпосередньо регулюють правовідносини у разі наявності прогалин і колізій у праві.

Попри таке вагоме значення принципів права в процесі правового

регулювання, на жаль, тема принципів господарського права наразі не є достатньо дослідженою, а цей ефективний правовий засіб недостатньо використовується як інструмент регулювання суспільних відносин.

Крім того, відсутній єдиний підхід до визначення змісту та класифікації принципів господарського права, а Господарський кодекс України (далі – Кодекс) містить ст. 5 «Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання», ст. 6 «Загальні принципи господарювання», ст. 44 «Принципи підприємницької діяльності», проте не має статті, яка б визначала принципи господарського права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У цілому принципи права були предметом дослідження багатьох науковців, серед яких С. С. Алексєєв, Г. Л. Знаменський, А. М. Колодій, В. К. Мамутов, С. П. Погребняк, О. О. Уварова, М. В. Цвік, В. С. Щербина та ін. Однак проблема принципів саме господарського права не отримала свого комплексного теоретичного вирішення.

Мета статті – з'ясувати сучасний зміст принципів господарського права та їх законодавче закріплення з метою подолання існуючих у даному питанні недоліків і надання цим принципам дієвості та практичного значення.

Виклад основного матеріалу. Принципи права «в силу свого змісту і цінності є фундаментом правничої стратегії, визначають доктринальну цінність правової системи, гармонізують всю систему правових норм, виступають першоджерелом окремих інститутів і норм права (є генетичною підвалиною, хромосомним набором системи права), надають глибокої єдності регулятивним механізмам права, визначають особливості й доктринальні якості галузі права, дають юридичну базу для тлумачення конкретних норм та вирішення суперечливих питань, сприяють правильному пізнанню та застосуванню норм права, вносять упорядкованість у розв'язанні питань, відносно яких є прогалини в праві за конкуренції правових норм та у випадках застосування права за аналогією, служать основою й вихідним положенням для подальшого розвитку правничої доктрини та законодавчих актів» [2].

Видається, що принципи права як найефективніший правовий засіб мають максимально використовуватись законодавцем. Кожен кодифікований акт повинен містити основні положення, в яких обов'язково мають бути визначені основні засади правового регулювання або принципи, які є «правилами гри» для всіх учасників правовідносин, що підпадають під дію його регулювання. Встановлені правила повинні бути обов'язковими і для законодавця, який приймає нормативні акти, що мають відповідати визначеним принципам права, і для суб'єктів, уповноважених здійснювати правозастосування.

Теорія держави та права надає таке визначення кодексу: «Кодексом є єдиний зведений внутрішньо узгоджений акт, який на основі загальних принципів регулює певну сферу суспільних відносин». Однією з головних ознак кодексу є те, що він «містить загальні принципи, на підставі яких регулюються ці суспільні відносини» [3, с. 200].

Слід зазначити, що попри всю актуальність й ефективність принципів права, визнану на рівні теорії права обов'язковість включення в Кодекс принципів права, в ньому відсутні норми щодо принципів господарського права, а певні принципи, що містяться в окремих статтях Кодексу, не є дієвими через брак юридичної техніки їх викладання.

В загальних положеннях галузевого кодексу міститься ст. 5 «Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання», ст. 6 «Загальні принципи господарювання», які пропонується проаналізувати.

Відповідно до ч. 1 ст. 5 правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної й незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Частина 1 ст. 5 Кодексу, як слушно відмічає Д. В. Задихайло, містить

одне з «найважливіших досягнень Господарського кодексу України як продукту наукової та законотворчої діяльності, визначаючи, що правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Визначення вказує на ключові змістовні чинники правового господарського порядку, що водночас є і об'єктами господарсько-правового забезпечення» [4, с. 112].

Однак далі ч. 1 ст. 5 Кодексу лише повністю дублює положення ч. 2 ст. 3 Конституції України, де зазначено, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність, та ст. 1 Конституції України, згідно з якою Україна є суверенною й незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою.

Частина 2 ст. 5 Кодексу також дублює положення Конституції України, а саме:

– ст. 13 Конституції України, де зазначається, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією. Кожен громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству. Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом.

Забезпечення державою рівного захисту майнових прав усіх суб'єктів господарювання передбачено також і ч. 4 ст. 133 Господарського кодексу України:

– право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності гарантоване

ч. 1 ст. 41 Конституції України;

– визнання усіх суб'єктів права власності рівними перед законом – ч. 4 ст.

13 Конституції України;

– непорушність права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності – ч. 4 ст. 41 Конституції України;

– економічна багатоманітність – ч. 1 ст. 15 Конституції України;

– право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, – ч. 1 ст. 42 Конституції України;

– визначення виключно законом правових засад і гарантій підприємництва – п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції України;

– забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції – ч. 3 ст. 42 Конституції України;

– визначення правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання виключно законом – п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції України;

– забезпечення державою екологічної безпеки та підтримання екологічної рівноваги на території України – ст. 16 Конституції України;

– забезпечення державою належних, безпечних і здорових умов праці – ч. 4 ст. 43 Конституції України, захист прав споживачів – ч. 4 ст. 42 Конституції України;

– взаємовигідне співробітництво з іншими країнами – ст. 18 Конституції України;

– визнання і дія в Україні принципу верховенства права – ст. 8 Конституції України.

Аналізуючи положення ч. 3 ст. 5 Кодексу, можна дійти висновку, що вона містить загальне положення, позбавлене будь-якого практичного сенсу.

Частина 3 ст. 5 Кодексу містить правило, відповідно до якого суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського

порядку, додержуючись вимог законодавства.

Тут не зрозуміло, яке смислове навантаження містить зазначена норма, оскільки додержання вимог законодавства є прямим обов'язком усіх суб'єктів права, в тому числі й суб'єктів господарювання та інших учасників відносин у сфері господарювання.

Що стосується нового для господарського права та важливого положення, що закладає основу правового господарського порядку в Україні, яким є оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, закріпленого ч. 1 ст. 5 Кодексу, то воно вже є обов'язковим у силу його законодавчого закріплення та не потребує багаторазового зазначення в інших правових нормах про те, що воно є обов'язковим для всіх.

У той же час слід констатувати, що положення, яке визначає основу всього господарського порядку в Україні, повинне отримати статус одного з провідних принципів господарського права, який має бути розміщений у статті галузевого кодексу саме про принципи господарського права. Це, у свою чергу, зможе надати йому силу та властивості, притаманні принципу права, який серед іншого визначає межі встановленого правового господарського порядку для всіх учасників правовідносин.

Таким чином, вбачається, що всі положення ст. 5 Кодексу (крім правила про оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів) повністю дублюють норми Конституції України, які в силу ч. 3 ст. 8 Основного Закону є нормами прямої дії й не потребують їх повторного викладення в нормах інших нормативно-правових актів для надання їм дієвості.

Видається зрозумілим намагання розробників Кодексу структурувати та систематизувати всі конституційні норми, що регулюють економічні відносини, оскільки в Конституції України вони хаотично розкидані за різними розділами. Вбачається, що таке впорядкування має здійснюватись не шляхом простого переписування цих норм у галузевий кодекс, а проводитись саме на

конституційному рівні. На це неодноразово звертав у своїх статтях увагу Д. В. Задихайло, наголошуючи на обов'язковому виділенні в Конституції України окремого структурного підрозділу – «Економічна система», присвяченого регулюванню економічних відносин. Ключовими внутрішніми чинниками цього підрозділу є систематизація та деталізація норм (у межах масштабу конституційного регулювання) [5, с. 57].

Наступною статтею, яка потребує аналізу з огляду на її правову ефективність і доцільність, є ст. 6 «Загальні принципи господарювання» Кодексу. Передусім, навіть не вдаючись до аналізу її змісту, привертає увагу те, що Кодекс містить статтю про принципи господарювання за відсутності статті про принципи господарського права. Означене призводить до того, що ці правові категорії часто ототожнюють, що можна побачити навіть на теоретичному рівні. Так, В. С. Щербіна відмічає, що після ознайомлення з висловленими думками щодо принципів господарського права виявляється нічим не обгрунтоване ототожнення поняття «принципи господарського права» зі схожим, проте не тотожним поняттям «загальні принципи господарювання» [6, с. 86].

Проблема вбачається також і в тому, що стаття про принципи господарювання не має і не може мати такого регулюючого впливу на господарські правовідносини, в порівнянні зі статтею про принципи права, хоча вона й містить деякі з тих, що, по суті, можна вважати принципами господарського права. Це зумовлюється тим, що принципи права мають аксіоматичний пріоритет над звичайними нормами права.

Сам зміст ст. 6 Кодексу частково збігається з нормами Конституції України та ст. 5 Кодексу, а саме:

– забезпечення економічної багатоманітності – ч. 1 ст. 15 Конституції України та ст. 5 Кодексу;

– рівний захист державою прав усіх суб'єктів господарювання – ч. 4 ст. 13 Конституції України та ст. 5 Кодексу.

Принцип свободи підприємницької діяльності, зазначений у ст. 6 Кодексу як принцип господарювання, по суті є також і принципом господарського

права, а сам він знайшов правове закріплення одночасно в Конституції України (ст. 42) та трьох статтях Кодексу (статті 5, 6, 43).

Виникає питання щодо раціональності багаторазового викладення того ж самого принципу в різних правових нормах одного нормативно-правового акта. Також недосконалою видається і юридична техніка, що застосовується при регламентації цього принципу в ст. 6 Кодексу.

Так, відповідно до ст. 6 Кодексу одним із загальних принципів господарювання є свобода підприємницької діяльності в межах, визначених законом, що, по суті, повністю є протилежним за типом правового регулювання принципу, закладеному в ч. 1 ст. 42 Конституції України та повторно викладеному в ст. 5 та ч. 1 ст. 43 Кодексу, про право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом. Слід зазначити, що свобода в межах, визначених законом, та право робити все, що не заборонено законом, є різними типами правового регулювання (загальнодозволений і спеціальнодозволений), в основу яких закладаються різні способи правового регулювання. Загальнодозволений тип правового регулювання заснований на поєднанні загального юридичного дозволення у формі визнання права зі встановленням окремих обмежень (виключень) за допомогою юридичних заборон («дозволено все, крім того, що прямо заборонено нормами права»), тоді як спеціальнодозволений тип правового регулювання у своїй основі містить поєднання загальної юридичної заборони зі спеціальним юридичним дозволенням у формі дозволу («заборонено все, крім того, що прямо дозволено нормами права») [3, с. 140].

Таким чином, принцип свободи підприємницької діяльності в тій редакції, як він викладений у ст. 6 Кодексу, є таким, що звужує права, гарантовані Конституцією України, що є неприпустимим. Крім того, він не узгоджується й з іншими статтями Кодексу, що закріплюють цей принцип (ст. 5 та ч. 1 ст. 43).

Вбачається не зовсім вдалим і формулювання в ч. 1 ст. 6 Кодексу принципу обмеження державного регулювання економічних процесів. Із логіки

Його викладення виходить, що обмеження державного регулювання економічних процесів здійснюється у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави, а не навпаки.

Так, відповідно до ст. 6 Кодексу одним із принципів господарювання в Україні визначено обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави, тоді як у дійсності державне регулювання економічних процесів саме покликане забезпечувати всі ці чинники.

Також вбачається недосконалою юридична техніка регламентації в ч. 1 ст. 6 Кодексу принципу заборони незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини, оскільки незаконне втручання органу державної влади або органу місцевого самоврядування у діяльність суб'єктів права апріорі є забороненим у силу приписів Конституції України. У той же час слід відмітити відсутність законодавчого закріплення можливих меж та випадків такого втручання держави в господарську діяльність.

Можливість втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини на підставі закону та без визначених меж і випадків такого втручання може призвести до необмеженої свободи та кількості випадків такого втручання шляхом видання відповідних нормативно-правових актів.

Видається необхідною регламентація саме меж та випадків можливого втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини, чого не містить Кодекс. Вбачається ефективним вирішення цього питання саме на рівні принципів господарського права та їх закріплення в галузевому кодексі.

Висновки. Вищевикладене дає підстави дійти висновку про таке:

1) Кодекс, визначаючи основи правопорядку у сфері господарювання та принципи господарювання, містить положення, які є простим дублюванням норм Конституції України, і навіть через брак юридичної техніки викладення іноді є протилежними їй за змістом, до того ж у ньому міститься багато повторів;

2) усі ці недоліки існують в той час, коли в основному кодифікованому акті галузі господарського права взагалі відсутня стаття про принципи господарського права, які повинні бути тією основою, що визначають спрямованість правового регулювання господарських правовідносин і надають можливість вирішення правових колізій і заповнення прогалин у господарському праві, тлумачення правових норм та повинні встановлювати певні стандарти, цінності й орієнтири для учасників господарських відносин;

3) проблематика принципів господарського права уявляється самостійним й особливо актуальним об'єктом господарсько-правових досліджень, а тому потребує спеціальних комплексних наукових досліджень з тим, щоб зробити принципи господарського права реальним інструментом господарсько-правового регулювання в умовах надзвичайної динаміки розвитку господарського законодавства та існування значної кількості колізій.

Список літератури:

1. Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 38 с.
2. Корнієнко М. В. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. *Верховенство права*. 2017. № 2. URL: <http://sd-vp.info/2017/printsipi-prava-v-rozv-yazanni-yuridichnih-kolizij/> (дата звернення: 17.02.2018).
3. Петришин О. В., Погребняк С. П., Смородинський В. С. та ін. Теорія держави і права: підручник / за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2015. 366 с.
4. Задихайло Д. В. Право на підприємницьку діяльність у системі відносин правового господарського порядку. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 2 (65). С. 111–122.
5. Задихайло Д. В. Реформування конституційних засад господарювання: питання конституційної доктрини. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2 (49). С. 51–61.
6. Щербіна В. С. До питання щодо принципів господарського права. *Вісник південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 85–92. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=vprc_2014_1_10 (дата звернення: 17.02.2018).

References:

1. Zadykhailo, D.V. (2013). Pravovi zasady formuvannia ta realizatsii ekonomichnoi polityky derzhavy: Extended abstract of Doctor's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].
2. Korniienko, M.V. (2017). Pryntsypy prava v rozviazanni yurydychnykh kolizii. *Verkhovenstvo prava*, 2. URL: <http://sd-vp.info/2017/printsipi-prava-v-rozv-yazanni-yuridichnih-kolizij/> [in Ukrainian].
3. Petryshyn, O.V., Pohrebniak S. P., Smorodynskiy V. S. et al. (2015). Teoriia derzhavy i prava. O. V. Petryshyn. (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
4. Zadykhailo D. V. (2011). Pravo na pidpriemnytsku diialnist u systemi vidnosyn pravovoho hospodarskoho poriadku. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 2 (65), 111–122 [in Ukrainian].
5. Zadykhailo, D.V. (2007). Reformuvannia konstytutsiinykh zasad hospodariuvannia: pytannia konstytutsiinoi doktryny. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 2 (49), 51–61 [in Ukrainian].
6. Shcherbina, V.S. (2014). Do pytannia shchodo pryntsypiv hospodarskoho prava. *Visnyk pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 1, 85–92. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&_S21P03=FILA=&_S21STR=vprc_2014_1_10 [in Ukrainian].

Лавренюк Т. А. Принципы хозяйственного права в Хозяйственном кодексе Украины.

Статья посвящена анализу и исследованию проблемы принципов хозяйственного права и их законодательного закрепления с целью усовершенствования и исправления существующих недостатков для надления принципов хозяйственного права практическим значением. Сделан содержательный анализ статей 5 и 6 Хозяйственного кодекса Украины.

Ключевые слова: принципы права; принципы хозяйственного права; отраслевые принципы права; принципы хозяйствования; основы хозяйственного правопорядка.

Lavrenuk T. A. Principles of commercial law in the commercial code of Ukraine.

The article is devoted to the analysis and research of the problem of the principles of economic law and their legislative consolidation with the aim of improving and correcting the existing shortcomings for giving the principles of economic law a practical value. The article gives a detailed analysis of articles 5 and 6 of the Commercial Code of Ukraine.

Keywords: principles of law; principles of economic law; principles of commercial law; branch principles of law; principles of management; the basis of economic law and order.

Надійшла до редколегії 27.02.2018 р.



УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА В УКРАЇНІ (ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Мазалова Айше Османівна,
аспірант кафедри господарського права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: aishemazalova@gmail.com
ORCID 0000-0002-7202-2722

Розглянуто світовий і вітчизняний досвід розвитку публічно-приватного партнерства. Проаналізовано законодавство України щодо публічно-приватного партнерства, визначено основні проблеми правового регулювання та шляхи їх вирішення. Здійснено порівняльний аналіз Закону України «Про державно-приватне партнерство» та Модельного закону про публічно-приватне партнерство. Запропоновано використати положення Модельного закону для вдосконалення української моделі публічно-приватного партнерства.

Ключові слова: публічно-приватне партнерство; Модельний закон про публічно-приватне партнерство; правові форми публічно-приватного партнерства; кваліфікаційні ознаки публічно-приватного партнерства.

Постановка проблеми. Господарсько-правова політика держави, базуючись на положеннях конституційного економічного порядку, економічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини й зафіксована у змісті державних програм економічного розвитку як обов'язкова, структурна та інструментальна їх складова, є імперативною концептуальною позицією держави щодо напрямів та змісту подальшого розвитку господарського законодавства, вдосконалення практики його застосування, оптимізації правового господарського порядку як такого [1].

Поєднання приватних і публічних інтересів в єдиному господарсько-правовому механізмі економічних відносин здійснюється в різних правових формах, зокрема шляхом здійснення організаційно-господарського впливу на господарську діяльність з боку суб'єктів організаційно-господарських повноважень. Конкретні форми такого впливу реалізуються у вигляді застосування різних заходів державної підтримки, наприклад, щодо малого

бізнесу, експортної діяльності, запровадження спеціальних правових режимів господарювання, забезпечення функціонування державного сектору економіки як такого. Але найбільш прямою формою такого поєднання є механізм публічно-приватного партнерства.

Світова практика доводить, що публічно-приватне партнерство (далі – ППП) дійсно є ключовим інструментом вирішення важливих проблем збалансованого розвитку на державному, регіональному та місцевому рівнях. Таке партнерство в Україні отримало своє закріплення у вигляді окремого закону, що, безперечно, є кроком для створення передумов розвитку публічно-приватного партнерства в Україні, у зв'язку з чим видається актуальним проведення дослідження зазначеного питання.

Аналіз останніх публікацій. Проблемам публічно-приватного партнерства тією чи іншою мірою приділяли увагу вчені-юристи, а саме Д. В. Задихайло, О. М. Вінник, І. В. Запатріна, В. А. Устименко, Р. А. Джабраїлов та інші, проте ціла низка питань даної проблеми все ще потребує вивчення.

Метою статті є з'ясування реального стану господарсько-правового забезпечення відносин публічно-приватного партнерства в Україні, визначення проблем цього забезпечення та шляхів його вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Практика застосування ППП бере свій початок ще у XII–XIII ст. в процесі будівництва нових укріплених міст та облаштування нових земель у південно-західному регіоні Франції. В подальшому ППП застосовується у багатьох європейських країнах, де монархи уступали проведення громадських робіт своїм «фінансовим інвесторам». Зокрема, до таких видів робіт відносились: будівництво та облаштування русла річок і каналів, покриття доріг, збір сміття, освітлення вулиць, доставка пошти, громадський транспорт і навіть оперні театри. Як приклад, можна зазначити концесії на канали у Великобританії, зокрема, концесію на Оксфордський канал від 1791 р.

Для України ППП також не є новим явищем, адже відомим є випадок,

коли у 1865 р. в Київському відомстві шляхів сполучення розроблявся проект водогону вартістю півмільйона рублів. Через брак коштів міська влада запропонувала концесію терміном на 50 років. Її очолив видатний інженер й успішний підприємець А. Є. Струве. Він висловив готовність створити свою акціонерну компанію і запропонував Думі такі умови: «Відведення місця від міста для будівництва водопідйомного закладу та надання у 60-річне користування водопроводами ... Громада бажає одержати за бочку води 9 коп., за відро – 1/4 коп., за водопій худоби – 1 коп. із голови...». 9 липня 1870 р. між міською Думою і Струве був підписаний договір із подальшою його успішною реалізацією [2].

У XVII ст. був збудований перший концесійний об'єкт у Франції – Південний канал, що з'єднав узбережжя Середземного моря та Атлантики. Французькій підхід характеризувався великою кількістю контрактів у різних секторах економіки (автомобільні дороги, аеропорти, електропостачання, відходи, порти тощо), а також загальною модельною структурою контракту. В результаті розвиток французької традиції впродовж століть надав вичерпну і докладну договірну структуру. Досвід дав уявлення про можливі труднощі, які виникають у реалізації довгострокових договорів, і, як наслідок, сформувалася збалансована договірна структура проектів ППП.

Розвиток ППП у сучасному розумінні починається з 1992 р., а саме з приватної фінансової ініціативи у Великобританії, яка полягала в тому, що приватні інвестори залучаються до будівництва великих державних об'єктів, при цьому їх витрати компенсуються за рахунок доходів від експлуатації або платежів з бюджету. Як правило, інвестор залучається для подальшої експлуатації об'єкта та організації його діяльності. Британський досвід демонструє принцип, коли держава зосереджена на власних ключових функціях, а приватний партнер у цей час успішно надає послуги та виконує громадські роботи.

На сьогодні єдиної термінології, якою б позначалось партнерство влади і бізнесу, немає. Всесвітній банк, Організація економічного співробітництва та

розвитку (ОЕСР) і більшість країн Європи використовують аббревіатуру PPP (*Public-Private Partnership*). У Великобританії застосовується термін «приватна фінансова ініціатива» (*Private Finance Initiative – PFI*), у Франції – «концесія» і «співтовариства змішаної економіки» (*SEM*). У США, Австралії та Канаді використовується позначення P3 або *P–P Partnerships* [3].

Як ми бачимо, підходи до формулювання цього явища є різноманітними. Але за такими розбіжностями в поняттях PPP стоять не тільки термінологічні проблеми, але і розбіжності в уявленнях про місце та роль партнерства в сучасній ринковій економіці.

Згідно з Європейським звітом про PPP, виданим у 2009 р. компанією DLA Piper, спектр форм співпраці в рамках PPP є доволі різноманітним: у деяких країнах поняття PPP співвідноситься виключно з концесією, коли послуги, що надаються, оплачують споживачі (фінансування інфраструктури на концесійних засадах є загальноприйнятою практикою у Великій Британії, Франції, Італії та Іспанії).

В інших публічно-приватне партнерство передбачає будь-яку форму аутсорсингу та спільних підприємств, створених державним і приватним секторами (DLA Piper (2009): «*The European PPP Report 2009*»).

Публічно-приватне партнерство визначають також як угоду, укладену урядом з приватним оператором – надавачем послуг для отримання послуги певної якості та кількості за встановленої ціни на певний період часу (Taylor 2003) [2].

І хоча відсутнє загальноприйняте визначення PPP, відповідно до Зеленої книги ЄС щодо PPP [4] можна виділити спільні риси, що характеризують усі проекти PPP:

- довгостроковий характер взаємовідносин;
- об'єднання ресурсів сторонами PPP;
- розподіл ризиків між партнерами;
- внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти PPP;
- доповнення приватних інвестицій державними фінансовими ресурсами.

У нашому розумінні партнерство державного і приватного секторів означає таку форму співпраці між державними органами влади та світом бізнесу, що має на меті забезпечити фінансування, будівництво, відновлення, управління або утримання інфраструктури чи надання суспільних послуг. Воно виникає у разі збігу гостро виражених інтересів. Адже важливою особливістю цих відносин є, зокрема, їх договірна форма, яка за своєю правовою природою передбачає наявність таких правових феноменів, як свобода волевиявлення та свобода договору. Таким чином, державно-приватне партнерство може бути реалізованим у випадку збігу волевиявлень публічного і приватного партнерства. У той же час такий збіг може відбутися з урахуванням інтересів цих партнерів та умов реалізації таких інтересів. Однією з таких умов для публічного партнера має бути масштабне публічне значення реалізації відповідного інвестиційного або виробничого проекту. Відповідно таке публічне значення залежить від масштабу та суспільно-практичного значення проекту та тієї суспільної громади, що є бенефіціаром його реалізації. Відтак, проект може мати загальнодержавне, галузеве, регіональне або місцеве значення.

Таким чином, публічно-приватне партнерство є формою індивідуалізації спеціального режиму господарювання під рішення конкретного інвестиційного проекту, якому властиве унікальне публічне значення. Це є певним альянсом між державою і бізнесом з метою реалізації національних і міжнародних, масштабних і локальних, але завжди суспільно значущих проектів в широкому спектрі сфер діяльності – від створення і розвитку інфраструктури до розробки та адаптації нових перспективних технологій. Так, Великобританія зосередила проекти ППП на таких об'єктах інфраструктури, як школи, лікарні, тюрми, оборонні об'єкти і автомобільні дороги. Канада значну кількість проектів ППП виконує в таких сферах, як енергетика, транспорт, захист навколишнього середовища, водні ресурси, водопостачання та водовідведення, рекреаційні об'єкти, інформаційні технології, охорона здоров'я, освіта. Греція переважно виконує проекти ППП у транспортній галузі, зокрема щодо автомобільних

доріг та аеропортів. Ірландія визначила такі об'єкти ППП, як автомобільні дороги та міські транспортні системи. Австралія пріоритетними напрямками для ППП визначила транспорт і системи життєзабезпечення міст. Нідерланди застосовують механізм ППП у громадському житловому секторі та системах життєзабезпечення міст. Іспанія реалізує проекти ППП у галузі платних автомобільних доріг та в системах життєзабезпечення міст. США переважно виконують проекти ППП, які об'єднують природоохоронну діяльність, життєзабезпечення сільських населених пунктів [5].

В Україні першим законодавчим кроком до визначення правових основ ППП було розроблення у 2007 р. проекту Закону України «Про державно-приватне партнерство», але до Верхової Ради він так і не був поданий. У 2009 р. прийнято Закон України «Про загальні засади розвитку державно-приватного партнерства», однак у тому ж році його було скасовано. І, нарешті, у 2010 р. Верховна Рада ухвалила чинний Закон України «Про державно-приватне партнерство» [6], який відкрив можливості для приватних партнерів ініціювати суспільно значимі проекти, привернув увагу суспільства до нових інноваційних підходів щодо реалізації таких проектів тощо. Але все ж таки цей Закон не виявився досконалим. Складність і невизначеність процедури реалізації відносин державно-приватного партнерства, неврегульованість державної підтримки проектам та низка інших проблем зумовили необхідність внести певні доповнення для підвищення ефективності зазначеного закону. Таким чином, у 2015 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо усунення регуляторних бар'єрів для розвитку державно-приватного партнерства та стимулювання інвестицій в Україні», в якому закріпила низку позитивних змін:

– доповнено сфери діяльності, де може застосовуватися державно-приватне партнерство, а також цей список тепер не є вичерпним, адже Законом дозволяється здійснювати ДПП і в інших сферах за рішенням державного партнера;

– встановлено вимоги до угод державно-приватного партнерства: порядок

укладення, зміни та розірвання;

– внесено низку процедурних змін щодо повноважень органів, порядку проведення аналізу ефективності;

– до переліку договорів, які можуть укладатися в рамках ДПП, включено договір про управління майном, у той же час виключено таку договірну форму, як угоди про розподіл продукції;

– для більш ефективного виконання договору на стороні державного партнера зможе виступати державне підприємство, комунальне підприємство, підприємство АРК або господарське товариство, 100 % статутного капіталу якого належать державі (за умови субсидіарної відповідальності державного партнера за зобов'язаннями такого суб'єкту) тощо.

Однак, що стосується терміна «державно-приватне партнерство», він залишився незмінним. Хоча, на нашу думку, таке формулювання дещо звужує дане поняття, оскільки реалізація суспільно значимих проектів відбувається за допомогою приватного сектору, з одного боку, та публічною владою, яка уособлює в собі як центральні органи виконавчої влади, так і органи місцевого самоврядування – з іншого. Тим паче, що в подібному партнерстві центральна та місцева влада мають різні інтереси та повинні виступати як окремі суб'єкти, що є неможливим у рамках визначення «державно-приватне партнерство». До того ж мають місце проекти тристороннього співробітництва партнерів: держави, органів місцевого самоврядування та суб'єкта господарювання (або групи таких суб'єктів) [7]. Тому доцільніше застосовувати термін «публічно-приватне партнерство», де під словом «публічний» розуміється як центральний, так і місцевий орган державної влади, а також орган місцевого самоврядування.

Окрім цього, в рамках державно-приватного партнерства існують різні форми договірних відносин. Однак законодавець надає можливість лише публічному партнерові приймати рішення щодо доцільності застосування Закону під час реалізації певного проекту, тоді як приватний партнер такої можливості не має. У разі коли державний партнер не прийняв відповідне рішення, проекти, які формально відповідають ознакам державно-приватного

партнерства, можуть реалізовуватися без застосування встановлених Законом принципів. Тобто в іншому випадку договір концесії за наявності ознак ППП може бути укладений відповідно до Закону України «Про концесії» без звернення до положень Закону України «Про державно-приватне партнерство».

Окремо слід зазначити, що в Законі закріплена лише договірна форма здійснення державно-приватного партнерства. Проте в такому партнерстві має місце і корпоративна форма – використання господарської організації за участю публічного та приватного партнерів, яка має забезпечувати реалізацію відповідних проектів [8] і кластерна, яка виражається у спільній діяльності об'єднаних у кластер підприємств, спільній розробці та фінансуванні відповідних кластерних проектів.

Як бачимо, існує низка проблем правового регулювання, яка потребує вирішення для ефективної реалізації державно-приватного партнерства в Україні. Для того, щоб наладити логічну модель відносин між державою та бізнесом, можна використати вже існуючу базу, наприклад, прийнятий Міжпарламентською Асамблеєю країн СНД Модельний закон про публічно-приватне партнерство [9]. Як зазначено в самому Законі, він є рекомендаційним актом для забезпечення однакового та системного регулювання публічно-приватного партнерства.

Розглянемо цей Закон у порівнянні із Законом України «Про державно-приватне партнерство». Перше, де ми бачимо розбіжності, це різне формулювання терміна. Модельний закон, на відміну від вітчизняного законодавства, застосовує термін саме «публічно-приватне партнерство», який ми вважаємо більш доречним. Крім того, проєкт приватно-публічного партнерства реалізовується за допомогою укладання угоди про публічно-приватне партнерство, що сприяє дотриманню всіх процедур, передбачених Законом про таке партнерство.

До того ж, як відомо, від ефективності відповідних процедур залежить успіх самого проєкту в цілому. На сьогоднішній день більшість країн йдуть шляхом удосконалення правового регулювання процедури вибору приватного

партнера для проекту державно-приватного партнерства. Модельний закон передбачає дві процедури відбору приватного партнера – проведення конкурсу з визначенням такого партнера, а також, у певних випадках, проведення переговорів без проведення конкурсу. Порядок, коли вибір приватного партнера здійснюється за допомогою переговорів, знайшов відображення і в Керівництві ЮНСІТРАЛ для законодавчих органів з проектів у сфері інфраструктури, які фінансуються з приватних джерел [10], де зазначено, що застосування переговорів може бути виправдано у виключних випадках, де в межах визначеної процедури відповідний орган отримує дозвіл на проведення переговорів без проведення конкурсу з огляду на вагомі причини, пов'язані з публічним інтересом.

Окрім цього, до особливо складних проектів Модельний закон передбачає можливість проведення конкурентного діалогу. Це має місце тоді, коли публічний партнер не в змозі самостійно визначитись з найбільш вигідною формою реалізації проекту. У рамках конкурентного діалогу переговори тривають до тієї пори, доки не будуть вироблені одна чи декілька форм реалізації, відносно до яких будуть проводитися подальші процедури відбору приватного партнера. Після завершення процедури діалогу його учасникам направляються запрошення надати пропозиції відповідно до обраної форми реалізації проекту.

На відміну від Закону України «Про державно-приватне партнерство» в Модельному законі врегульовано й певні фінансові відносини між партнерами. Угода про публічно-приватне партнерство є оплатною: для прибуткових проектів передбачається плата приватного партнера публічному, для соціально значущих – плата публічного партнера приватному за так звану доступність до об'єкта.

Як зазначалося вище, вітчизняний законодавець, на жаль, поза увагою залишив корпоративну форму державно-приватного партнерства. У Модельному законі навпаки – передбачено спільну участь партнерів у господарській організації, за допомогою якої й реалізуються проекти публічно-

приватного партнерства.

Ще одну відмінність можна знайти у процедурі підготовки проекту державно-приватного партнерства. В Україні дуже складною є процедура прийняття рішення про доцільність здійснення проекту. Модельний закон містить чіткі вимоги до проведення компетентної оцінки, а також передбачає залучення в процес територіальної громади шляхом проведення громадських слухань, котрі проводяться за результатами здійснення фінансово-економічного обґрунтування проекту.

Окрім цього, Модельний закон регламентує відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору, тоді як в Україні механізм компенсації збитків (як державі, так і приватному партнеру) відсутній.

Висновки. Нагальною є потреба вдосконалення правового регулювання публічно-приватного партнерства в Україні. Для налагодження логічної моделі відносин між державою та бізнесом необхідно:

1. Суттєво підвищити ефективність законодавчого регулювання шляхом активізації законотворчої діяльності.
2. Встановити умови кваліфікації ППП як такого, виходячи з застосування у договірних формах різноманітних зобов'язальних конструкцій.
3. Взяти до уваги Модельний закон про публічно-приватне партнерство: розширити можливості приватного партнера щодо вибору договірної форми ППП, окрім договірної закріпити корпоративну форму реалізації ППП, удосконалити процедуру відбору приватного партнера тощо.
4. Встановити відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання зобов'язань ППП.

Реалізація вищевказаних пропозицій дозволить підвищити дієвість правового механізму забезпечення публічно-приватного партнерства, сприятиме ефективній реалізації проектів публічно-приватного партнерства, що позитивно відобразиться на соціально-економічному житті країни.

Список літератури:

1. Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики

держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 38 с.

2. Грищенко С. Підготовка та реалізація проектів публічно-приватного партнерства: практичний посібник для органів місцевої влади та бізнесу. Київ: ФОП Москаленко О.М., 2011. 140 с.

3. Круглов В. В. Правовий механізм забезпечення державно-приватного партнерства. *Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія: Державне управління.* 2014. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2014_2_9 (дата звернення: 17.03.2018).

4. Зелена книга щодо державно-приватних партнерств та законодавства співтовариства у сфері державних контрактів та концесій від 30.04.2004. URL: old.minjust.gov.ua/file/32428.docx (дата звернення: 17.03.2018).

5. Щодо розвитку державно-приватного партнерства як механізму активації інвестиційної діяльності в Україні. Аналітична записка / Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України. URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/816/> (дата звернення: 17.03.2018).

6. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI. Дата оновлення: 24.05.2016. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2404-17> (дата звернення: 17.03.2018).

7. Задихайло Д. В. Господарсько-правові аспекти локального інноваційно-інвестиційного розвитку. *Економічна теорія та право. Серія: Право.* 2012. № 1 (8). С. 138-147

8. Вінник О. М. Корпоративна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового забезпечення на тлі зарубіжного досвіду: монографія. Суми: МакДен, 2012. 204 с.

9. Модельный закон СНГ «О публично-частном партнерстве»: приложение к постановлению Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств от 28.11.2014 г. № 41-9. URL: <http://www.parliament.am/library/modelayin%20orenqner/305.pdf> (дата звернення: 17.03.2018).

10. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Организация Объединенных Наций. 2001. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/guide/pfip-r.pdf> (дата звернення: 17.03.2018).

References:

1. Zadykhailo, D.V. (2013). *Pravovi zasady formuvannia ta realizatsii ekonomichnoi polityky derzhavy: Extended abstract of doctor's thesis.* Kharkiv [in Ukrainian].

2. Hryshchenko, S. (2011). *Pidhotovka ta realizatsiia proektiv publichno-pryvatnoho partnerstva.* Kyiv: FOP Moskalenko O.M. [in Ukrainian].

3. Kruhlov, V.V. (2014). *Pravovy mekhanizm zabezpechennia derzhavno-pryvatnoho partnerstva. Visnyk Natsionalnoho universytetu tsyvilnoho zakhystu Ukrainy. Serii: Derzhavne upravlinnia – Bulletin of National University of civil protection of Ukraine. State Management series, issue 1.* URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2014_2_9 [in Ukrainian].

4. *Zelena knyha shchodo derzhavno-pryvatnykh partnerstv ta zakonodavstva spivtovarystva u sferi derzhavnykh kontraktiv ta kontsesii vid 30.04.2004* URL: old.minjust.gov.ua/file/32428.docx [in Ukrainian].

5. *Shchodo rozvytku derzhavno-pryvatnoho partnerstva yak mekhanizmu aktyvatsii investytsiinoi diialnosti v Ukraini. Analitychna zapyska / Natsionalnyi instytut stratehichnykh*

doslidzhen pry Prezydentovi Ukrainy. URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/816/> [in Ukrainian].

6. Pro derzhavno-pryvatne partnerstvo: Zakon Ukrainy vid 01.07.2010 r. № 2404-VI. Data onovlennia: 24.05.2016. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2404-17> (дата звернення: 17.03.2017).

7. Zadykhailo, D.V. (2012). Hospodarsko-pravovi aspekty lokalnoho innovatsiino-investytsiinoho rozvytku. *Ekonomichna teoriia ta pravo. Serii: Pravo, 1 (8), 138–147* [in Ukrainian].

8. Vinnyk, O.M. (2012). Korporatyvna forma derzhavno-pryvatnoho partnerstva: problemy pravovoho zabezpechennia na tli zarubizhnoho dosvidu. Sumy: MakDen [in Ukrainian].

9. Modelnyi zakon SNG «O publichno-chastnom partnerstve»: prilozenie k postanovleniyu Mezhparyamentskoy Assamblei gosudarstv-uchastnikov Sodruzhestva Nezavisimyyh Gosudarstv ot 28.11.2014 g. № 41-9. (2014). URL: http://www.parliament.am/library/modelayin_orenqner/305.pdf [in Russian].

10. Rukovodstvo YuNSITRAL dlya zakonodatelnykh organov po proektam v oblasti infrastruktury, finansiruemym iz chastnykh istochnikov. Organizatsiya Ob'edinennykh Natsiy. (2001). URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/guide/pfip-r.pdf> [in Russian].

Мазалова А. О. Усовершенствование механизма публично-частного партнерства в Украине (правовой аспект).

В статье рассмотрен мировой и отечественный опыт развития публично-частного партнерства. Проанализировано законодательство Украины о публично-частном партнерстве, определены основные проблемы правового регулирования и сформулированы пути их решения. Осуществлен сравнительный анализ Закона Украины «О государственно-частном партнерстве» и Модельного закона о публично-частном партнерстве. Предложено использовать положения Модельного закона для совершенствования украинской модели публично-частного партнерства.

Ключевые слова: публично-частное партнерство; Модельный закон о публично-частном партнерстве; правовые формы публично-частного партнерства; квалификационные признаки публично-частного партнерства.

Mazalova A. O. Improvement of the public-private partnership mechanism in ukraine (legal aspect).

The article deals with global and domestic experience in the sphere of public-private partnership. Ukrainian legislation on public-private partnership was analyzed, the legal regulation of the main problems was defined and solution was formulated. The comparative analysis of the Law of Ukraine «On Public-Private Partnership» and the Model Law on Public-Private Partnership has been carried out.

Keywords: public-private partnership; the Model Law on Public-Private Partnership; legal forms of the public-private partnership; qualification features of the public-private partnership.

Надійшла до редколегії 28.03.2018 р.

ОСНОВНІ ДИСФУНКЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ОБ'ЄДНАННЯ ПІДПРИЄМСТВ ХОЛДИНГОВОГО ТИПУ



Менів Ярослава Олександрівна,

аспірант кафедри господарського права,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: yaroslava_n3luba@ukr.net

ORCID_0000-0001-9824-4449

Статтю присвячено питанням створення в Україні холдингових структур серед господарських організацій великого бізнесу. Особливу увагу приділено правовому забезпеченню діяльності об'єднань асоційованих підприємств холдингового типу та оптимізація чинного законодавчого регулювання створення і функціонування холдингових компаній.

Ключові слова: господарська організація; холдинг; економічна концентрація; правовий статус компаній великого бізнесу.

Вступ. Доводиться констатувати, що сучасні економічні системи провідних держав світу характеризуються високим рівнем інтеграції господарюючих структур, наявністю тісної виробничої, господарської та фінансової взаємодії. Крім того, перехід до постіндустріального суспільства призвів до зміни конкурентних відносин на світових ринках. Тому національні економічні системи постають перед вибором оптимальної моделі розвитку, що має враховувати особливості їх господарської еволюції.

Це зумовлено тим, що успіх господарюючих організацій на міжнародних ринках залежить від їхньої ефективної взаємодії з вертикально пов'язаними підприємствами. Як показує практика, підвищення конкурентоспроможності даних підприємств досягається завдяки існуванню саме інтегрованих структур в Україні, що, крім того, свідчить про вигоди для зростання галузевих ринків. Саме тому в країні спостерігається тенденція до формування різних видів об'єднань підприємств.

З огляду на це важливим науковим і практичним завданням є здійснення

аналізу окремих питань господарсько-правового статусу об'єднань підприємств холдингового типу, які набувають усе більшого поширення як форма концентрації приватного капіталу. Адже головним стимулом для вертикальної інтеграції підприємства є можливість скоротити операційні витрати та збільшити прибутки. Основним привілеєм вищезгаданої інтеграції, як зазначає К. В. Плавшуда, є скорочення за її допомогою трансакційних витрат та зменшення непрямого оподаткування [4, с. 96].

Досвід країн з розвинутою економікою свідчить про те, що саме об'єднання підприємств холдингового типу є однією з організаційно-правових форм функціонування господарських організацій великого бізнесу – драйверів глобальної економіки, включаючи транснаціональні компанії. Це зумовлює актуальність даного дослідження. Крім того, вбачається необхідність у виділенні універсальних критеріїв для виокремлення компаній холдингового типу серед інших юридичних конструкцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сучасній юридичній літературі дослідженню даного питання приділяли увагу такі вчені, як О. Вінник, С. Грудницька, Д. В. Задихайло, І. В. Лукач, В. Михайлюк, К. В. Плавшуда, К. Стадник, І. С. Шиткіна та ін.

Метою статті є оцінка правового регулювання діяльності об'єднань асоційованих підприємств холдингового типу та оптимізація чинного законодавчого регулювання створення і функціонування холдингових компаній.

Як вбачається, без орієнтації на створення великих національних інтегрованих структур, які здатні ефективно функціонувати в умовах світової технологічної конкуренції, виникає загроза перетворення вітчизняних підприємств на периферійні виробничі потужності для обслуговування міжнародних альянсів. Це матиме негативні наслідки для економічного розвитку держави, національних інтересів та інноваційної безпеки [5]. Крім того, становленню вертикальної інтеграції перешкоджає відсутність законодавчої бази для здійснення ефективного державного управління.

Виклад основного матеріалу. Світова економіка переживає сьогодні епоху глобальної конкуренції. Вступ України до СОТ, до складу якої входять усі економічно розвинені держави, призвів до того, що втратили свою актуальність і відійшли в минуле закриті національні системи економіки. Дані процеси, як показує практика, зумовили необхідність випуску конкурентоспроможного на міжнародних ринках товару. Крім того, ефективно діяти в умовах світової глобалізації, як засвідчує досвід розвинених країн, можуть переважно господарські організації великого бізнесу, які спроможні акумулювати значні фінансові ресурси й можуть працювати з дуже великими обсягами унікальної продукції, зберігати та розвивати високі технології, концентрувати групи висококваліфікованого персоналу, створювати умови для високоєфективної праці. Системи суб'єктів господарської діяльності великого бізнесу здійснюють узгоджену економічну діяльність, що спрямована на посилення економічного впливу на ринку шляхом економічної концентрації, яка за таких умов набуває позитивного значення. Це відбувається у встановлених законом правових формах, а саме через створення так званих асоційованих підприємств, що дозволяє господарським організаціям великого бізнесу створювати у цілій низці галузей вітчизняної економіки олігополістичні структури розподілу потужностей шляхом об'єднання економічних активів.

Слід зазначити, що на законодавчому рівні визнано декілька форм концентрації капіталу. Так, у гл. 12 Господарського кодексу України «Об'єднання підприємств» зазначено такі організаційно-правові форми, в яких можуть здійснювати господарську діяльність організації великого бізнесу: концерн, асоціації, корпорації, консорціуми, об'єднання підприємств холдингового типу та інші об'єднання. Отже, законодавець залишає цей перелік відкритим, що дає можливість у перспективі унормувати та утворювати об'єднання й інших типів.

Проте найчастіше організації великого бізнесу створюються у формі об'єднання компаній холдингового типу з розгалуженою системою корпоративних (дочірніх) підприємств, об'єднаних холдинговою компанією, за

рахунок тісного взаємозв'язку корпоративного типу між ними, що є найефективнішим інструментом досягнення стратегічно-тактичних цілей підприємств з потужною концентрацією капіталу. Це зумовлено тим, що господарські організації великого бізнесу, як правило, акумулюють значний капітал, а тому переваги створення холдингових і дочірніх компаній пов'язані з ефектом масштабу виробництва. Об'єднуючи виробничий потенціал різних підприємств і господарських організацій, холдингові компанії можуть досягти за рахунок зменшення витрат і перерозподілу прибутку більшої ефективності у своїй діяльності [3, с. 9]. Крім того, об'єднання в холдингову групу дозволяє консолідувати значні кошти, що у свою чергу полегшує проведення деяких процесів у бізнесі фірми, наприклад, рекламної компанії, розробки інноваційної продукції та налагодження випуску інноваційної продукції. Особливої актуальності холдингова форма набуває у випадку транснаціональних компаній, чії корпоративні підприємства утворюють виробничі ланцюги у глобальному масштабі.

Передумовами ж утворення холдингів є обставини, що дозволяють одній юридичній особі визначати рішення інших формально незалежних юридичних осіб або мати над ними економічний контроль [7, с. 54]

Слід визнати, що господарські об'єднання, які функціонують у вигляді асоціацій, більш пристосовані до вимог й особливостей ринкової економіки. Крім того, якщо асоційовані підприємства характеризуються наявністю відношення контролю-підпорядкування між членами, то господарські об'єднання інших типів не мають такої характеристики. У холдингових компаній це відбувається на основі організаційно-господарських повноважень, які виникають шляхом отримання корпоративних прав.

Також слід зазначити, що корпоративна система холдингу орієнтована на вертикальну інтеграцію для підтримки процесів управління верхнього рівня, таких як стратегічне планування, управління інвестиціями, фінансами і ризиками, а також охоплювати діяльність дочірніх підприємств з огляду на управління матеріальними ресурсами і витратами, що сприяє проведенню

єдиної виробничої та збутової політики [1, с. 41].

Враховуючи вищевикладене, метою законодавчого регулювання правових форм об'єднання господарських підприємств великого бізнесу має бути створення умов для перетворення холдингів на універсальну правову форму економічної концентрації.

Нормативне регулювання діяльності компаній холдингового типу закріплено у Законі України «Про холдингові компанії України» від 15.03.2006 р. (далі – Закон), проект якого на виконання Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо впорядкування діяльності державних(національних) акціонерних та холдингових компаній» розробив Кабінет Міністрів України у 2003 р. Крім того, окремі положення щодо об'єднань підприємств, які стосуються і правового статусу холдингів, містяться у Господарському кодексі України (далі – ГК), Законі України «Про акціонерні товариства» і в деяких підзаконних нормативно-правових актах.

Слід зазначити, що до прийняття Закону дані відносини регулював Указ Президента України «Про холдингові компанії, що створюються у процесі корпоратизації та приватизації» від 11.05.1994 р. № 224/94 (далі – Указ), який втратив чинність 2007 р. Слід зазначити, що цей Закон фактично дублює положення вищевказаного Указу. Проте його завданням було визначення порядку створення та діяльності державних холдингових компаній, що утворилися у процесі корпоратизації та приватизації. Тобто фактично предметом цього Закону стала специфічна ситуація реформування структур планової економіки на структури економіки ринкового типу в процесі приватизації. Дані положення на практиці неможливо застосувати до діяльності приватних холдингових компаній, які, як показує практика, утворювалися еволюційним шляхом або шляхом економічної експансії. Тому законодавець, приймаючи цей Закон, створив вакуум правового регулювання функціонування компаній, які концентрують великий приватний капітал. Таким чином, чинна редакція даного Закону вже вичерпала свій ресурс у процесі приватизації лівової частини державних виробничих активів і сам Закон історично вичерпав

або майже вичерпав свій регулятивний потенціал.

Крім того, певний відбиток на процедуру створення холдингової компанії накладає конкурентне законодавство, що пояснюється можливістю монополізації ринку внаслідок утворення холдингу. Засновник холдингової компанії зобов'язаний дістати згоду Антимонопольного комітету України на створення холдингової компанії. Проекти установчих документів і плани розміщення акцій холдингових компаній підлягають узгодженню з Антимонопольним комітетом України. Слід зазначити, що дані вимоги передбачені й нормами Закону України «Про захист економічної конкуренції», який передбачає одержання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію суб'єктів господарювання. З вищезазначеного можна зробити висновок, що в Україні на сьогоднішній день процедура створення холдингових компаній є врегульованою на законодавчому рівні [6, с.136].

Аналіз чинного законодавства, а саме Закону України «Про холдингові компанії», доводить наявність в його тексті значних прогалин і недосконалостей. Як вбачається, Закон було прийнято для регулювання особливостей створення і функціонування фактично державних компаній, що створювалися внаслідок корпоратизації та приватизації цілих секторів в національній економіці.

Відповідно до ст. 1 Закону холдингова компанія – це відкрите акціонерне товариство, яке володіє, користується і розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств. А холдинговим корпоративним пакетом акцій Закон визначає пакет акцій(часток, паїв) корпоративного підприємства, що перевищує 50% чи становить величину, яка забезпечує право вирішального впливу на господарську діяльність корпоративного підприємства.

Аналіз законодавства ЄС показує, що чітке визначення поняття «холдингова компанія» відсутнє, хоча воно використовується. Холдингова компанія за своєю суттю не може бути об'єднанням підприємств, оскільки в американському та англійському праві – це компанія, яка здійснює контроль

над дочірніми компаніями. Більш того, компанія в англосаксонській системі права – це юридична особа, а група підприємств на чолі з холдинговою компанією не тільки не є юридичною особою, але відсутність такого статусу є однією з її переваг [8].

Слід зазначити, що викликає сумніви необхідність введення нового терміна «корпоративне підприємство». Крім того, із визначення поняття холдингової компанії, що містилося у п. 5 ст. 126 ГКУ, яка була змінена Законом України «Про холдингові компанії в Україні», стає зрозумілим, що до складу холдингової компанії входило дочірнє підприємство, що є акціонерними товариствами, тобто по суті є дочірніми підприємствами корпоративного типу. Зміни ж, які були внесені Законом, поглибили колізії статусу господарського товариства, дочірні підприємства якого не є акціонерними товариствами, тобто за своєю юридичною природою є дочірніми підприємствами унітарного типу. Отже, спостерігається ситуація, коли дочірні підприємства створюються одним засновником, який керує підприємством, але статутний фонд не поділено на частки.

Постає питання щодо спрощення так званої холдингізації. На практиці виникають ситуації, коли одна особа є власником декількох чи багатьох приватних підприємств і в результаті багатьох угод отримує значний дохід. У даному випадку відбувається концентрація великого капіталу, яку неможливо зафіксувати як єдину систему. Насправді ж усі ці підприємства працюють за однією стратегією інвестора.

Крім того, законодавець обмежує можливість створення холдингової компанії з дочірніми підприємствами лише у формі публічних акціонерних товариств, що мають корпоративні права. Проте для сучасних організаційно-правових форм великого бізнесу характерний еволюційний сценарій розвитку. Тому часто виникає ситуація, коли підприємства холдингову типу утворюються стихійно, шляхом об'єднання декількох господарюючих суб'єктів, які не завжди функціонують у формі публічного акціонерного товариства. Це можуть бути і просто приватні підприємства. Господарська організація, що створена у

будь-якій іншій організаційно-правовій формі, ніж публічне акціонерне товариство, навіть за умови володіння, користування та розпорядження холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) надзвичайно великої кількості відповідних підприємств, не може бути кваліфікована як холдингова компанія. Це не перешкоджає визнавати такі компанії асоційованими підприємствами, пов'язаними особами згідно із ГК України, Законом України «Про акціонерні товариства», Податковим кодексом України тощо.

Звідси доходимо висновку, що феномен холдингових груп законодавцем ураховано лише формально. Проте застосувати на практиці створену конструкцію для консолідації економічних активів немає можливості.

Аналіз Закону дозволяє зрозуміти, що законодавець не передбачив такий спосіб утворення холдингової компанії, як поглинання одного господарського суб'єкта іншим шляхом придбання контрольного пакета акцій першого, що здійснюється в тому числі в процесі приватизації, в результаті якого суб'єкт господарювання, що поглинає визнається холдинговою компанією, а поглинутий відповідно – дочірнім підприємством. На відміну від національного законодавства, в міжнародному праві відомий такий спосіб утворення холдингу, як укладення між підприємствами підприємницького договору про встановлення вирішальної залежності.

Крім того, виникає питання, чи є компанія холдинговою, якщо управляюча компанія володіє не 100 % акцій дочірніх підприємств, а, наприклад, 60 %, коли діє не так звана «чиста» схема утворення холдингу.

Слід зазначити, що недосконале правове регулювання діяльності великих суб'єктів господарювання призводить до зниження ефективності, а іноді – до унеможливлення контролю за їх діяльністю. Відтак залишається невирішеним питання правової природи субхолдингів, вертикальних холдингів як ускладненої ієрархічної структури. Закон не забезпечує, як свідчить практика, розуміння того, що насправді відбувається у структурі холдингового ланцюгу.

До того ж, недосконалість Закону яскраво можна проілюструвати на

прикладі регулювання діяльності аптечного бізнесу. Так, за даними IV Міжнародного фармацевтичного форуму, рівень конкуренції в аптечному ритейлі посилюється, відбувається укрупнення бізнесу, процеси консолідації прискорюються [9].

Постає питання: якою мірою Закон регулює діяльність таких потужних суб'єктів господарювання? Адже мережі аптек на фармацевтичному ринку діють як цілісні економічні системи-учасники ринку, які засновані єдиним власником, а відтак і проводять його виробничу й збутову політику. Тобто фактично це величезні холдинги, які мають ознаки контролю-підпорядкування у своїй діяльності, але юридично в таку організаційно-правову форму не оформлені й формально діють на ринку як окремі підприємства – юридичні особи.

Справедливо зазначити, що застосувати Закон до регулювання діяльності таких фармацевтичних компаній не вбачається можливим. Адже вимогу Закону до організаційно-правової форми корпоративного типу до дочірніх підприємств на практиці неможливо застосувати до аптечного бізнесу. Наприклад, один із лідерів аптечного бізнесу з отримання доходів «Аптека «Магнолія»» займає більше 7 % ринку. Компанія розвиває на вітчизняному ринку мережі «Аптека низьких цін», «Копійка» і «Благодія», загальна кількість торгових точок яких налічує 441 [10].

Усі ці суб'єкти господарювання не є підприємствами корпоративного типу, вони зареєстровані у формі приватних підприємств. Проте доводиться констатувати, що всі вони діють за єдиною економічною стратегією і є по суті цілісними підприємствами з відносинами контролю-підпорядкування фактично дочірніх підприємств з управляючою компанією. Через недосконалість правового регулювання нереально оцінити масштаби організаційно-господарського впливу керуючого центру на діяльність кожного учасника мережі аптек.

Отже, Закон не містить критеріїв для кваліфікації єдиної компанії, яка діє як холдинг. Адже по суті законодавство повинно містити обмеження правового

характеру, які б не давали можливості створювати єдиному засновнику безліч малих підприємств, які діють як єдиний господарюючий суб'єкт, при цьому часто користуючись пільгами, що надають малому бізнесу. Очевидно, що держава має фіскальний інтерес для врегулювання даної прогалини у Законі через те, що утворюючи безліч малих підприємств, засновник має право отримувати пільги від державних програм підтримки підприємств малого бізнесу. Але насправді ці ж малі підприємства фактично діють як потужний холдинг, який часто займає монопольне становище у тій чи іншій галузі економіки. Отже, чітке виділення кваліфікаційних критеріїв для суб'єктів малого бізнесу дозволить зробити їх діяльність більш прозорою.

Слід наголосити, що сьогодні ускладнюється прозорість правового регулювання діяльності величезних мереж, до складу яких входять велика кількість аптек, утворених у формі простих приватних підприємств. У даній ситуації очевидний публічний інтерес держави в ефективному регулюванні фармацевтичного бізнесу, що виявляється у конкурентоспроможності фармацевтичних компаній, їх можливості домінувати на ринку і зловживати монопольним становищем. Але вакуум правового регулювання організаційно-правових форм функціонування аптек не дозволяє зробити прозорим фармацевтичний ринок. Крім того, холдинг як правова форма існування господарських організацій великого бізнесу може стати ефективним інструментом у боротьбі з трансфертним ціноутворенням.

Також недосконалість правового регулювання діяльності холдингових компаній ставить під сумнів очевидність важливого критерію контролю-підпорядкування у відносинах між управляючою компанією та дочірніми підприємствами. Це стає особливо актуальним для відносин держави і господарської організації великого бізнесу, яка фактично існує у формі холдингу. Адже відбувається значна економічна концентрація, за якої підприємство виходить на макроекономічний рівень, а отже потрібно враховувати можливість такого суб'єкта господарювання впливати на певний сектор економіки держави чи на національну економічну систему в цілому.

Крім того, у даній ситуації необхідно враховувати особливий порядок переходу права власності на пакети акцій таких господарських організацій. Фактично це питання національної безпеки, щодо якого у Законі спостерігається вакуум правового регулювання.

Слід зазначити, що завдання законодавства нашої держави полягає в тому, щоб стимулювати інвесторів до легальної концентрації, яка можлива лише при створенні холдингових компаній, коли є гарантії економічної безпеки.

Висновки. 1. Найчастіше організації великого бізнесу створюються у формі об'єднання компаній холдингового типу з розгалуженою системою корпоративних (дочірніх) підприємств, об'єднаних холдинговою компанією, що є найефективнішим інструментом здобуття стратегічно-тактичних цілей підприємств з потужною концентрацією капіталу. У зв'язку з цим з точки зору правової політики держави у даній сфері слід зосередитись на суттєвому вдосконаленні законодавчого регулювання холдингових відносин на відміну від спроб розробити організаційно-правові форми промислово-фінансових груп або господарських об'єднань підприємств.

2. На жаль, чинна редакція Закону вже вичерпала свій ресурс у процесі приватизації лівової частини державних виробничих активів. Закон історично вичерпав або майже вичерпав свій регулятивний потенціал, а для регулювання холдингових відносин у приватному секторі національної економіки даний нормативно-правовий акт фактично не пристосований.

3. Феномен холдингових груп законодавцем ураховано лише формально:

а) законодавець обмежує можливість створення холдингової компанії з дочірніми підприємствами лише у формі публічних акціонерних товариств, що мають корпоративні права. Проте для сучасних організаційно-правових форм великого бізнесу характерний еволюційний сценарій розвитку. Тому часто виникає ситуація, за якої підприємства холдингового типу утворюються стихійно, шляхом об'єднання декількох господарюючих суб'єктів, які не завжди функціонують у формі публічного акціонерного товариства. Це можуть

бути і просто приватні підприємства. Отже, фактично такі підприємства виконують функцію холдингу. Тому, як вбачається, доцільно закріпити на законодавчому рівні умови, за яких під холдинги мають підпадати всі підприємства, між якими є відносини контролю-підпорядкування і які виступають за узгодженою стратегією на ринку, як єдине господарське підприємство;

б) залишається невирішеним питання правової природи субхолдингів, вертикальних холдингів як ускладненої ієрархічної структури. Закон не забезпечує, як свідчить практика, розумінню того, що насправді відбувається у структурі холдингового ланцюгу. Крім того, у даній ситуації постає питання відповідальності холдингової компанії за зобов'язаннями так званих дочірніх, а іноді внучатих, підприємств;

в) значна економічна концентрація капіталу виводить господарське підприємство на макроекономічний рівень, а отже потрібно враховувати можливість такого суб'єкта господарювання впливати на певний сектор економіки держави, а в окремих випадках – і на національну економічну систему в цілому. У даній ситуації потрібно враховувати особливий порядок переходу права власності на пакети акцій таких господарських організацій. Це фактично є питання національної безпеки й підтверджує наявність публічного інтересу держави в регулюванні діяльності підприємств великого бізнесу. Проте у даному аспекті спостерігається вакуум правового регулювання у законодавстві.

Список літератури:

1. Господарський кодекс України: Закон України від 06.01.2018 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18–22. Ст. 144.
2. Про холдингові компанії в Україні: Закон України від 15.03.2006 р. № 3528-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 34. Ст. 291.
3. Про холдингові компанії, що створюються у процесі корпоратизації та приватизації: Указ Президента України від 11.05.1994 р. № 224/94. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/224/94> (дата звернення: 17.03.2018).
4. Плавшуда К. В. Формування вертикально інтегрованих холдингових структур у металургійній промисловості України. *Юрист України*. 2013. № 2 (23). Ст. 96-101.
5. Лазаренко М. П. Інтеграційні процеси корпоративних структур в системі економічних відносин. *Всеукраїнський науково-виробничий журнал*. № 5. 2013. С. 100.
6. Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній: монографія. Київ: Юрінком

Інтер, 2008. – 240 с.

7. Шиткина И. С. Правовое регулирование организации и деятельности холдинга как формы предпринимательского объединения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2006. 54 с.

8. Хрептак В. І. Правовий статус холдингової компанії в Україні. URL: <http://dspace.pnpu.edu.ua/bitstream/123456789/4589/1/Hreptak.pdf> (дата звернення: 17.03.2018).

9. Горбунова К. Аптеки світу–2017: перетворення фармринку після кризи. URL: <https://www.apteka.ua/article/415328?print> (дата звернення: 17.03.2018).

10. Шомін Михайло. Правовий статус холдингових компаній: проблеми та перспективи. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2285> (дата звернення: 17.03.2018).

11. ТОП-10 самых доходных аптек Украины. URL: <https://delo.ua/business/top-10-aptechnyh-setej-ukrainy-324373/> (дата звернення: 17.03.2018).

References:

1. Hospodarskyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.01.2018 r. № 436-IV. (2003.). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 18–22, 144.

2. Pro kholdynhovi kompanii v Ukraini: Zakon Ukrainy vid 15.03.2006 r. № 3528-IV. (2006). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 34, art. 291.

3. Pro kholdynhovi kompanii, shcho stvoriuiutsia u protsesi korporatyzatsii ta pryvatyzatsii: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 11.05.1994 r. № 224/94. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/224/94>.

4. Plavshuda, K.V. (2013). Formuvannia vertykalno intehrovanykh kholdynhovykh struktur u metalurhiinii promyslovosti Ukrainy. *Yuryst Ukrainy*, 2 (23), art. 96–101 [in Ukrainian].

5. Lazarenko, M.P. (2013). Intehratsiini protsesy korporatyvnykh struktur v systemi ekonomichnykh vidnosyn. *Vseukrainskyi naukovo-vyrobnychiy zhurnal*, 5, 100 [in Ukrainian].

6. Lukach, I.V. (2008). Pravove stanovyshe kholdynhovykh kompanii. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

7. Shitkina, I.S. (2006). Pravovoe regulirovanie organizatsii i deyatelnosti holdinga kak formy predprinimatelskogo ob'edineniya. *Extended abstract of candidate's thesis*. Moscow [in Russian].

8. Khreptak, V.I. Pravovyi status kholdynhovoї kompanii v Ukraini. URL: <http://dspace.pnpu.edu.ua/bitstream/123456789/4589/1/Hreptak.pdf> [in Ukrainian].

9. Horbunova, K. Apteky svitu–2017: peretvorennia farmrynku pislia kryzy. URL: <https://www.apteka.ua/article/415328?print>.

10. Shomin Mykhailo. Pravovyi status kholdynhovykh kompanii: problemy ta perspektyvy. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2285> [in Ukrainian].

11. TOP-10 samyihkh dokhodnyihkh aptek Ukrainyi. URL: <https://delo.ua/business/top-10-aptechnyh-setej-ukrainy-324373/> [in Russian].

Менив Я. А. Основные дисфункции законодательства Украины об объединениях предприятий холдингового типа.

Статья посвящена вопросам создания в Украине холдинговых структур среди хозяйственных организаций крупного бизнеса. Особое внимание уделено правовому обеспечению деятельности объединений ассоциированных предприятий холдингового типа и оптимизация действующего законодательного регулирования создания и функционирования холдинговых компаний.

Ключевые слова: хозяйственная организация; организационно-правовая форма; холдинг; экономическая концентрация; правовой статус компаний большого бизнеса.

Meniv Ya. O. Main dysfunctions of the legislation of Ukraine on association of holding type enterprises.

The article is devoted to the questions of creation of holding structures in Ukraine among large business enterprises. Particular attention is paid to the legal maintenance of associations of associated enterprises of holding type and optimization of the current legislative regulation of the creation and operation of holding companies.

Keywords: economic organization; holding, economic concentration; legal status of large business companies; the legal status of large business companies.

Надійшла до редколегії 20.04.2018 р.





ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*Кондратюк Анастасія Сергіївна,
аспірант кафедри земельного та аграрного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: stasiakondratiuk@gmail.com
ORCID 0000-0002-4672-4966*

Земля є головним засобом виробництва в сільському господарстві, і тому ефективне її використання приводить до підвищення результатів господарювання. В законодавстві України існують прогалини, які стосуються питання ефективного землекористування, і тому слід визначити сутність цього поняття та його проблематику.

Ключові слова: раціональне використання; землі; ефективне використання; земельні ресурси.

Вступ. Ефективність використання земель в Україні значно нижча, ніж у середньому по Європі. Основними причинами низької віддачі земельного потенціалу в Україні є безгосподарне ставлення до землі, тривала відсутність реального власника, помилкова стратегія максимального залучення земель до обробітку, недосконалі техніка і технологія обробітку землі та виробництва сільськогосподарської продукції, недотримання науково обґрунтованих систем ведення землеробства, недосконала система використання і внесення мінеральних добрив та невиконання природоохоронних, комплексно-меліоративних, протиерозійних та інших заходів. Якісний стан земельного фонду постійно погіршується [1].

Ефективне використання земельних ресурсів має важливе значення для сталого розвитку України. Земельні ресурси України знаходяться у критичному стані. Розорані землі складають близько 85 % від площі степів і лісостепів. Посівні площі займають 33,5 млн га. Вже зіпсовано 60 % чорноземів, щорічно втрачається 100 тис. га родючих ґрунтів. Якщо врахувати всі зміни, то 22 % території України можна характеризувати як сильно і дуже сильно уражені та

непридатні для повного використання [2]. Питання ефективного використання земельного потенціалу є актуальним для сьогодення, і тому існує ряд проблем, які потребують узагальнення та подальшого вирішення.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. У зв'язку з погіршенням екологічного стану земель постає проблема ефективного їх використання та вдосконалення земельного законодавства. Проблемам ефективного використання земельних ресурсів присвячено праці багатьох вчених, серед яких О. І. Зінченко (O. I. Zinchenko), П. І. Коренюк (P. I. Koreniuk), О. А. Корчинська (O. A. Korchynska), П. Ф. Кулинич (P. F. Kulynych), В. В. Носік (V. V. Nosik), М. В. Шульга (M. V. Shulha) та ін.

Метою статті є вивчення науково важливих питань щодо ефективного використання земель.

Виклад основного матеріалу. Щоб з'ясувати сутність «ефективності» доцільно розпочати з терміну «ефект», який є його підґрунтям. Тлумачний словник сучасної української мови розкриває поняття «ефект» як результат яких-небудь причин, заходів, дій [3, с. 344]. Великий тлумачний словник української мови трактує категорію ефективність (лат. effective) як характеристику якого-небудь об'єкта (пристрою, процесу, заходу, виду діяльності), що відображає його суспільну користь, продуктивність та інші позитивні якості [4, с. 457].

Вперше поняття «ефективність» розглянули у своїх працях У. Петті (U. Petti) та Ф. Кене (F. Kene), які провели кількісний аналіз економічних процесів. Ефективність, на їх думку, це результативність, тобто результат діяльності (ефект), що отримує суспільство, підприємство або людина на одиницю використаних (або застосованих) ресурсів [5, с. 53].

Як підкреслюється в спеціальній літературі, до показників ефективного використання земель належать природні характеристики земельних угідь (родючість ґрунту, рельєф, розташування); ступінь розвитку продуктивних сил (культура землеробства, технологія виробництва, стан матеріально-технічної бази); система економічних і правових відносин тощо [6, с. 6]. Головною

умовою підвищення економічної ефективності виробництва в сільському господарстві та створення конкурентоспроможної продукції в ринкових умовах є раціональне використання земель та землемісткість сільськогосподарської продукції. В основу визначення цього показника покладено метод питомої участі, який потребує наявності двох складників: сукупності об'єктів і порівнюваних показників – площі сільськогосподарських угідь і вартості виробленої продукції [7, с. 39].

Поняття ефективного землекористування відрізняється великою складністю й багатогранністю та не піддається однозначному визначенню. Виділене в одному зі своїх аспектів, воно може формулюватися невірно в сенсі комплексного змісту самого поняття. Сутність ефективного землекористування формують три основних аспекти: економічний, екологічний, соціальний.

Так, економічна ефективність землекористування характеризується рівнем виробництва сільськогосподарської продукції – чим більше обсяг виробленої продукції при одночасному зниженні витрат праці й коштів, тим вище економічна ефективність землекористування.

Екологічна ефективність землекористування характеризується рівнем витрат енергії, а також рівнем стабільності й продуктивності агроєкосистеми та її основного компонента – земельних ресурсів. Екологічна ефективність землекористування тим вище, чим нижче рівень витрат енергії, стабільніша та продуктивніша агроєкосистема.

Що стосується, соціальної ефективності землекористування, то вона характеризується розподілом між суспільством і державою земельної ренти, а також тим, як впливають на соціальну стабільність суспільства проблеми земельних відносин. Соціальна стабільність землекористування тим вище, чим справедливіше вирішуються земельні проблеми в інтересах більшої частини суспільства [8, с. 72].

Необхідно зазначити, що в земельному законодавстві відсутнє чітко сформоване визначення поняття ефективного використання земель. Визначення ефективності найчастіше використовується лише у сфері економіки і тому

виникає проблема щодо розуміння поняття ефективного землекористування.

У законодавстві України відсутні правові норми, які б регулювали ефективне використання земельних ресурсів. У ст. 5 Земельного кодексу України [9] закріплено принцип забезпечення раціонального використання та охорони земель. Закон України «Про охорону земель» [10] визначає правові, економічні та соціальні основи охорони земель з метою забезпечення їх раціонального використання, відтворення та підвищення родючості ґрунтів, інших корисних властивостей землі, збереження екологічних функцій ґрунтового покриву та охорони довкілля.

Поняття раціональність і ефективність щодо землекористування – рівнозначні за умови, що ефективність береться тут у всіх її проявах – економічному, соціальному, екологічному. Ефективність (землекористування), взята в сукупності взаємопов'язаних її проявів, і визначає раціональність (землекористування) [11, с. 321].

Приміром, в екологічному праві особливу роль відіграє принцип правового забезпечення раціонального й ефективного використання природних ресурсів. Раціональність в екологічному використанні полягає в тому, що кожен власник чи користувач природних ресурсів зобов'язаний у процесі їх використання додержуватися правових екологічних вимог, щоб не нашкодити природному середовищу. Економічна ефективність виражається в отриманні найвищих економічних показників при експлуатації природних ресурсів з щонайменшими затратами. Раціональність та ефективність використання останніх – взаємопов'язані поняття, однак не тотожні. Раціональність охоплює головним чином екологічний, а ефективність – економічний аспект. Ці два поняття слід розглядати стосовно будь-якого природного ресурсу [12, с. 63].

Як зазначає Є. І. Єфімова (Ye. I. Yefimova), на початку 80-х рр. ХХ ст. у поняття «раціональне використання природних ресурсів» вчені включали однакові за значенням економічну й екологічну сторони цього виду діяльності. Так, Б. Г. Розовський (B. H. Rozovskyi) наголошував, що раціональність природокористування полягає в історично обумовленому визначенні заходів і

співвідношення можливого використання об'єктів природи в усіх видах соціально-економічної діяльності. На думку інших учених, використання природних ресурсів може бути визнано раціональним, якщо воно задовольняє економічні потреби в межах екологічної розумності; а сама економічна діяльність здійснюється з дотриманням відповідних екологічних вимог, спрямованих на охорону природи як бази природокористування [13, с. 14].

Так, В. В. Петров (V. V. Petrov) акцентував увагу на тому, що раціональне – це економне, бережливе використання природних ресурсів з урахуванням вимог охорони навколишнього середовища. На його думку, раціональне використання природних ресурсів передбачає наявність двох видів суспільних відносин. Один із них зумовлений вимогами економного, ефективного, бережливого використання ресурсів природи для задоволення потреб народного господарства. Інший заснований на завданнях охорони навколишнього середовища під час експлуатації природних ресурсів, відновлення спожитої природної речовини [14, с. 23].

У середині ХХ ст. впродовж тривалого часу дискутувалося, що важливіше: раціональне використання природних ресурсів чи їх охорона від забруднень, енерговикористання чи захист навколишнього середовища, експлуатація природи або ж її захист. У ході експлуатації природних ресурсів повинна здійснюватися їх охорона; найкращим способом захисту природи виявляється раціональність, економність використання природних ресурсів.

Раціональне використання природних ресурсів передбачає врахування законів природи та потенційних можливостей навколишнього середовища, які не безмежні та можуть постраждати від шкідливого перевантаження. Раціоналізм природокористування полягає в тому, щоб постійно підтримувати такий стан, за якого можливе використання та відтворення природних ресурсів, коли допускаються необоротні наслідки для навколишнього середовища [15, с. 79]. Раціональне використання землі – це діяльність, пов'язана з ефективним використанням земельних та інших природних ресурсів з екологічної й економічної точок зору, що відповідає суспільним (територіальних громад) та

приватним інтересам [11, с. 327].

Так, В. В. Петров (V. V. Petrov) відзначав, що раціональність використання та охорона земель полягає у забезпеченні ефективної експлуатації природних благ із метою отримання найбільшої кількості продуктів за найменших затрат праці і коштів, із метою їх збереження та подальшого виробництва [16, с. 14].

На думку М. І. Краснова (M. I. Krasnov), раціональне використання землі – це досягнення максимального ефекту у здійсненні цілей землекористування з урахуванням корисної взаємодії землі з іншими природними чинниками та при охороні землі в процесі використання як специфічної умови будь-якої діяльності та основного засобу виробництва у сільському господарстві [17, с. 22].

Свого часу в Держстандарті (ДСТУ) 26640-85 «Землі. Терміни та визначення» раціональне використання земель визначалося як забезпечення всіма землекористувачами в процесі виробництва максимального ефекту при здійсненні мети землекористування з урахуванням охорони земель та оптимальної взаємодії з природними факторами [18, с. 2].

У свою чергу О. І. Радченко (O. I. Radchenko) вважає, що під раціональним використанням земель розуміють їх цільове та комплексне використання, за якого зберігається баланс (найоптимальніше, пропорційніше і гармонійніше зіставлення) між ефективністю використання земель і екологічними вимогами [19, с. 21].

Отже, можна стверджувати, що ефективність є одним із елементів раціонального використання землі та обумовлюється взаємодією і взаємозалежністю всіх природних факторів.

Історично і логічно поняття ефективності пов'язано з розвитком суспільного виробництва. Поза виробництвом, поза економічними відносинами вона не має самостійного значення. Однак поняття ефективності має не лише «вузький» економічний сенс. Серед обов'язкових умов оцінки ефективності як критерію вирішення завдань з вибору варіантів уже давно виділяють

необхідність врахування соціальних вимог і обмежень, що виступають у формі фіксованих умов використання земель, екологічних, економічних, містобудівних, санітарних та інших стандартів. Таким чином, щодо землекористування названі аспекти ефективності – економічний, соціальний, екологічний – мають враховуватись одночасно.

Характер використання землі визначають соціально-економічні умови. З соціально-економічним аспектом тісно пов'язаний організаційно-господарський фактор використання землі. Його вплив на ефективність землекористування визначається конкретними формами організації території та виробництва. Правова діяльність держави спрямована на забезпечення адміністративно-правовими засобами ефективного використання землі та її охорону [20, с. 23].

Розглядаючи ефективність з економічної точки зору, слід зазначити її види: технічну, структурну та економічну. Технічна ефективність характеризується здатністю одержувати максимальний обсяг продукції при заданому наборі ресурсів. У сільському господарстві технічна ефективність визначається такими показниками, як урожайність, вихід валової продукції з одиниці земельної площі тощо. Структурна ефективність відображає обсяг витрат ресурсів для одержання передбачуваного обсягу продукції. Як показники вимірювання структурної ефективності використовують собівартість продукції, фондоозброєність тощо. Економічна ефективність поєднує два попередніх види й ґрунтується на порівнянні одержаних результатів із витратами [21, с. 144–145].

Як бачимо, ефективність найчастіше розглядається з позиції економічної вигоди як система певних способів та засобів, які спрямовані на підвищення прибутків від використання земельних ресурсів з найменшими затратами та завданням шкоди навколишньому середовищу.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що поняття ефективного землекористування включає в себе низку економічних та екологічних складових. Проте розглядати ефективне використання землі тільки

з економічної точки зору, залишаючи поза увагою екологічний аспект, є недоцільним, що призводить у свою чергу до погіршення якісного стану земель в Україні. Отже, на сьогодні існує нагальна необхідність щодо визначення поняття ефективного використання земель та закріплення його на законодавчому рівні. Доповнивши правові норми національного законодавства елементом ефективності, можна зупинити негативні процеси деградації земель України.

Список літератури:

1. Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки: Постанова Верховної Ради України від 05.03.1998 р. № 188/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 38/39. Ст. 248.
2. Джигирей В. С. Сучасний стан ґрунтів України та шляхи його поліпшення. *Екологія та охорона навколишнього природного середовища*: навч. посіб. 2-е вид., стер. Київ: Знання, 2002. С. 81–85.
3. Тлумачний словник сучасної української мови: загальноживана лексика: близько 60000 слів / за заг. ред. В. С. Калашника. Харків: Співак Т. К., 2009. 960 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250 000 слів / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
5. Гаража О. П. Види та показники ефективності використання сільськогосподарських угідь в управлінні земельними ресурсами України. *Економіка та суспільство*: електрон. наук. фах. вид. 2016. Вип. 3. С. 52–60. URL: http://economyandsociety.in.ua/journal/3_ukr/10.pdf (дата звернення: 14.05.2018).
6. Гунченко О. В. Теоретико-методичні аспекти оцінки економічної ефективності використання земель сільськогосподарських підприємств. *Вісник Харківського національного аграрного університету. Серія: Економічні науки*. 2014. Вип. 6. С. 235–242.
7. Макарова В. В. Ефективність використання земельних угідь сільськогосподарськими підприємствами. *Економічний простір*. Дніпропетровськ, 2011. № 52/1. С. 38–43.
8. Вільхова Т. В. Критерії та показники ефективності використання землі. *Економіка та держава*. 2014. № 7. С. 70–72.
9. Земельний кодекс України: Закон від 25.10.2001 р. № 276-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3/4. Ст. 27.
10. Про охорону земель: Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 349.
11. Третяк А. М. Землеустрій в Україні: теорія, методологія: монографія. Херсон: ОЛДІ-ПЛС, 2013. 488 с.
12. Екологічне право України: підручник / за ред.: А. П. Гетьман, М. В. Шульга. Харків: Право, 2005. 382 с.
13. Иконницкая И. А. Право природопользования в СССР. Москва: Наука, 1990. 196 с.
14. Кобецька Н. Р. Дозвільне і договірне регулювання природних ресурсів в Україні: питання теорії та практики: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. 271 с.
15. Боголюбов С. А., Позднякова Е. А. Правовые основы природопользования и охраны окружающей среды: учеб. для академ. бакалавриата. Москва: Юрайт, 2015. 391 с.
16. Петро В. В. Объект и предмет правовой охраны природы в СССР. *Советское*

государство и право. 1976. № 4. С. 58–64.

17. Правовое обеспечение рационального использования земли в СССР / под ред. Н. И. Краснова. Москва: Юрид. лит., 1969. 216 с.

18. ГОСТ 26640-85 (СТ СЭВ 4472-84). Земли. Термины и определения. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v3453400-85> (дата обращения: 14.05.2018).

19. Радченко А. Рациональное использование земель: понятие и содержание. *Персонал*. 2005. № 8. С. 92–96.

20. Третяк А., Третяк В. Поняття, сутність та зміст раціонального використання: теорія, методологія та практика. *Землевпорядний вісник*. 2015. № 8. С. 21–25.

21. Лозинська О. В. Ефективне використання землі сільськогосподарського призначення. *Землеустрій і кадастр*. 2009. № 3. С. 143–148.

References:

1. Pro Osnovni napriamy derzhavnoi polityky Ukrainy u haluzi okhorony dovkillia, vykorystannia pryrodnykh resursiv ta zabezpechennia ekolohichnoi bezpeky: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 05.03.1998 r. № 188/98-VR. (1998). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 38–39, art. 248.

2. Dzhyhyrei, V.S. (2002). Suchasnyi stan gruntiv Ukrainy ta shliakhy yoho polipshennia. *Ekolohiia ta okhorona navkolishnoho pryrodnoho seredovyscha*, pp. 81–85. Kyiv: Znannia [in Ukrainian].

3. Kalashnyk, V.S. (Ed.). (2009). Tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy: Zahalnovzhyvana leksyka: blyzko 60000 sliv. Kharkiv: FOP Spivak T.K. [in Ukrainian].

4. Busel, V.T. (Ed.). (2005). Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy. 250 000 sliv. Kyiv ; Irpin: Perun [in Ukrainian].

5. Harazha, O.P. (2016). Vydy ta pokaznyky efektyvnosti vykorystannia silskohospodarskykh uhid v upravlinni zemelnymy resursamy Ukrainy. *Ekonomika ta suspilstvo – Economics and Society*, issue 3, 52–60. URL: http://economyandsociety.in.ua/journal/3_ukr/10.pdf [in Ukrainian].

6. Hunchenko, O.V. (2014). Teoretyko-metodychni aspekty otsinky ekonomichnoi efektyvnosti vykorystannia zemel silskohospodarskykh pidpriemstv. *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho ahrarnoho universytetu. Seriiia «Ekonomichni nauky» – Bulletin of Kharkiv National Agrarian University. Series «Economic Sciences»*, issue 6, 235–242 [in Ukrainian].

7. Makarova, V.V. (2011). Efektyvnist vykorystannia zemelnykh uhid silskohospodarskymy pidpriemstvamy. *Ekonomichniy prostir – Economic space*, 52/1, 38–43 [in Ukrainian].

8. Vilkhova, T.V. (2014). Kryterii ta pokaznyky efektyvnosti vykorystannia zemli. *Ekonomika ta derzhava – Economy and the state*, 7, 70–72 [in Ukrainian].

9. Zemelnyi kodeks Ukrainy: Zakon vid 25.10.2001 r. № 276-III. (2002). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 3–4, art. 27.

10. Pro okhoronu zemel: Zakon Ukrainy vid 19.06.2003 r. № 962-IV. (2003). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 39. art. 349.

11. Tretiak, A.M. (2013). Zemleustrii v Ukraini: teoriia, metodolohiia. Kherson: OLDI-PLS [in Ukrainian].

12. Hetman, A.P. & Shulha M.V. (Eds.). (2005). Ekolohichne pravo Ukrainy. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

13. Ikonitskaya, I.A. (1990). Pravo prirodopolzovaniya v SSSR. Moscow: Nauka [in Russian].

14. Kobetska, N.R. (2016). *Dozvilne i dohovirne rehuliuвання pryrodnykh resursiv v Ukraini: pytannia teorii ta praktyky*. Ivano-Frankivsk: Prykarp. nats. un-t im. Vasyliia Stefanyka [in Ukrainian].

15. Bogolyubov, S.A. & Pozdnyakova, E.A. (2015). Pravovyye osnovy prirodopolzovaniya i ohranyi okruzhayushey sredy. Moscow: Yurayt [in Russian].

16. Petro, V.V. (1976). Ob'ekt i predmet pravovoy ohranyi prirody v SSSR. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo – Soviet state and law*, 4, 58–64 [in Russian].

17. Krasnov N.I. (Ed.). (1969). *Pravovoe obespechenie ratsionalnogo ispolzovaniya zemli v SSSR*. Moscow: Yuridicheskaya literatura [in Russian].

18. GOST 26640-85 (ST SEV 4472-84). *Zemli. Terminy i opredeleniya*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v3453400-85>.

19. Radchenko, A. (2005). *Ratsionalnoe ispolzovanie zemel: ponyatie i sodержanie. Personal – Personnel*, 8, 92–96 [in Russian].

20. Tretiak, A., & Tretiak, V. (2015). Poniattia, sutnist ta zmist ratsionalnoho vykorystannia: teoriia, metodolohiia ta praktyka. *Zemlevporiadnyi visnyk – Land survey bulletin*, 8, 21–25 [in Ukrainian].

21. Lozynska, O.V. (2009). Efektyvne vykorystannia zemli silskohospodarskoho pryznachennia. *Zemleustrii i kadastr – Land Management and Cadastre*, 3, 143–148 [in Ukrainian].

Кондратюк А. С. Некоторые вопросы эффективного использования земель за законодательством Украины.

Земля является главным средством производства в сельском хозяйстве, и поэтому эффективное ее использование приводит к повышению результатов хозяйствования. В законодательстве Украины существуют пробелы, которые касаются вопроса эффективного земельного использования, и поэтому следует определить сущность понятия и его проблематику.

Ключевые слова: рациональное использование; земли; эффективное использование; земельные ресурсы.

Kondratyuk A. S. Some questions on effective use of land by ukraine's legislation.

The question of the effective use of land potential is relevant for the present, and therefore there are a number of problems that need to be generalized and further resolved. The legislation of Ukraine lacks legal norms regulating the effective use of land resources. The purpose of the article is to study the scientific issues of effective use of land.

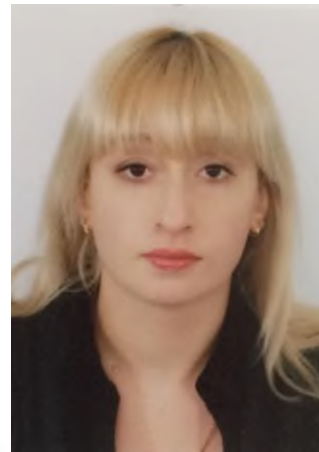
It should be noted that in the land legislation there is no clearly defined definition of the effective use of land. Definition of efficiency is most often used only in the field of economy, and therefore there is a problem regarding the understanding of the concept of effective land use.

The concept of effective land use differs great complexity and versatility and is not subject to unambiguous definition. The essence of effective land use forms three main aspects: economic, environmental, social. Dedicated in one of its aspects, it can be formulated incorrectly in the sense of the complex content of the concept itself.

At present, there is an urgent need to define the concept of efficient land use and to consolidate it at the legislative level. By supplementing the legal norms of the national legislation with an element of efficiency, it is possible to stop the negative processes of degradation of the lands of Ukraine.

Keywords: rational use; land; effective use; land resources.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Гетьман Євген Анатолійович

*д-р юрид. наук,
головний науковий співробітник
відділу координації правових досліджень,
Національна академія правових наук України,
Україна, м. Харків
e-mail: getmane@ukr.net
ORCID 0000-0002-1801-7252*

Гетьман Катерина Олегівна

*канд. юрид. наук,
викладач вищої категорії,
Харківський державний
автомобільно-дорожній коледж,
Україна, м. Харків
e-mail: getmank@ukr.net
ORCID 0000-0003-2105-6049*

ПОРЯДОК СУДОВОГО ОСКАРЖЕННЯ ПІДЗАКОННИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

У статті досліджено проблемні питання оскарження підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади України. Встановлено, що порядок оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади можна поділити на адміністративний і судовий.

Ключові слова: підзаконний нормативно-правовий акт; виконавча влада; органи виконавчої влади; оскарження; провадження.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 55 Конституції України та ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) кожному гарантується право на оскарження в суді рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Вимоги про визнання незаконними та скасування актів (дії, рішення) розглядаються в контексті ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод, яка передбачає, що кожен, чий права та

свободи було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

Актуальність теми. Підзаконні нормативно-правові акти органів виконавчої влади видаються досить часто з порушенням норм, уміщених у законі, іноді навіть всупереч законодавчим положенням, їхня чисельність постійно зростає швидкими темпами, натомість не відрізняючись належною якістю. Разом з тим від якості підзаконних нормативно-правових актів цілком і повністю залежать якість правового регулювання суспільних відносин у державі, захист інтересів, прав і свобод громадян, оскільки яким би досконалим законом не було врегульовано ту чи іншу сферу суспільного життя, без належного впровадження законодавчих положень органами виконавчої влади правове регулювання відбутися ефективно не може.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання оскарження нормативно-правових актів знайшли своє відображення у працях В. Авер'янова, В. Бевзенка, Ю. Битяка, О. Духневича, В. Зуй, С. Ківалова, Д. Лученка, Р. Мкртчяна, А. Присяжнюка, Я. Рябченко та ін.

Виклад основного матеріалу. Результатом реалізації органами виконавчої влади нормотворчих повноважень є видання відповідних підзаконних нормативно-правових актів. Підзаконні нормативно-правові акти приймаються уповноваженими органами виконавчої влади з дотриманням процедури, встановленої законодавством України. На сьогодні види нормативно-правових актів, які видаються Кабінетом Міністрів України, передбачено, по-перше, Конституцією України, відповідно до якої «Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, які є обов'язковими до виконання» [1, ст. 117]; по-друге, окремою статтею Закону України «Про Кабінет Міністрів України» також встановлено, що актами Кабінету Міністрів України, обов'язковими до виконання є постанови і розпорядження. Окремо зазначено, що постанови Кабінету Міністрів є актами нормативного характеру, а розпорядження – актами Кабінету Міністрів

організаційно-розпорядчого характеру та з інших поточних питань [2]. Тобто до підзаконних нормативно-правових актів Кабінету Міністрів як вищого органу виконавчої влади в Україні можуть бути віднесені лише постанови Кабінету Міністрів.

Законодавством передбачено, що міністерства «у межах своїх повноважень, на основі і на виконання Конституції та законів України, актів і доручень Президента України, актів Кабінету Міністрів України видає накази, які підписує міністр» [3; 4], центральні органи виконавчої влади видають «накази організаційно-розпорядчого характеру, які підписує керівник центрального органу виконавчої влади [Там само]. Організаційно-розпорядчий характер – це адміністративний характер наказів, за допомогою яких уповноважений орган реалізує свої адміністративні повноваження із забезпечення організаційного управлінського впливу. Тобто через видання цих наказів центральні органи виконавчої влади організують виконання певних норм, встановлених вищестоящими нормативно-правовими актами.

Законом України «Про місцеві державні адміністрації» встановлено, що голови місцевих державних адміністрацій в межах своїх повноважень видають розпорядження. З тексту ст. 41 зазначеного Закону вбачається, що розпорядження голів місцевих адміністрацій можуть бути як нормативного так і ненормативного характеру [5].

Таким чином, до підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади, відповідно до діючого законодавства, відносяться постанови Кабінету Міністрів України, накази центральних органів виконавчої влади та розпорядження голів державних адміністрацій.

Як зазначається в юридичній літературі, сьогодні в Україні існує два шляхи вирішення адміністративно-правових спорів – адміністративний і судовий. Адміністративний полягає в можливості звернення особи, права, свободи та законні інтереси якою порушуються, із скаргою до «органу, який безпосередньо порушив її права, або до вищого органу», а судовий – у можливості «звернення фізичної чи юридичної особи зі скаргою безпосередньо

до суду» [6, с. 9]. Враховуючи наведене вище, можна зазначити, що і порядок оскарження підзаконних нормативно-правових актів можна поділити на: 1) адміністративний, до якого можуть бути віднесені: скасування нормативно-правового акта органом нормотворення, скасування акта вищестоящим органом; скасування органом юстиції рішення про державну реєстрацію нормативно-правового акта та 2) судовий, до якого може бути віднесено оскарження нормативно-правових актів в судовому порядку.

Вважається, що судовий порядок оскарження має певні переваги перед адміністративним. Однією з основних гарантій захисту прав і свобод фізичних та юридичних осіб в Україні є право на звернення до суду, якщо ці особи вважають що їх права, свободи та законні інтереси порушуються. Питання визнання нормативно-правового акта незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремій його частині віднесено до компетенції адміністративних судів України. Так, ст. 264 КАС України передбачено особливості провадження у справах щодо оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів владних повноважень [7].

Відповідно до ч. 1 ст. 264 КАС України правила цієї статті поширюються на розгляд адміністративних справ щодо: 1) законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень [Там само].

Н. Блажівська зазначає, що оскарження нормативно-правових актів є однією з найважливіших категорій справ, які підлягають розгляду в адміністративних судах, що обумовлено «надзвичайно великим ступенем впливу результатів розгляду судом таких справ на систему правового

регулювання та суспільство в цілому» та відповідно мають «підвищений соціальний ефект» [8, с. 66].

Я. С. Рябченко вважає, що «зазначена процедура є дуже важливою для правової держави, де кожен громадянин спроможний самостійно законними засобами реагувати на порушення своїх прав і свобод. Така процедура реалізується через функціонування адміністративних судів й спрямована на вдосконалення правотворчої діяльності суб'єктів владних повноважень» [6, с. 9]. Так, вбачається, що велике значення приділяється можливості оскарження підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади саме в судовому порядку, оскільки лише в цьому випадку ініціатива оскарження належить фізичним та юридичним особам, права та законні інтереси яких порушуються в процесі реалізації, застосування конкретного нормативно-правового акта.

Недоліки та недосконалості законодавства взагалі та процедури створення нормативно-правових актів зокрема, підтримання їх у контрольному стані, а саме своєчасне та повне приведення їх у відповідність до вищестоящих нормативно-правових актів, узгодження між собою тягне негативні наслідки, які можуть призводити до порушень прав і свобод фізичних та юридичних осіб. Наприклад, при узагальненні практики розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, їх поновленням, усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми, Верховним Судом України було виявлено складну проблему щодо «визначення належного органу опіки і піклування», наявність якої є наслідком несистемного внесення «змін до деяких законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів щодо визначення органу опіки та піклування». У результаті цього участь у засіданнях судів, матеріали та висновки, якими користується суд при прийнятті рішення, надаються різними органами. Звісно, визначення компетентного органу опіки і піклування для представлення інтересів певних категорій громадян не є предметом даного дослідження, але вбачається, що недосконалості законодавства, процедури його створення та підтримання в «контрольному»

стані негативно впливають не різні сфери правовідносин та відповідно можуть порушувати права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб [9, с. 59].

КАС України встановлено низку норм, спрямованих на повідомлення заінтересованих осіб про судовий розгляд справи, щоб надати їм можливість захищати свої права, свободи та інтереси при розгляді справи. Так, у разі відкриття провадження в адміністративній справі щодо оскарження нормативно-правового акта суд зобов'язує відповідача опублікувати оголошення про це у виданні, в якому цей акт був або мав бути офіційно оприлюднений [7, ч. 4 ст. 264]. Згідно з Указом Президента України від 10.06.1997 р. «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» [10] та Указу Президента України від 13.12.1996р. «Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені "Офіційний вісник України"» [11] нормативно-правові акти Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Національного банку України, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, зареєстровані Міністерством юстиції України, офіційно оприлюднюються у інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України» та газеті «Урядовий кур'єр». Офіційне оприлюднення актів Верховної Ради України відбувається також у газеті «Голос України», «Відомостях Верховної Ради України». Нормативно-правові акти місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування оприлюднюються у виданнях, які визначені цими органами.

Таке оголошення повинно містити вимоги позивача щодо оскаржуваного акта, реквізити нормативно-правового акта, дату, час і місце судового розгляду адміністративної справи і повинно бути опубліковано не пізніше як за сім днів до судового розгляду. Опублікування оголошення з додержанням вищезазначених вимог означає, що всі зацікавлені особи належним чином повідомлені про судовий розгляд справи. Якщо зацікавлена особа після цього не звернеться до суду для участі у розгляді справи, то вона позбавляється права на розгляд у подальшому скарг на судові рішення в цій справі.

Р. С. Мкртчян наголошує, що «порушення принципу законності при прийнятті нормативно-правових актів є значним недоліком і певним чином порушує авторитет держави», через те, що тягне за собою їх оскарження. Він вважає, що участь органів виконавчої влади в суді як відповідача впливає на «авторитет держави, на рівень правової культури і демократії в державі», тому виданню нормативно-правових актів органів виконавчої влади «має передувати їх ретельна підготовка», результатом якої будуть якісні підзаконні нормативно-правові акти [12, с. 168].

А. Й. Присяжнюк, проаналізувавши думки науковців, зазначає, що в сучасній науці пропонується «розрізнити види адміністративного оскарження» залежно від галузі, в якій вчиняється адміністративне провадження. Водночас він зауважує, що така класифікація є недосконалою через те, що таким чином кожна галузь має мати певні особливості в процедурі оскарження за галузевою ознакою та вважає, що такі відмінності мають бути суттєвими, щоб виділяти їх у окреме провадження [13, с. 129].

Разом із тим у Митному кодексі України питанням оскарження рішень, дій або бездіяльності органів доходів і зборів, їх посадових осіб присвячено окрему главу, в якій знайшли відображення особливості оскарження саме в цій галузі [14]; Податковим кодексом України окремою главою встановлено порядок оскарження рішень контролюючих органів [15].

Але аналіз вищезазначених нормативно-правових актів дозволив встановити, що в узагальненому розумінні порядок оскарження зводиться до оскарження в адміністративному (в межах органів фіскальної системи) або в судовому (в порядку адміністративного судочинства) порядку з певними відмінностями та особливостями. Разом із тим кожний вид органів виконавчої влади наділений особистими, притаманними лише їм спеціальними функціями та повноваженнями, відповідно певним чином відрізняються й порядки оскарження їх рішень, що, на нашу думку, дозволяє класифікувати оскарження їх рішень за галузевою ознакою.

В. В. Зуй, проаналізувавши норми КАС України, дійшла висновку, що в

його положеннях «проведено розмежування видів нормативно-правових актів, які оскаржуються», та зазначає, що підзаконні нормативно-правові акти «оскаржуються на підставі їх законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили», крім постанов Верховної Ради України, указів і розпоряджень Президента України [16, с. 106].

О. С. Духневич також наголошує на тому, що адміністративні суди в процесі здійснення судочинства перевіряють підзаконні нормативно-правові акти органів виконавчої влади лише на їх законність, тобто відповідність актам вищої юридичної сили – законам [17, с. 68], а не на їх конституційність, що є виключною компетенцією Конституційного суду України. Законом України «Про Конституційний суд України» передбачено, що саме Конституційний суд приймає рішення у справах щодо конституційності актів Кабінету Міністрів України [18].

З огляду на це можна зазначити, що судовий порядок оскарження нормативно-правових актів складається з оскарження в порядку адміністративного судочинства (щодо законності нормативно-правових актів) та в порядку конституційного судочинства (щодо їх конституційності).

О. С. Духневич зазначає, що враховуючи високу суспільну значущість результатів та процесу розгляду справ щодо оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади, не зрозуміло, чому «залишається несистематизованою практика діяльності адміністративних судів щодо розгляду даної категорії справ, що позбавляє можливості визначення вад застосування законодавства в практичній діяльності суду та на цій основі напрацювання напрямків удосконалення процедури судового провадження» [17, с. 66-67].

Ми погоджуємося з О. С. Духневич в тому, що, на жаль, сьогодні ще недостатньо відкритої, доступної для громадськості та науковців інформації, яка б дозволила дослідити практичні проблеми реалізації нормотворчої діяльності органів виконавчої влади в Україні. Міністерством юстиції України, як і адміністративними судами, недостатньо висвітлюється діяльність органів

юстиції щодо реєстрації нормативно-правових актів, відмови в їх реєстрації та скасування. У зв'язку з цим відсутня можливість проаналізувати та узагальнити діяльність органів юстиції щодо скасування рішень про державну реєстрацію підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади щодо підстав скасування, типових недоліків процесі створення нормативно-правових актів тощо. Незважаючи на те, що сьогодні в Україні велика увага приділяється висвітленню діяльності органів виконавчої влади через засоби масової інформації (друковані, мережу Інтернет тощо), її огляд дозволяє виявити, що зміст її суттєвого значення не має, носить суто поверхневий інформативний, не науковий і не практичний характер й ускладнює та унеможлиблює наукові дослідження в певних напрямках.

Висновки. Таким чином, удосконалення чинного законодавства щодо створення підзаконних нормативно-правових актів органів виконавчої влади та прийняття єдиного Закону України «Про нормативно-правові акти» сприятиме усуненню та недопущенню в подальшому порушень і неузгодженостей при створенні нормативно-правових актів, відповідно зменшенню кількості нормативно-правових актів, норми яких оскаржуватимуться, і, як наслідок, – підвищенню авторитету влади і держави.

Список літератури:

1. Конституція України: Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254-80>.
2. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 07.10.2010 р. № 2591. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/794-18>.
3. Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 24.12.2010 р. № 1199. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1199/2010>.
4. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17.03.2011 р. № 3166. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3166-17>.
5. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 № 586-XIV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>.
6. Рябченко Я. С. Оскарження нормативно-правових актів в адміністративному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». Харків, 2011. 19 с.
7. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. №2747-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
8. Блажівська Н. Процедура розгляду справ про оскарження нормативно-правових актів потребує вдосконалення. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2009. № 1. С. 64–66.
9. Гетьман Є. А. Оскарження нормативно-правових актів в судовому порядку. *Наука і*

правоохорона. 2013. № 4 (22). Ч. 2. С. 121–125.

10. Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності: Указ Президента України від 10.06.1997 р. № 503/97. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/503/97>.

11. Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України»: Указ Президента України від 13.12.1996 р. № 1207/96. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1207/96>.

12. Мкртчян Р. С. Місцева державна адміністрація як сторона в адміністративних справах щодо оскарження нормативно-правових актів місцевих органів виконавчої влади. *Право і безпека*. 2009. № 1. С. 166–170.

13. Присяжнюк А. Й. Правове регулювання адміністративного оскарження рішень органів виконавчої влади. *Актуальні проблеми забезпечення практичної спрямованості підготовки кадрів для органів внутрішніх справ України* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 5 трав. 2012 р.) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків: ХНУВС, 2012. С. 128–130.

14. Митний кодекс України від 13.03.2012 р. № 4495-VI (із змінами). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>.

15. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI (із змінами). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/page>.

16. Зуй В. В. Проблемні питання щодо оскарження нормативно-правових актів. *Вісник Запорізького національного університету*. 2012. № 1 (1). С. 105–109.

17. Духневич О. С. Особливості провадження в адміністративних справах щодо оскарження нормативно-правових актів, прийнятих суб'єктами владних повноважень. *Право і суспільство*. 2009. № 6. С. 66–69.

18. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/page>.

References:

1. Konstytutsija Ukrainy: Zakon vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR. (1996). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254-80>.

2. Pro Kabinet Ministriv Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 07.10.2010 r. № 2591. (2010). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/794-18>.

3. Deiaki pytannia orhanizatsii roboty ministerstv, inshykh tsentralnykh orhaniv vykonavchoi vlady: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 24.12.2010 r. № 1199. (2010). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1199/2010>.

4. Pro tsentralni orhany vykonavchoi vlady: Zakon Ukrainy vid 17.03.2011 r. № 3166. (2011). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3166-17>.

5. Pro mistsevi derzhavni administratsii: Zakon Ukrainy vid 09.04.1999 r. № 586-XIV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>.

6. Riabchenko, Ya.S. (2011). Oskarzhenia normatyvno-pravovykh aktiv v administratyvnomu sudochynstvi. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian]

7. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005 r. №2747-IV. (2005). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

8. Blazhivska, N. (2009). Protsedura rozghliadu sprav pro oskarzhennia normatyvno-pravovykh aktiv potrebuie vdoskonalennia. *Visnyk Vyschchoho administratyvnoho sudu Ukrainy, 1, 64–66* [in Ukrainian].

9. Hetman, Ye.A. (2013). Oskarzhenia normatyvno-pravovykh aktiv v sudovomu poriadku. *Nauka i pravookhorona.*, 4 (22), part. 2, 121–125 [in Ukrainian].

10. Pro poriadok ofitsiinoho opryliudnennia normatyvno-pravovykh aktiv ta nabrannia nymy chynnosti: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 10.06.1997 r. № 503/97. (1997). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/503/97>.

11. Pro opublikuvannia aktiv zakonodavstva Ukrainy v informatsiinomu biuleteni

«Ofitsiyni visnyk Ukrainy»: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 13.12.1996 r. № 1207/96. (1996). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1207/96>.

12. Mkrtchian, R.S. (2009). Mistseva derzhavna administratsiia yak storona v administratyvnykh spravakh shchodo oskarzhennia normatyvno-pravovykh aktiv mistsevyykh orhaniv vykonavchoi vlady. *Pravo i bezpeka*, 1, 166–170 [in Ukrainian].

13. Prysiashniuk, A.Y. (2012). Pravove rehuliuвання administratyvnoho oskarzhennia rishen orhaniv vykonavchoi vlady. *Aktualni problemy zabezpechennia praktychnoi spriamovanosti pidhotovky kadriv dlia orhaniv vnutrishnikh sprav Ukrainy*: Proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kharkiv: KhNUVS, 128–130 [in Ukrainian].

14. Mytnyi kodeks Ukrainy vid 13.03.2012 r. № 4495-VI (iz zminamy). (2012). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>.

15. Podatkovi kodeks Ukrainy vid 02.12.2010 r. № 2755-VI (iz zminamy). (2010). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/page>.

16. Zui, V.V. (2012). Problemni pytannia shchodo oskarzhennia normatyvno-pravovykh aktiv. *Visnyk Zaporizkoho natsionalnoho universytetu*, 1 (1), 105–109 [in Ukrainian].

17. Dukhnevych, O.S. (2009). Osoblyvosti provadzhennia v administratyvnykh spravakh shchodo oskarzhennia normatyvno-pravovykh aktiv, pryiniatykh sub'iektamy vladnykh povnovazhen. *Pravo i suspilstvo*, 6, 66–69 [in Ukrainian].

18. Pro Konstytutsiyni Sud Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.07.2017 r. № 2136-VIII. (2017). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/page>.

Гетьман Е. А., Гетьман Е. О. Судебный порядок обжалования подзаконных нормативно-правовых актов органов исполнительной власти

В статье исследованы проблемные вопросы обжалования подзаконных нормативно-правовых актов органов исполнительной власти Украины. Установлено, что порядок обжалования нормативно-правовых актов органов исполнительной власти можно разделить на административный и судебный.

Ключевые слова: подзаконный нормативно-правовой акт; исполнительная власть; органы исполнительной власти; обжалование; производство.

Hetman Ye., Hetman K. O. Judicial order of appeal of sub-legal normative acts of executive power bodies

The article examines the problematic issues of appealing the subordinate legal acts of the executive bodies of Ukraine. It is established that the procedure for appealing the regulatory legal acts of executive bodies can be divided into administrative and judicial.

Keywords: by-law normative-legal act; executive power; executive bodies; appeal; proceedings.

Надійшла до редколегії 25.05.2018 р.



МОТИВ ПОРУШЕННЯ РІВНОПРАВНОСТІ ГРОМАДЯН ЗАЛЕЖНО ВІД ЇХ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ НАЛЕЖНОСТІ, РЕЛІГІЙНИХ ПЕРЕКОНАНЬ, ІНВАЛІДНОСТІ ТА ЗА ІНШИМИ ОЗНАКАМИ

*Курафєєв Віктор Володимирович,
здобувач кафедри кримінального права № 2,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: kurafeev@ukr.net
ORCID 0000-0001-6815-2578*

Досліджено форми мотивів як обов'язкові ознаки суб'єктивної сторони складу порушення рівноправності громадян залежно від їх расової й національної належності, релігійних переконань, інвалідності та ін.

Ключові слова: суб'єктивна сторона складу злочину; мотив злочину; ненависть; ворожнеча; неприязнь; раса; нація; релігія; злочини проти конституційних прав громадян.

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень і публікацій.

Аналіз приписів диспозиції ч. 1 ст. 161 Кримінального кодексу України (далі – КК України) [1] дозволяє дійти висновку, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цього діяння є мотив його вчинення.

Мотив злочину, як факультативна ознака суб'єктивної сторони, – це внутрішня складова людської поведінки. Він скритий від зовнішнього сприйняття, а про його справжній зміст можна судити лише за об'єктивними ознаками вчинюваних діянь, що породжує суттєві труднощі при спробах дати визначення цьому складному явищу.

Відомий німецький психолог Х. Хекхаузен зазначав, що жодних мотивів не існує, їх не можна спостерігати безпосередньо і тому вони не можуть бути представлені як факти дійсності [2, с. 37]. Проте більшість учених розглядають мотив як дійсно існуючий психологічний феномен, який є джерелом активності особистості. У той же час підходи до визначення мотивів і мотивації у психології настільки різняться, що майже не піддаються систематизації.

Попри істотні розбіжності у визначеннях більшість психологів все ж таки

визнають, що мотив – це спонукання людини до дії, те, що штовхає її на певний вчинок [3, с. 10].

В юридичній літературі вивченню мотиву традиційно приділяється істотна увага. Так, ще наприкінці XIX ст. відомий російський криміналіст М. П. Чубинський визначав мотив злочину як внутрішню силу, яка, породжуючи вольовий процес, рухає індивідом у його свідомій діяльності й приводить за сприяння всієї його психіки до результатів, які проявляються зовні [4, с. 25]. Так, І. Г. Філановський визначав мотив злочину як усвідомлений і конкретно визначений інтерес, який спонукає до вчинення суспільно-небезпечного діяння [5, с. 41]. У свою чергу М. П. Чубинський вважав мотив первісною ланкою вольового процесу і підкреслював, що мотив є виток злочину, конкретним фактом, що підлягає обов'язковому судовому розгляду [4, с. 109].

Більш розлогими є дефініції, запропоновані О. С. Капінус, а саме: мотив злочину – це обумовлені деякими потребами внутрішні спонукання до досягнення конкретного суспільно небезпечного результату, які викликають у особи рішучість вчинити злочин [6, с. 13–14], та А. І. Рарогом: мотив злочину – це обумовлене потребами та інтересами спонукання, яке викликає у особи рішучість вчинити злочин і проявляється у ньому [7, с. 149].

Виклад основного матеріалу. У злочині передбаченому ст. 161 КК України, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мотив злочину. Тут має місце той прийом законодавчої техніки, за якого мотив прямо не вказується в тексті закону, проте впливає з тлумачення змісту діяння, адже умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі й ненависті, приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями свідчать про наявність мотиву ненависті та ворожнечі.

В узагальненому вигляді під мотивом національної (релігійної, расової) ненависті або ворожнечі слід розуміти зумовлені певними потребами внутрішні спонукання, що виражають прагнення винного показати свою

перевагу і неповноцінність потерпілого через його приналежність до конкретної (іншої) нації (раси, віросповідання), і внаслідок цього виразити своє ненависне до нього ставлення, принизити його гідність [8, с. 11].

Через те, що мотив цього злочину в законі виписаний нечітко й встановлюється шляхом тлумачення змісту діяння, в теорії кримінального права питання про його наявність вирішується неоднозначно. Наприклад, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк, О. Ф. Бантишев, Б. Ф. Романюк і деякі інші автори у своїх працях взагалі не приділяють уваги проблемі мотиву цього злочину [9, с. 402].

Так, Л. Д. Єрмакова вважає, що при порушенні рівноправності громадян існує спеціальна мета, яка породжує націоналістичні мотиви [10, с. 25–26]. Б. В. Здравомислов, А. І. Рарог та інші автори визначають мотивами цього злочину політичну незрілість, неприязне ставлення до осіб інших національностей тощо [11, с. 38–39].

Водночас С. В. Дьяков та інші дослідники стверджують, що до вчинення порушення рівноправності громадян можуть спонукати різні мотиви, проте всі вони мають націоналістичне забарвлення [12, с. 53]. У свою чергу А. І. Гришаєв вказував на такий мотив, як расова чи національна нетерпимість, яка відбиває великодержавний шовінізм чи місцевий націоналізм винного [13, с. 100].

Нечіткість законодавчої конструкції ст. 161 КК України щодо визначення мотиву цього злочину є одним із показників відсутності широкої практики її застосування. Відповідно до аналітичної записки Національного інституту стратегічних досліджень [14] ігнорування мотивів нетерпимості при кваліфікації злочинів призводить до невідповідності заяв представників МВС про спад міжетнічної та расової нетерпимості реальній ситуації в суспільстві. Низький рівень статистичних показників злочинів, здійснених на ґрунті нетерпимості, зумовлений, з одного боку, схильністю правоохоронних органів кваліфікувати подібні злочини як хуліганство та ігнорувати наявність мотивів міжнаціональної та расової нетерпимості, а з іншого – поширеною практикою не звертання потерпілих до правоохоронних органів з причин недовіри до них.

Іншим прикладом ігнорування мотивів расової, етнічної та національної нетерпимості є характер кваліфікації злочинів, таких як вандалізм культових споруд, місць поховань, «війни пам'ятників», цілеспрямоване пошкодження майна представників певних груп тощо. Зокрема, подібні правопорушення кваліфікуються як хуліганство і на практиці мотиви нетерпимості, передбачені ст. 67 КК України як «вчинення злочинів на ґрунті, расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату» з переліку обставин, які обтяжують покарання, не використовуються.

Слід зауважити, що мотиви політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної ненависті чи ворожнечі, а також ненависті або ворожнечі відносно якої-небудь соціальної групи слід відносити до негативних мотивів, тобто до таких спонукань, які законодавець розглядає як такі, що підвищують суспільну небезпечність діяння.

Посилення кримінальної відповідальності за злочини, вчинені за вказаними мотивами, пов'язано насамперед з тим, що розглядувані спонукання, об'єктивуючись у конкретному діянні, значно підвищують його суспільну небезпечність, тому що детермінують додатковий об'єкт посягання – відносини у сфері реалізації конституційного принципу рівноправності незалежно від приналежності до раси, нації, релігійної конфесії та іншої соціальної групи. У даному випадку спостерігається тісний зв'язок даної ознаки суб'єктивної сторони злочину з вказаним об'єктом кримінально-правової охорони. Вплив деяких мотивів на ступінь суспільної небезпечності злочину може бути досить суттєвим, оскільки, як стверджувала Н. Ф. Кузнецова, суспільна небезпечність є категорією об'єктивно-суб'єктивною [15, с. 89–90]. Слід погодитися з В. М. Кудрявцевим, який писав, що саме на базі мотиву і мети, в тісному взаємозв'язку з ними у генезисі злочинної поведінки виявляються окремі ознаки двох елементів злочину – об'єкта й об'єктивної сторони. Це проявляється в таких ланках: суб'єкт злочину – мотиви – мета – об'єкт і спосіб діяння – умисел – об'єктивна сторона – злочинний результат [16, с. 57].

Таким чином, мотиви ненависті чи ворожнечі надають діянню іншу

якісну характеристику, пов'язану з порушенням принципу конституційної рівноправності громадян незалежно від їх біологічних і соціальних особливостей. Порушення цього принципу, обмеження громадян у правах за ознаками раси, національності, релігійної та іншої соціальної приналежності означає дискримінацію, будь-які форми якої заборонені міжнародним та національним законодавством. У цьому значенні вказані мотиви завжди мають дискримінаційну спрямованість. Проте, на нашу думку, оцінювати злочини, мотивовані ненавистю тільки через категорію дискримінації, не зовсім правильно.

Вказані діяння, порушуючи конституційні права громадян, мотиваційно орієнтовані й проти конституційного ладу держави, адже расова, національна, релігійна і соціальна рівноправність – основа будь-якої правової, демократичної держави і громадського суспільства.

На думку А. Х. Кунашеєва, вчинення будь-якого кримінально караного діяння за мотивами політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної, соціальної ненависті чи ворожнечі надає йому екстремістського забарвлення. Саме наявність цих спонукань у діях винного характеризує кримінальний акт як злочин екстремістської спрямованості [3, с. 87].

Кримінальний закон не розкриває поняття мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної ненависті чи ворожнечі відносно будь-якої соціальної групи. Юридичне визначення мотивів ненависті та ворожнечі у своїй основі носить оціночний, суб'єктивний характер. Указані спонукання специфічні за своїм соціально-психологічним змістом. Навряд чи можна знайти якийсь інший мотив, що з точки зору його внутрішньої сутності та форм прояву був би найбільш різноманітний і викликав такі складнощі у визначенні.

В юридичній літературі здійснювались спроби сформулювати поняття розглядуваних мотивів. Так, Л. А. Андреева визначала мотиви расової, національної та релігійної ненависті чи ворожнечі як спонукання, які засновані на негативній оцінці конкретної раси, нації або релігії [17, с. 40]. У свою чергу

О. С. Капінус пропонувала розуміти під мотивом національної ненависті чи ворожнечі обумовлені деякими потребами внутрішні спонукання, які виражають прагнення винного показати неповноцінність потерпілого за причиною його приналежності до конкретної нації і внаслідок цього своє ненависне до нього відношення. Аналогічним чином формулюються мотиви расової й релігійної ненависті чи ворожнечі [6, с. 115–116]. З незначними відмінностями ця дефініція відтворюється в дисертаційному дослідженні Л. Г. Шнайдер [8, с. 11], а також у монографії О. В. Шлегель, Г. В. Костишевої та М. М. Мілованової [18, с. 14–15].

Але У. Н. Ахмедов мотиви національної чи расової ненависті чи ворожнечі у злочинах проти життя і здоров'я розглядає як ганебні спонукання екстремістського характеру, що ґрунтуються на нетерпимості й крайній неприязні до певної національності чи раси та виражають наміри винного вчинити дії, спрямовані проти життя і здоров'я потерпілого, за ознаками його приналежності (чи симпатії) до певної національності чи раси [19, с. 9].

Звернемо увагу, що законодавець у ч. 1 ст. 161 КК України оперує словами «ненависть» і «ворожнеча». Словники тлумачать їх майже однаково. Так, В. І. Даль характеризує ненависть як відразу, огиду; бажання зла, сильну нелюбов, ворожнечу, зловмисність [20, с. 523], а ворожнечу – як стан ворогуючих, неприязнь, незгоду, бажання зла [21, с. 259]. С. І. Ожегов зазначає, що ненависть – це почуття сильної ворожнечі, злоби, а ворожнеча – відносини і дії, пройняті неприязню, ненавистю [22, с. 456]. Таким чином, термін «ворожнеча» можна розглядати у двох аспектах: 1) як синонім слова ненависть, тобто як позначення відповідного негативного почуття, при чому в такому значенні слово вживається не так часто; 2) як відносини і дії, проникнуті ненавистю.

Можна погодитися з тими авторами, які вважають, що слово «ворожнеча» некоректно застосовувати до мотиву [22, с. 82; 23, с. 77–78; 24, с. 42; 25, с. 65]. *Мотив* – це внутрішня спонукальна причина поведінки індивіда. У даному випадку стосовно мотиву більш коректно вживати слово «ненависть».

Якщо ненависть – категорія суб'єктивна, вона завжди знаходиться всередині суб'єкта, то ворожнеча – категорія об'єктивна, виражена поза суб'єктом. Ворожнеча – це відкрите вираження ненависті, яке проявляється в конкретних діях, спрямованих на спричинення шкоди ворогу – об'єкту ворожих відносин [25, с. 45].

Використання законодавцем слів «ненависть» та «ворожнеча» щодо мотиву слід сприймати як синонімічні поняття, які дублюються та взаємно замінюють один одного. У цьому сенсі ми не підтримуємо авторів, які пропонують розглядати ворожнечу і ненависть як самостійні мотиви злочину з різним змістом [26, с. 5–6]. Отже, з урахуванням вищевикладеного пропонуємо виключити з ч. 1 ст. 161 КК України слово «ворожнеча».

Психологами встановлено, що мотив як внутрішнє джерело поведінки може обумовлюватися багатьма факторами, одним з яких є почуття. У цьому значенні мотив ненависті (ворожнечі) – це завжди емоційний мотив, адже в його основі лежить почуття ненависті до певної раси, національності, релігії, партії, ідеології, іншої соціальної групи.

Ненависть у психології визначається як почуття, яке супроводжується вкрай вираженим бажанням завдати шкоди, заподіяти неприємності відповідному об'єкту [27, с. 240]. Це глибока, довга, інтенсивна емоція, яка виражає ворожнечу до людини, групи та об'єкта [28, с. 152]. Ненависть – це не просто почуття неприязності, це сильна неприязнь, її крайня форма, що характеризується тривалістю й стійкістю, вона може бути джерелом потужної руйнівної сили як для самої особи, яка її відчуває, так і для групи, на яку вона спрямована.

Ненависть (ворожнеча) як мотив злочину, передбаченого ч. 1 ст. 161 КК України, має різне забарвлення: політичне, ідеологічне, расове, національне, релігійне, а також ненависть (ворожнеча) щодо певних соціальних груп. Спробуємо розкрити зміст даного мотиву.

Здебільшого в основі мотиву ненависті (ворожнечі) лежить ксенофобія – нетерпимість, неприязнь до чого-небудь, кого-небудь чужого незнайомого.

Сприйняття чужого як незрозумілого, незбагненого, а тому небезпечного і ворожого, яке переходить до рангу світогляду, може стати причиною ворожнечі за принципом національного, релігійного чи соціального поділу [29, с. 25].

Наприклад, хоча для «традиційних» меншин ксенофобія в українському суспільстві не становить гострої проблеми, виключенням є рівень упередження та негативної стереотипізації до представників ромської меншини. Упереджене ставлення, ксенофобія та негативні стереотипи інспіруються в українському суспільстві значною мірою шляхом цілеспрямованих інформаційних кампаній (наприклад, антитатарська та ісламофобська кампанії, зокрема в АРК). Протягом 2011 р. низка подібних кампаній відбулася проти будівництва мечетей у містах Біла Церква та Хмельницькому, маршу «Умань без хасидів» тощо. Іншим фактором нагнітання ксенофобських настроїв в українському суспільстві є поширена практика використання «мови ненависті» у ЗМІ [30].

Раса – це історично складена група людей, яка об'єднана спільністю походження і деяких спадкових фізичних особливостей: побудова черепа, тіла, пігментація шкіри тощо [31, с. 1087]. *Нація* – історично сформована стійка спільнота людей, яка утворена в процесі формування спільноти на їх території, економічних зв'язків, літературної мови, особливостей культури і духовного образу [32, с. 609].

Націоналізм являє собою ідеологію й політику в національному питанні, що основана на розумінні нації як вищої цінності та форми спільноти. Він завжди супроводжується ідеєю національної переваги і національної винятковості, нерідко приймає крайні форми (шовінізм), зближується з расизмом і веде до гострих внутрішніх і міждержавних конфліктів [32, с. 1029]. Расистська й націоналістична ідеологія часто лежить в основі формування відповідного мотиву ненависті. Ці концепції культивують ідею винятковості будь-якої нації чи раси, її переваги над іншими, які видаються неповноцінними.

Расова чи національна ненависть і ворожнеча може бути сформована і на побутовому рівні. Можливі ситуації, коли особиста неприязнь, викликана діями представника якої-небудь етнічної групи, проектується на всю націю (расу), до

якої належить ця особа. Негативні якості однієї людини переносяться на цілий етнос.

Джерелом расової чи національної ненависті та ворожнечі може бути і помста. *Помста* – це навмисне спричинення зла, неприємностей з метою помститися за образу, зневагу, страждання [33, с. 193–194]. Прагнення помститися конкретному кривднику може трансформуватись у негативне відношення до всіх осіб тієї ж нації чи раси, до якої належить останній. Помста, таким чином, приймає неперсоніфікований характер і зливається з расовою, національною ненавистю, яка і виступає мотивом злочину.

У ст. 35 Конституції України гарантується право кожного на свободу світогляду та віросповідання. «Це право включає сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність <...> Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова» [35].

Релігія – світогляд та світовідчуття, а також відповідна поведінка і специфічні діяння (культ), засновані на вірі в існування Бога чи богів, надприродного [36, с. 1018].

Релігійна ненависть чи ворожнеча як мотив злочину, передбаченого ст. 161 КК України, пов'язана насамперед з нетерпимістю до віруючих інших релігійних конфесій, які видаються винному ворожими, засновані на помилкових віровченнях та ідеях. Однак вона може проявлятися і в сильній неприязні до потерпілого з причини його атеїстичного світогляду чи приналежності до агностиків.

Слід погодитися з характеристикою даного мотиву, запропонованого А. Ф. Мінекаєвою, котра розглядає його як ненависть, спричинену сповіданням іншої релігії, ніж винний, сповідання релігії взагалі чи не сповіданням релігії зовсім [37, с. 75].

Релігійна ненависть чи ворожнеча специфічні своєю демонстративністю, абстрагованістю від особистих якостей конкретного адресата ненависті чи ворожнечі, прагнення бачити в ньому дійсні чи приписані всій конфесії

недоліки, нікчемністю чи відсутністю безпосереднього приводу до цього «надособистого» конфлікту [38, с. 123].

Як повідомляє Головне слідче управління Національної поліції України, траплялись випадки підпалів храмів УПЦ: так, у столиці з січня по травень 2016 р. було здійснено три спроби храмових підпалів і, щонайменше, дві – у регіонах: у містах Миколаїв Львівської області та Павлоград Дніпропетровської області. Проте представники Нацполіції залишили поза увагою низку актів вандалізму по відношенню до місць, духовно значимих для християн різних конфесій. Зокрема, у вересні та жовтні минулого року був облитий фарбою пам'ятник святому князю Володимирі Великому в Києві, широкого резонансу набули факти спилювання поклінних хрестів у Дніпрі, Умані та Вінницькій області [39].

Висновки. Таким чином, під мотивами расової, національної, релігійної ненависті та ворожнечі пропонуємо розуміти внутрішні спонукання, які виражають стійку неприязнь до певної раси, національності, релігійної конфесії і викликають у винного спричинити потерпілому фізичну, майнову чи моральну шкоду у зв'язку з його відношенням до релігії, приналежністю до певної раси чи національності.

Список літератури:

1. Кримінальний кодекс України. Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
2. Хекхаузен Х. *Мотивация и деятельность: пер. с нем. / под ред. Б. М. Величковского; предисл. Л. И. Анцыферовой, Б. М. Величковского*. Т. 1. Москва: Педагогика, 1986. 392 с.
3. Кунашев А. А. *Мотивы ненависти или вражды в уголовном праве России: монография*. Москва: Юрлитинформ, 2013. 192 с.
4. Чубинский М. П. *Мотив преступной деятельности и его значение в уголовном праве*. Ярославль: Типо-литография Э. Г. Фальк, 1900. 373 с.
5. Филановский И. Г. *Социально-психологическое отношение субъекта к преступлению*. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1970. 173 с.
6. Капинус О. С. *Убийства: мотивы и цели*. Москва: ИМПЭ-ПАБЛИЦ, 2004. 312 с.
7. Рарог А. И. *Квалификация преступлений по субъективным признакам*. Санкт-Петербург, 2003. 304 с.
8. Шнайдер Л. Г. *Преступление по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды либо кровной мести в уголовном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук*. Москва, 2006. 24 с.
9. Мельник М. І., Хавронюк М. І. *Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав людини і громадянина. Науково-практичний коментар Кримінального*

кодексу України / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Гришук та ін.; за заг. ред. М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. 4-те вид., перероб. та допов. Київ: Юрид. думка, 2007. С. 369–456.

10. Ермакова Л. Д. Иные государственные преступления. Общие понятия иных государственных преступлений. Преступления против национального и расового равноправия, против обороноспособности СССР. Москва: ВЮЗИ, 1987. 71 с.

11. Здравомыслов Б. В., Журавлев М. П., Наумов А. В. и др. Уголовное право. Особенная часть / под ред. А. И. Рарога. Москва: Триада Лтд, 1996. 480 с.

12. Дьяков С. В., Игнатьев А. Л., Карпушин М. П. Ответственность за государственные преступления / под ред. Л. И. Баркова. Москва: Юрид. лит., 1988. 224 с.

13. Владимиров В. А., Гельфер М. А., Гришаев А. И. и др. Советское уголовное право: Часть Особенная / под ред. В. А. Владимирова, Н. И. Загородникова, Б. В. Здравомыслова. Москва: Госюриздат, 1951. 589 с.

14. Див.: <http://www.niss.gov.ua/articles/671/> (дата звернення: 04.03.2018).

15. Уголовное право России. Общая часть: учебник для вузов / под. ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. Москва: Зерцало-М, 2004. 752 с.

16. Кудрявцев В. Н. Взаимосвязь элементов преступления. *Вопросы борьбы с преступностью*. 1976. Вып. 25. С. 56–58.

17. Андреева Л. А. Квалификация убийств, совершенных при отягчающих обстоятельствах: учеб. пособие. Санкт-Петербург, 1998. 56 с.

18. Шлегель О. В., Костылева Г. В., Милованова М. М. Расследование преступлений против личности, совершаемых по мотиву национальной ненависти или вражды. Москва: Юрлитинформ, 2009. 160 с.

19. Ахметов У. Н. Доказывание мотива национальной или расовой ненависти или вражды по делам о преступлениях против жизни и здоровья: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2008. 26 с.

20. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 2: И–О. Санкт-Петербург: Динамит, 1996. 2030 с.

21. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 1. А–З. Санкт-Петербург: Динамит, 1996. 2030 с.

22. Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70000 слов / под. ред. Н. Ю. Шведовой. Москва: Русский язык, 1983. 816 с.

23. Попов А. Н. Преступления против жизни с отягчающими обстоятельствами, относящимися к субъективным признакам содеянного. Санкт-Петербург, 2003. 207 с.

24. Миникаева А. Ф. Религиозная ненависть или вражда как мотив совершения преступления: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. 198 с.

25. Никитин А. Г. Экстремизм как объект общетеоретического и общеправового анализа: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2010. 257 с.

26. Мустафазаде А. Г. Квалификация убийств по мотиву и цели: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. 186 с.

27. Борисов С. В., Жеребченко А. В. Квалификация преступлений экстремистской направленности: учеб. пособие. Москва: Волтерс Клувер, 2011. 304 с.

28. Немов Р. С. Психологический словарь. Москва: Гуманитар. ИЦ «ВЛАДОС», 2007. 560 с.

29. Ребер А. Большой толковый психологический словарь. Т. 1: А–О / пер. с англ. Москва: Вече, 2003. 560 с.

30. Кузьмина Н. В. Детерминация и система профилактики насильственной этнической преступности в современный период. *Уголовное судопроизводство*. 2010. № 2. С. 25–28.

31. Див.: <http://www.niss.gov.ua/5articles/617/> (дата звернення: 04.03.2018).

32. Большой толковый словарь русского языка / гл. ред. С. А. Кузнецова. Санкт-Петербург: Норинт, 2008. 1536 с.

33. Российский энциклопедический словарь: в 2 кн. Кн. 2: Н–Я / гл. ред. А. М. Прохоров. Москва: Большая российская энциклопедия, 2001. 2015 с.
34. Толковый словарь русского языка: в 4 т. Т. 2 / под. ред. Д. Н. Ушакова. Москва: Русские словари, 1994. 844 с.
35. Конституція України. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/constitution> (дата звернення: 04.03.2018).
36. Новый энциклопедический словарь. Москва: Большая российская энциклопедия: РИПОЛ классик, 2007. 1887 с.
37. Минекаева А. Ф. Религиозная ненависть или вражда как мотив совершения преступления: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. 198 с.
38. Горбунова Л. В., Курц А. В. Обстоятельства, отягчающие наказание, по уголовному праву России (вопросы теории и практики). Казань: Изд-во «Таглимат» Ин-та экономики, управление и права, 2004. 154 с.
39. Див.: <http://spzh.news/ua/news/39171-politsiya-prikhovu-statistiku-shchodo-zlochiv-na-grunti-religiynoi-neterpimosti-zmi> (дата звернення: 04.03.2018).

References:

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 05.04.2001 r. № 2341-III. (2001). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 25–26, art. 131.
2. Некхаузен, Н. (1986). *Motivacija i dejatel'nost'*: transl. from German. В.М. Velichkovskogo (Ed.). Vol. 1. Moscow: Pedagogika [in Russian].
3. Kunashev, A.A. (2013). *Motivy nenavisti ili vrazhdy v ugolovnom prave Rossii*. Moscow: Jurlitinform [in Russian].
4. Chubinskij, M.P. (1900). *Motiv prestupnoj dejatel'nosti i ego znachenie v ugolovnom prave*. Jaroslavl': Tipo-litografija Je.G. Fal'k [in Russian].
5. Filanovskij, I.G. (1970). *Social'no-psihologicheskoe otnoshenie sub'ekta k prestupleniju*. Leningrad: Izd-vo LGU [in Russian].
6. Kapinus, O.S. (2004). *Ubijstva: motivy i celi*. Moscow: IMPJe-PUBLISH [in Russian].
7. Rarog, A.I. (2003). *Kvalifikacija prestuplenij po sub'ektivnym priznakam*. Sankt-Peterburg [in Russian].
8. Shnajder, L.G. (2006). *Prestuplenie po motivu nacionalnoj, rasovoj, religioznoj nenavisti ili vrazhdy libo krovojnoj mesti v ugolovnom prave Rossijskoj Federacii. Extended abstract of candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
9. Melnyk, M.I., Khavroniuk, M.I. (2007). *Zlochyny proty vyborchykh, trudovykh ta inshykh osobystykh prav liudyny i hromadianyna. Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy*. (Eds.). A.M. Boiko, L.P. Brych, V.K. Hryshchuk et al. Kyiv: Yuryd. dumka, 369–456 [in Ukrainian].
10. Ermakova, L.D. (1987). *Inye gosudarstvennye prestuplenija. Obshhie ponjatija inyh gosudarstvennyh prestuplenij. Prestuplenija protiv nacional'nogo i rasovogo ravnopravija, protiv oboronosposobnosti SSSR*. Moscow: VJuZI [in Russian].
11. Zdravomyslov, B.V., Zhuravlev, M.P., Naumov, A.V. et al. (1996). *Ugolovnoe pravo. Osobenna chast'*. A.I. Raroga (Ed.). Moscow: Triada Ltd [in Russian].
12. D'jakov, S.V., Ignat'ev, A.L., Karpushin, M.P. (1988). *Otvetstvennost' za gosudarstvennye prestuplenie*. L.I. Barkova (Ed.). Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
13. Vladimirov, V.A., Gel'fer, M.A., Grishaev, A.I. et al. (1951). *Sovetskoe ugolovnoe pravo: Chast' Osobennaja*. V.A. Vladimirova, N.I. Zagorodnikova, B.V. Zdravomyslova (Eds.). Moscow: Gosjurizdat [in Russian].
14. URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/671/>.
15. *Ugolovnoe pravo Rossii. Obshhaja chast'*. (2004). N.F. Kuznecova, I.M. Tjzhkova (Eds.). Moscow: Zercalo-M [in Russian].
16. Kudrjavcev, V.N. (1976). *Vzaimosvjaz' jelementov prestuplenija. Voprosy bor'by s*

prestupnost'ju, issue 25, 56–58 [in Russian].

17. Andreeva, L.A. (1998). Kvalifikacija ubijstv, sovershennyh pri otjagchajushhiih obstojatel'stvah. Sankt-Peterburg [in Russian].

18. Shlegel', O.V., Kostyleva, G.V., Milovanova, M.M. (2009). Rassledovanie prestuplenij protiv lichnosti, sovershaemyh po motivu nacional'noj nenavisti ili vrazhdy. Moscow: Jurlitinform [in Russian].

19. Ahmetov, U.N. (2008). Dokazyvanie motiva nacional'noj ili rasovoj nenavisti ili vrazhdy po delam o prestuplenijah protiv zhizni i zdorov'ja. *Extended abstract of candidate's thesis*. Voronezh [in Russian].

20. Dal', V.I. (1996). Tolkovyj slovar' zhivogo velikoruskogo jazyka. (Vols. 1–4; Vol. 2). Sankt-Peterburg: Dinamit [in Russian].

21. Dal', V.I. (1996). Tolkovyj slovar' zhivogo velikoruskogo jazyka. (Vols. 1–4; Vol. 1). Sankt-Peterburg: Dinamit [in Russian].

22. Ozhegov, S.I. (1983). Slovar' russkogo jazyka: 70000 slov. N.Ju. Shvedova (Ed.). Moscow: Russkij jazyk [in Russian].

23. Popov, A.N. (2003). Prestuplenija protiv zhizni s otjagchajushhimi obstojatel'stvami, odnosjashhimisja k sub'ektivnym priznakam sodejannogo. Sankt-Peterburg [in Russian].

24. Minekaeva, A.F. (2005). Religioznaja nenavist' ili vrazhda kak motiv sovershenija prestuplenija: ugovolno-pravovoj i kriminologicheskij aspekty. *Candidate's thesis*. Kazan' [in Russian].

25. Nikitin, A.G. (2010). Jekstremizm kak ob#ekt obshheteoreticheskogo i obshhepravovogo analiza. *Candidate's thesis*. Kazan' [in Russian].

26. Mustafazade, A.G. (2004). Kvalifikacija ubijstv po motivu i celi. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].

27. Borisov, S.V., Zherebchenko, A.V. (2011). Kvalifikacija prestuplenij jekstremistskoj napravlenosti. Moscow: Volters Kluver [in Russian].

28. Nemov, R.S. (2007). Psihologicheskij slovar'. Moscow: VLADOS [in Russian].

29. Reber, A. (2003). Bol'shoj tolkovyj psihologicheskij slovar'. (Vol. 1). Moscow: Veche [in Russian].

30. Kuz'mina, N.V. (2010). Determinacija i sistema profilaktiki nasil'stvennoj jetnicheskoj prestupnosti v sovremennyj period. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo*, 2, 25–28 [in Russian].

31. URL: <http://www.niss.gov.ua/5articles/617/>.

32. Bol'shoj tolkovyj slovar' russkogo jazyka. S.A. Kuznecova (Ed.). (2008). Sankt-Peterburg: Norint. [in Russian].

33. Rossijskij jenciklopedicheskij slovar'. (Vol. 2; Book 2). A.M. Prohorov (Ed.). (2001). Moscow: Bol'shaja rossijskaja jenciklopedija [in Russian].

34. Tolkovyj slovar' russkogo jazyka. (Vols. 1–4; Vol. 2). D.N. Ushakov (Ed.). (1994). Moscow: Russkie slovari [in Russian].

35. Konstytutsiia Ukrainy. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/constitution>.

36. Novyj jenciklopedicheskij slovar'. (2007). Moscow: Bol'shaja rossijskaja jenciklopedija: RIPOL klassik [in Russian].

37. Minekaeva, A.F. (2005). Religioznaja nenavist' ili vrazhda kak motiv sovershenija prestuplenija: ugovolno-pravovoj i kriminologicheskij aspekty. *Candidate's thesis*. Kazan' [in Russian].

38. Gorbunova, L.V., Kurc, A.V. (2004). Obstojatel'stva, otjagchajushhie nakazanie, po ugovolnomu pravu Rossii (voprosy teorii i praktiki). Kazan': Taglimat [in Russian].

39. URL: <http://spzh.news/ua/news/39171-politsiya-prikhovu-statistiku-shchodo-zlochiv-na-grunti-religijnoi-neterpimosti-zmi>.

Курафеев В. В. Мотив нарушение равноправия граждан в зависимости от их расовой, национальной принадлежности, религиозных убеждений, инвалидности и по другим признакам.

Исследованы формы мотивов как обязательные признаки субъективной стороны состава нарушения равноправия граждан в зависимости от их расовой и национальной принадлежности, религиозных убеждений, инвалидности и др.

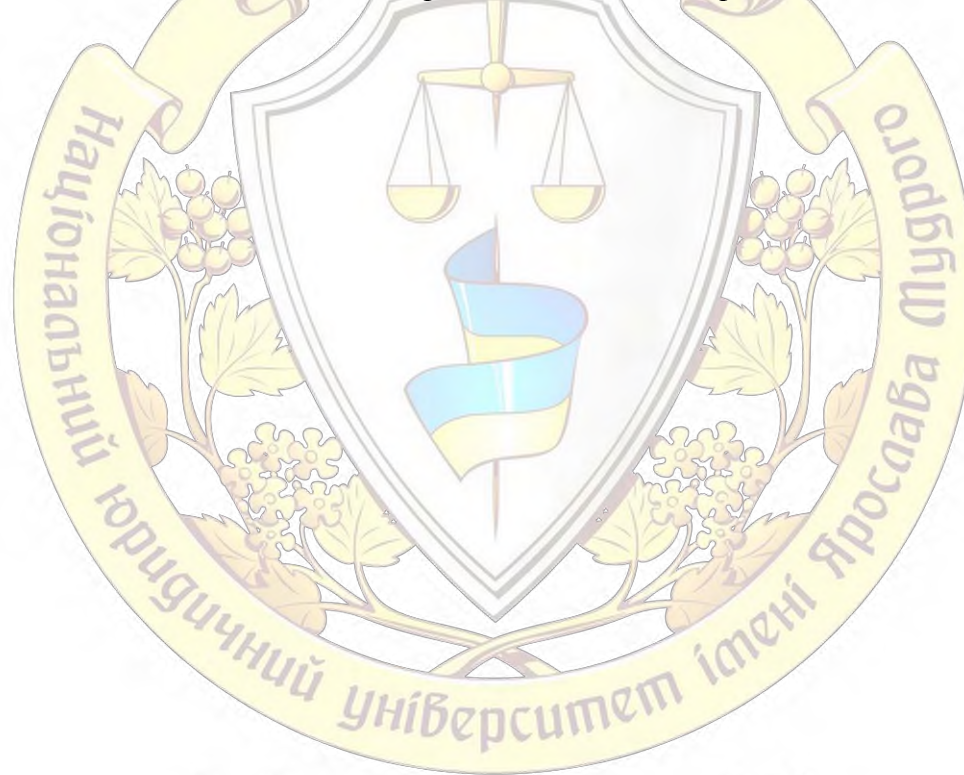
Ключевые слова: субъективная сторона состава преступления; мотив преступления; ненависть; вражда; неприязнь; раса; нация; религия; преступления против конституционных прав граждан.

Kurafieiev V. V. The motive is a violation of the equality of citizens, depending on their race, nationality, religious beliefs, disability and other grounds.

The article explores the forms of motives as an obligatory sign of the subjective side of the offense provided for in Art. 161 of the Criminal Code of Ukraine. They are studied as mandatory signs of the subjective side of the composition of the violation of the equality of citizens, depending on their race and nationality, religious beliefs, disability, etc.

Key words: subjective side of the crime; the motive for the crime; hatred; enmity; dislike; race; nation; religion; crimes against the constitutional rights of citizens.

Надійшла до редколегії 21.05.2018 р.



**МІЖДИСЦИПЛІНАРНИЙ ЗВ'ЯЗОК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА
ТА ФАРМАЦЕВТИЧНОГО ПРАВА ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ОБІГУ
НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ ДЛЯ ФАРМАЦЕВТИЧНОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІЛЬГОВИХ КАТЕГОРІЙ ПОСТРАЖДАЛИХ
ОНКОХВОРИХ**



Шаповалов Валентин Валерійович,

*д-р фарм. наук, доц.,
професор кафедри медичного та фармацевтичного права, загальної і
клінічної фармації, Харківська медична академія післядипломної освіти;
адвокат Національної асоціації адвокатів України,
Україна, м. Харків
e-mail: pharm_law@ukr.net
ORCID 0000-0002-9329-0195*



Шаповалов Валерій Володимирович,

*д-р фарм. наук, проф.,
головний спеціаліст відділу з питань спецперевірок та фармації,
Управління охорони здоров'я
Харківської облдержадміністрації,
Україна, м. Харків
e-mail: pharm_law@ukr.net
ORCID 0000-0002-6696-6380*



Гудзенко Андрій Олександрович,

*канд. фарм. наук,
докторант кафедри медичного та фармацевтичного права,
загальної і клінічної фармації,
Харківська медична академія післядипломної освіти,
Україна, м. Харків
e-mail: pharm_law@ukr.net*



Негрецький Сергій Миколайович,

*канд. фарм. наук,
старший викладач кафедри медичного та фармацевтичного права,
загальної і клінічної фармації,
Харківська медична академія післядипломної освіти,
Україна, м. Харків
e-mail: pharm_law@ukr.net*



Шаповалова Вікторія Олексіївна,

*д-р фарм. наук, проф.,
завідувач кафедри медичного та фармацевтичного права,
загальної і клінічної фармації,
Харківська медична академія післядипломної освіти,
Україна, м. Харків
e-mail: pharm_law@ukr.net
ORCID 0000-0003-4770-7292*

У статті розглянуто міждисциплінарний зв'язок кримінального і фармацевтичного права під час здійснення діяльності, пов'язаної з обігом наркотичних засобів, для

фармацевтичного забезпечення пільгових категорій постраждалих онкохворих. Наведено приклади із судово-фармацевтичної практики стосовно порушення прав онкопацієнтів на отримання протибольових наркотичних засобів для полегшення страждань, спричинених болями онкологічного генезу.

Ключові слова: фармацевтичне право, кримінальне право, судова фармація, обіг наркотичних засобів, фармацевтичне забезпечення, онкохворі.

Постановка проблеми та актуальність теми. Судово-фармацевтичні дослідження свідчать про те, що у «...структурі наркотизму спектр хімічних і фармацевтичних субстанцій, якими зловживають наркозалежні пацієнти і злочинці, має абсолютно чітку динаміку постійного відновлення...» [6], що впливає на кримінально-правові, медико-фармацевтичні та соціально-економічні аспекти, пов'язані з якістю та тривалістю життя окремої людини та пацієнта. Тому політика держави спрямована на захист прав і свобод, життя і здоров'я пацієнтів та громадян України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Як відмічає В. Я. Тацій, сьогодні в Україні спостерігаються не тільки численні порушення прав людей (що гарантовані Загальною декларацією прав людини 1948 р.), а й брак ефективного механізму їх поновлення в органах державної влади та самоврядування, прокуратурі, судах, правоохоронних органах, закладах охорони здоров'я та аптеках [12]. На думку А. П. Гетьмана, В. В. Голіни, В. Я. Тація, М. І. Панова, М. В. Шепітька і В. А. Тимошенка, встановлення системного підходу в міждисциплінарних дослідженнях науки кримінального права має постійно бути предметом як критичного, так і суміжного аналізу (через процеси їх конвергенції, інтеграції та гармонізації) разом із фармацевтичним правом, криміналістикою, кримінологією, судовою медициною, судовою фармацією, судовою психіатрією. Особливо це важливо під час реалізації наркополітики України у протидії організованій наркозлочинності, нелегальному обігу наркотичних засобів для гарантування права хворих на злякисні новоутворення на доступ до життєво необхідних лікарських засобів (ЛЗ) у системі пільгового (безоплатного) забезпечення медикаментами різних класифікаційно-правових груп [2; 3; 6; 8; 11; 13; 16].

Мета статті – встановлення міждисциплінарного зв'язку кримінального

та фармацевтичного права під час здійснення обігу наркотичних засобів для фармацевтичного забезпечення пільгових категорій онкохворих, постраждалих в умовах надзвичайних ситуацій.

Виклад основного матеріалу. Про необхідність поглиблення міждисциплінарного дослідження причин та умов, що сприяють правопорушенням у сфері охорони здоров'я і фармацевтиці, пов'язаним з обігом та доступністю життєво необхідних ЛЗ для пільгових категорій пацієнтів, свідчать приклади 1–3 із судово-фармацевтичної практики. Слід зазначити, що коли порушуються права громадянина в ланцюзі правовідносин «лікар – онкопацієнт – провізор», онкопацієнт не отримує протибольові наркотичні засоби для полегшення страждань, спричинених болями онкологічного генезу, що, у свою чергу, призводить до розвитку супутніх захворювань. Тому дії лікаря та провізора слід розглядати як злочин, який вивчається не тільки кримінальним, а й фармацевтичним правом, що, на думку А. С. Оцяці, охороняє ті суспільні відносини, блага, інтереси, цінності, які встановлюються й регулюються іншими галузями права [7]. Тобто функція кримінального права – бути основою, на яку опираються інші галузі права України.

Приклад 1. На «гарячу лінію» Департаменту охорони здоров'я Харківської обласної державної адміністрації звернувся гр. Р. (диспансерна група, онкохворий, постраждалий в умовах надзвичайних ситуацій) щодо неможливості отримання ним пільгових рецептів на життєво необхідний наркотичний анальгетичний ЛЗ трамадол у лікаря за місцем проживання, що є порушенням постанови Кабінету Міністрів України від 17.08.1998 р. № 1303 [9].

Приклад 2. Слідчим СВ СБ України в Полтавській області зареєстровано кримінальну справу за ч. 2 ст. 305 ККУ [5]. Слідством встановлено, що 21.05.2016 р. у м. Кременчук під час проведення оперативно-розшукових заходів співробітниками СБУ спільно з співробітниками прокуратури затримано 50-річного гр. Б. (раніше судимий 12 разів), організатора злочинного угруповання, у якого під час обшуку за місцем проживання у присутності понятих виявлено нарколабораторію та вилучено речовини, які за результатами судово-

фармацевтичної експертизи виявилися: наркотичними ЛЗ трамадол (700 капсул), метадон; прекурсором ефедрин (500 таблеток); психотропною речовиною амфетамін; особливо небезпечними речовинами, обіг яких обмежено (гашиш, марихуана). Досудове слідство триває.

Наведені приклади із судово-фармацевтичної практики свідчать про те, що політика держави спрямована на протидію контрабанди наркотичних засобів із використанням кримінального права як інструменту протидії організованої злочинності, що на думку В. О. Тулякова розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, який специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину [14].

У свою чергу міждисциплінарне вивчення зв'язку кримінального та фармацевтичного права під час здійснення обігу наркотичних засобів для фармацевтичного забезпечення пільгових категорій онкохворих, постраждалих в умовах надзвичайних ситуацій, можливе саме завдяки розвитку сучасної юридичної науки (наприклад, кримінального та фармацевтичного права). На думку В. І. Борисова, важливим є зосередження підвищеної уваги на питанні «що є право» та вивчення того, як діє право, функціонує в суспільстві, як за його допомогою можна організувати ефективне управління соціально-економічними, медико-фармацевтичними та кримінально-правовими процесами [1], що, на нашу думку, включають в себе і питання обігу медикаментів (виробництва, закупівлі, зберігання, обліку, пільгового відпуску тощо).

Встановлюючи міждисциплінарний зв'язок кримінального, фармацевтичного і медичного права під час реалізації прав пацієнта на фармацевтичне забезпечення, як зазначає В. Я. Тацій, об'єктом злочину можна визнавати людину, її права, соціальні цінності тощо, при цьому основною функцією кримінального права необхідно вважати саме охоронну, а регулятивна функція кримінального права виявляється у трьох її складових [4; 10; 15].

Висновки. Вивчення міждисциплінарного зв'язку кримінального та

фармацевтичного права на підставі судово-фармацевтичної практики під час здійснення обігу наркотичних засобів для фармацевтичного забезпечення пільгових категорій онкохворих, що постраждали в умовах надзвичайних ситуацій, дає підстави зробити висновок про те, що вказані дисципліни також взаємодіють з екологічною, цивільною, трудовою, адміністративною, медичною, фармацевтичною та іншими сферами, які, у свою чергу, впливають на правовідносини в ланцюзі «лікар – онкопацієнт – провізор – адвокат», а всі разом слугують забезпеченню правопорядку в Україні.

Список літератури:

1. Борисов В. І., Демидова Л. М., Пашенко О. О. Застосування кримінально-правових норм органами досудового слідства та прокурором: поняття, ознаки та стадії. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. праць. 2008. Вип. 16. Харків: Кроссроуд, 2008. С. 3–18.
2. Гетьман А. П. Взаимосвязь экологического права в защите прав человека, гражданина на основе конвенций Организаций Объединенных Наций. *Фармацевтичне і медичне право України (фармацевтичне і медичне законодавство, судова фармація, доказова фармація)*: матеріали ІХ Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16 лист. 2012 р.). Харків, 2012. С. 16.
3. Голіна В. В. Судимість: кримінально-правові, соціальні та криминологічні аспекти. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.). Харків: Право, 2014. С. 421–424.
4. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 2 т. / за ред.: В. В. Сташис, В. Я. Тацій. 4-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2010. Т. 1. 2010. С. 14–15.
5. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
6. Наркологія: національний підручник / за ред. проф. І. К. Сосіна, доц. Ю. Ф. Чуєва. Харків: Колегіум, 2014. 1500 с.
7. Оцяця А. С. Охоронна функція кримінального права: дефініційні питання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 44. С. 337–341. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2008_44_63 (дата звернення: 06.05.2017).
8. Панов М. І. Системний підхід у дослідженні науки кримінального права та її міждисциплінарних зв'язків. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.). Харків: Право, 2014. С. 7–13.
9. Про впорядкування безоплатного та пільгового відпуску лікарських засобів за рецептами лікарів у разі амбулаторного лікування окремих груп населення та за певними категоріями захворювань: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.08.1998 р. № 1303. *Офіційний вісник України*. 1998. № 33. Ст. 61.
10. Тацій В. Я. Об'єкт злочину. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2012. № 1 (1). С. 126–143.
11. Тацій В. Я. Передне слово. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.). Харків: Право, 2014. С. 3–6.
12. Тацій В. Я. Права людини і громадянина як підґрунтя вдосконалення законодавства України. *Проблеми законності*. 2009. Вип. 100. С. 6–17.
13. Тимошенко В. А. Взаємозв'язок кримінально-правового та адміністративно-

правового аспектів наркополітики України. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.)*. Харків: Право, 2014. С. 82–89.

14. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014. № 2 (3). С. 1–19.

15. Шаблистий В. В. Функціональне призначення кримінального права та кримінального законодавства: шляхи подолання дисгармонії. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 1 (4). С. 1–17.

16. Шепитько М. В. Понимание уголовной политики и её модель. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.)*. Харків: Право, 2014. С. 165–170.

References:

1. Borysov, V.I., Demidova, LM, Pashchenko, O.O. (2008). Zastosuvannja kryminal'no-pravovyh norm organamy dosudovogo slidstva ta prokurorom: ponjattja, oznaky ta stadii' [Application of criminal law by pre-trial investigation bodies and prosecutors: concepts, features and stages]. *Pytannja borot'by zi zlochynnistju, issue 16, 3–18* [in Ukrainian].

2. Getman, A.P. (2012). Vzaimosvyaz' ekologicheskogo prava v zashchite prav cheloveka, grazhdanina na osnove konventsiy Organizatsiy Ob"edinennykh Natsiy. *Farmacevtychne i medychne pravo Ukraї'ny (farmacevtychne i medychne zakonodavstvo, sudova farmacija, dokazova farmacija):* proceedings of the IX International Scientific and Practical Conference. Kharkiv, 16 [in Ukrainian].

3. Golina, V.V. (2014). Sudymist': kryminal'no-pravovi, social'ni ta kryminologichni aspekty. *Nauka kryminal'nogo prava v systemi mizhdyscyplinaryh zv'jazkiv: proceedings of the International Scientific and Practical Conference*. Kharkiv, 421–424 [in Ukrainian].

4. Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna. V.V. Stashys, V.Ya. Tatsii (Eds.). (2010). (Vols. 1–2; Vol. 1). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

5. Kryminalnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 05.04.2001 r. № 2341-III. (2001). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 25–26, art. 131*.

6. Narkologija. I.K. Sosin, Ju. F. Chujev (Eds.). (2014). Kharkiv: Kolegium [in Ukrainian].

7. Ocjacja, A.S. (2008). Ohoronna funkcija kryminal'nogo prava: definicijni pytannja [Security function of criminal law: definitions questions]. *Aktual'ni problemy derzhavy i prava – Actual problems of state and law, issue 44, 337–341*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2008_44_63 [in Ukrainian].

8. Panov, M.I. (2014). Systemnyj pidhid u doslidzhenni nauky kryminal'nogo prava ta i'i' mizhdyscyplinaryh zv'jazkiv. *Nauka kryminal'nogo prava v systemi mizhdyscyplinaryh zv'jazkiv: proceedings of the Scientific and Practical Conference*. Kharkiv: Pravo, 7–13 [in Ukrainian].

9. Pro vporjadkuvannja bezoplatnogo ta pil'govogo vidpusku likars'kyh zasobiv za receptamy likariv u razi ambulatornogo likuvannja okremykh grup naselennja ta za pevnymy kategorijamy zahvorjuvan': Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17.08.1998 r. № 1303. (1998). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 33, art. 61*.

10. Tacij, V.Ja. (2012). Ob'jekt zlochynu [The object of the crime]. *Visnyk Asociacii' kryminal'nogo prava Ukraї'ny – Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine, 1(1), 126–143* [in Ukrainian].

11. Tacij, V.Ja. (2014). Perednje slovo. *Nauka kryminal'nogo prava v systemi mizhdyscyplinaryh zv'jazkiv: proceedings of the Scientific and Practical Conference*. Kharkiv: Pravo, 3–6 [in Ukrainian].

12. Tacij, V.Ja. (2009). Prava ljudyny i gromadjanyna jak pidg'runtja vdoskonalennja zakonodavstva Ukraї'ny [Human and civil rights as a basis for the improvement of the legislation of Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of legality, issue 100, 6–17* [in Ukrainian].

13. Tymoshenko, V.A. (2014). Vzajemozv'jazok kryminal'no-pravovogo ta

administratyvno-pravovogo aspektiv narkopolityky Ukraï'ny. *Nauka kryminal'nogo prava v systemi mizhdyscyplinarnyh zv'jazkiv*: proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kharkiv: Pravo, 82–89 [in Ukrainian].

14. Tuljakov, V.O. (2014). Kryminal'ne pravo s'ogodennja: renesans modeli stalogo rozvytku [Today's Criminal Law: Renaissance Model of Sustainable Development]. *Visnyk Asociacii' kryminal'nogo prava Ukraï'ny – Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine*, 2 (3), 1–19 [in Ukrainian].

15. Shablystyj, V.V. (2015). Funkcional'ne pryznachennja kryminal'nogo prava ta kryminal'nogo zakonodavstva: shljahy podolannja dysgarmonii' [Functional assignment of criminal law and criminal law: ways to overcome disharmony]. *Visnyk Asociacii' kryminal'nogo prava Ukraï'ny – Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine*, 1 (4), 1–17 [in Ukrainian].

16. Shepyt'ko, M.V. (2014). Ponymanje ugolovnoj polytyky y eë model'. *Nauka kryminal'nogo prava v systemi mizhdyscyplinarnyh zv'jazkiv*: proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kharkiv: Pravo, 165–170 [in Ukrainian].

Шановалов В. В., Шановалов В. В., Гудзенко А. А., Негрецкий С. Н., Шановалова В. А. Междисциплинарная связь уголовного права и фармацевтического права при осуществлении оборота наркотических средств для фармацевтического обеспечения льготных категорий пострадавших онкобольных.

В статье рассмотрена междисциплинарная связь уголовного и фармацевтического права при осуществлении деятельности, связанной с оборотом наркотических средств для фармацевтического обеспечения льготных категорий пострадавших онкобольных. Приведены примеры из судебно-фармацевтической практики относительно нарушений прав онкопациентов на получение противоболевых наркотических средств для облегчения страданий, вызванных болью онкологического генеза.

Ключевые слова: фармацевтическое право; уголовное право; судебная фармация; оборот наркотических средств; фармацевтическое обеспечение; онкобольные.

Shapovalov Valentyn V., Shapovalov Valeriy V., Gudzenko Andriy A., Negretskiy Sergiy N., Shapovalova Viktoriya A. Interdisciplinary connection between criminal law and pharmaceutical law in the course of circulation of narcotic substances for pharmaceutical provision of privileged categories of affected oncological patients.

The article reviewed an interdisciplinary connection between criminal and pharmaceutical law during the activity related to the circulation of narcotic substances for the pharmaceutical provision of privileged categories of oncological patients. Given examples from forensic and pharmaceutical practice regarding the violation of the rights of oncological patients to obtain antineoplastic medicines for relief of suffering caused by oncological genesis.

Keywords: pharmaceutical law; criminal law; forensic pharmacy; circulation of narcotic substances; pharmaceutical provision; oncology.

Надійшла до редколегії 08.06.2018 р.



Okladna Marina G.,

*PhD in Historical Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of Department
of Theory of State and Law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv
e-mail: maryokl1@gmail.com
ORCID 0000-0003-4585-7596*



Tragnyuk Anna R.,

*3rd year Student of the Institute of the Personnel
Training Institute for the Bodies of Justice
of Ukraine,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv
e-mail: anyatragnyuk@gmail.com*

THE «EUROPEAN SOCIAL MODEL»: PROBLEMS OF COMPREHENSION

In this article we are exploring the phenomenon of European social integration and thereby creating the basics which are necessary to answer the questions; what is the European social model, how is it related to the national models of the social state, and how does the economic integration in the EU affect it nowadays.

Keywords: European social model; social state; social policy; solidarity; social integration; European Union.

Окладна М. Г., Трагнюк А. Р. «Європейська соціальна модель»: проблеми осмислення.

Досліджено феномен європейської соціальної інтеграції й тим самим визначено основи, необхідні для відповіді на питання: що являють собою Європейська соціальна модель, яким чином вона співвідноситься з національними моделями соціальної держави, який вплив на неї здійснює економічна інтеграція в ЄС на сучасному етапі.

ЄС здійснював соціальну політику на всіх етапах інтеграції, однак зміст і форми її реалізації змінювалися відповідно до потреб і бачення місця і ролі наднаціональних інститутів у здійсненні соціальної функції. На сьогодні склалася європейська соціальна модель, яка увібрала кращі досягнення національних моделей соціальної державності й функціонує на основі розвинутого соціального права ЄС. Реалізуючи соціальну політику, ЄС діє відповідно до принципів субсидіарності й пропорційності, поділяючи відповідальність за здійснення соціального захисту з урядами держав-членів. Діяльність інститутів ЄС в рамках соціальної політики має координуючий, доповнюючий і стимулюючий характер. У сфері права соціального забезпечення йде процес поступового зближення національного законодавства. Гармонізація соціального законодавства держав-членів має обмежений

характер і зводиться переважно до запровадження мінімальних соціальних стандартів, які не повинні перешкоджати створенню і розвитку малих і середніх підприємств. Фінансова криза негативно позначилася на соціальній політиці ЄС. Заходи національного і наднаціонального рівнів влади, що спрямовані на вихід з неї, передбачають не лише зміну моделей соціальної державності на національному рівні, але й оновлення ESM. Разом із тим повної відмови від здобутків у соціальній сфері не відбудеться, оскільки це завдасть суттєвої шкоди інтеграції.

Ключові слова: Європейська соціальна модель; соціальна держава; соціальна політика; солідарність; соціальна інтеграція; Європейський Союз.

Introduction. The social aspect of the European Communities has been existing since the launch of European integration. In so doing, since the economic integration at the beginning was an absolute priority and was supposed to contribute to the formation of an effective internal market of the Community, the role of social policy was insignificant. However, over the past decades, the importance of social policy and the implementation of socio-economic rights have been grown substantially in the eyes of EU citizens. Nowadays the problem of building a European social model is defined as one of the main priorities of the integration process. As a consequence, the social dimension of European integration is being paid more and more attention.

Analysis of the recent research. There are some aspects of the problem of the acceptance of the social statehood, the development of the European social model, the disclosure of its relationship with the national model of the social state [1–3], and also the peculiarities of the EU social policy at the present stage of the development of the integration process [4–7]. All of these questions were raised in the domestic researches. However, there is still no comprehensive study of features of the development of the European Union's social policy. Consequently, the purpose of this article is to analyze a complex of questions which are related to the definition of trends in the development of the European social model in the 21st century.

Main statement. Integration is usually defined as a phenomenon of the political development of Europe since the second half of the 20th – until the beginning of the 21st century, which determines the current state of international relations. It is possible to explain the preconditions of its origin, regularities and development prospects only by resorting and analyzing all components of the process

of integration, such as: economic, political, legal, military, cultural, civilizational and social. However, if the problems of economic, political and legal integration in our the domestic literature were paid enough attention [8–11], for the question of the formation and implementation by the European Union its own social policy still remains insufficiently shown for us, and it gives relevance to the research of this problem now.

The first steps in establishing the sociality of the statehood of Europe happened between 1920s and 1930s, but its constitutional formulation basically took place after the Second World War. From the very beginning, each country was forming its own system of social protection, which were based on specific national conditions and in accordance with the prevailing ideology, the alignment of political forces and in accordance with the requirements of time. The existence of several rather different social state models¹ in Europe that interact in a variety of ways with civil society and market economies made the tasks of harmonizing the social policies of European states extremely difficult to achieve.

The situation became more complicated, after the creation of the European Coal and Steel Community (ECSC) (1951), which marked the formation of integration process. We have to admit that from the outset, European integration had created a constitutional asymmetry between policies promoting market efficiencies and policies promoting social protection and equality. National welfare states are legally and economically constrained by European rules of economic integration, liberalization and competition law, whereas efforts to adopt European social policy are politically hampered by the national goodwill states diversity, differing not only in economic development levels [14]. As a consequence, economic policies were progressively Europeanized while social protection policies remained at the domestic level.

¹ Gradually formed four models covering four geographic areas: *Nordic countries* (Denmark, Finland and Sweden, plus the Netherlands), *Anglo-Saxon countries* (Ireland and the United Kingdom), *Continental countries* (Austria, Belgium, France, Germany and Luxembourg), *Mediterranean countries* (Greece, Italy, Portugal and Spain) [12, с. 375–376]. These structural differences between different national social models have high political salience. They correspond to fundamentally differing social philosophies which can be roughly equated with the social philosophies and the postwar dominance of «liberal», «christian democratic» and «social democratic» political parties [13].

The process of shaping the European social policy was complicated by another problem. In the mid-1950s European welfare states were more similar (they were the Bismarck model of work-based social insurance) than they became during the following decades. Thus, harmonization would not have been hopeless. However, because of the inconsistency of the positions of the ECSC member states (the Original Six) during the development of the Treaty establishment of the European Economic Community, the social sphere was not included to the process of integration. As a result, national social security systems began to differ structurally. Their heterogeneity increased dramatically in the 1970s with the accession to the Original Six of Denmark, Britain and Ireland (non-Bismarckian welfare states).

The social integration was not part of the original grand design for Europe, blueprints for an integrated European society being wholly absent. Yet the language and terminology for incipient forms of social integration can be traced back to the discussions around harmonization surrounding the drafting of the Treaty of Rome [15, p. 122]. Thus, in the Treaty of the EEC, there were first steps for moving social policy from the sphere of ideology to a practical level. Articles 193-198 of the Treaty established an Economic and Social Committee with consultative status, Art. 122 provided us with the info that the Commission in its annual report to the Assembly should include a special chapter on the development of the social situation in the Community, also Art. 123 was founded by the European Social Fund, which eventually became a real financial lever for implementing social initiatives; Art. 51 was devoted to the legal regulation of the social security of migrant workers. The details of these provisions were further elaborated at the level of the EU Council regulations.

At the stage of accelerating the development of social statehood (1960–1975) it is a significant expansion of its capabilities at the level of European states, which caused the establishment of minimum social standards that, however, did not become universal, below the countries that recognize the human right to a decent life, cannot descend [16]. In general, the functioning of the social state during this period showed that it was affirmation which was based not only on the will of political leadership,

but also on the fundamental structural changes in society, and therefore the social state had become regarded as a central element of society in the West. It is gradually becoming apparent that there is no contradiction between a social state and a market economy [1–2] which could not be eliminated – this conclusion was confirmed by the gradual introduction by the national governments of the model of a social market economy.

In 1972, a summit took place in Paris, where the problem of formation of the social policy of the European Community was raised as an independent direction of the integration process, which contributes in a certain way to the economic integration.

However, despite the adoption of such important documents as the European Social Charter [17] (1961), which proclaimed social rights, established the control mechanism which was designed to guarantee compliance by participating governments, and the Program of Social Action (1972–1974), during this period any noticeable progress in an implementation of the social policy in the European Communities was made. Cause of the position of France, Germany and the UK delegation the powers that are necessary for the formation at the supranational level a full-fledged social policy never happened. Moreover, after 1977 and by the mid-1980s, the process of issuing directives on social problems was gradually almost stopped, and the implementation of the documents which were already adopted was often blocked. This is explained by the fact that social policy was an instrument of strategic realization by the state one or another welfare model. The existence of several models of a social state in Europe which interacted with civil society and market economy in different ways complicates the task of the harmonization of the social policies of the Member States, as a consequence in this period they insisted on their own, without involving supranational structures, implementation of a social function. Starting from 1975 the stage of slowdown in the development of social statehood began. According to studies of J. J. Heckman, Instead of fostering the necessary adaptation and flexible responses to it increasingly rapid changes, modern European welfare states, which helped fuel economic and social progress during the

'trente glorieuses' (the 30 years between 1945 and 1975 when Europe witnessed an unprecedented period of growth, stability and social cohesion), now often protect the status quo [18].

Non-synchronization of the national and pan-European process of the development of social policy has been observed for a long time. Construction of the one social space intensified in the second half of the 1980's. This was linked to the need for broad social support of the integration process, which had entered the level of the creation of the EU. The social policy of EU was recognized as one of the key instruments of integration after the adoption of the Single European Act (1986). Since that time, European Communities took the position of a new type of a social and political civilization, the basis of which was the democracy of the European model, socially oriented to the market economy, legal and social state.

The SEA had entered the agenda for the formation of a single social space. It slightly expanded the competence of supranational institutions in a social sphere (while respecting the principle of subsidiarity [19]), but it managed to violate the principle of unanimity in resolving issues, related to the safety and health of workers. Another innovation had become to the recognition of the role of social partners as indispensable actors in life communitarian social policy.

During the session of the European Council in Hanover (1988) it was indicated that there is a reliance of the implementation of the program for the creation of a single internal market on social dimension. In September of that year, the European Commission prepared a document that listed the possible measures of the European Union Communities in the social sphere (but did not specify the terms of their implementation).

The adoption of the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers (Social Charter) (1989), which consolidated the 12 basic rights, was an important step towards the formation of a European social model. The Charter, which has not legal, but political character, did not expand the competence of the European Communities in the social sphere. However, an attempt was made to specify the content of the European social model. But the implementation of the provisions of the

Charter was impossible without amending the original sources with the rights of the European Community, which necessitated their updating.

As a result, on the 21st of November, 1990 the European Parliament adopted a decision according to which the Commission during the development of any legislative documents packages had to take into account a social policy.

In the early 1990's, the European Communities clashed with a number of problems in the social sphere, among which the main place was occupied by two of them:

– the expansion of the competence of EU institutions, which would allow them to be effective to the implement measures within the framework of realization the social functions by national governments;

– realization of principles of convergence and harmonization of national systems, social protection (it is difficult to realize this task, since it prevailed the idea that Europe cannot and should not have a strategy for national reforming the labor market and social policies. It is up to each national government to design and implement its own strategy [12, p. 386]).

Although there were misunderstandings between Member States in views both about the adoption of social policy and its content, the vast majority of them (except for Great Britain and Ireland) showed a desire to bring nationality social models in line with the model, which was named European Social Model (ESM).

The idea of a European Social Model was proposed in the early 1980 by the President of the European Commission Jacques Delors to distinguish Europe from the United States [20, p. 288]. Wickham (2002) stated that the main difference between the United States and Europe was that Europeans have social rights [21]. According to some authors, the frequent references to the European Social Model were even used to conceal the fundamental neoliberal character of the European integration process [22, p. 2].

However, in our opinion, implementation and rather successful functioning of the ESM is a clear indication of the commitment of the EU and its member states to the European humanitarian values, common interests and human rights, as well as

intentions to achieve the balance between economic growth and social fairness. During the creation of the ESM, European governments were trying to make a significant improve welfare, to raise the level of economic development of the EU and each Member State, and also to ensure an equitable distribution of public wealth.

The extent of the political integration of the Community is determined by the scope (how many policies?) and level (how deep?) of amalgamation between the member states [23]. In the early 1990's Member States were aware that they have a need to expand the integration into the political and social spheres. This decision was connected with that, according to Fritz W. Scharpf, the advance of economic integration has greatly reduced the capacity of member states to influence the course of their own economies and to realize self-defined sociopolitical goals. In short, compared to the repertoire of policy choices that was available two or three decades ago, European legal constraints have greatly reduced the capacity of national governments to influence growth and employment in the economies for whose performance they are politically accountable. It is no wonder, therefore, that countries and interest groups that had come to rely on social regulations of the economy and generous welfare-state transfers and services are now expecting the European Union to protect the «European Social Model» and thus to re-establish the constitutional parallelism of economic («market making») and social protection («market correcting») interests and policy purposes that had existed at the national level before the take-off of economic integration [14, p. 648–649].

We have to admit the fact that the creation of ESM was evaluated indistinct: some authors believed that the Europeanisation of social policy is a ‘cornerstone’ of the policy package and that Lisbon represents a genuine turn to the social in EU thinking, the others insisted on , that the core of the project is economic union or integration more widely, and that the attention turns to social policy only because it is necessary to cushion socio-politically the impact of the single market and associated change [24, p. 15–16].

The improvement of social policy of united Europe is related to the entry into the force of Maastricht Treaty on European Union [25], which complemented the

Treaty establishing the European Economic Community with articles VIII «Social Policy, Education, Vocation Training and Youth» i XIV «Economic and Social Cohesion», and also applications – Agreement on Social Policy and Protocol on Social Policy. Monica Threlfall notes this represented a gain in Community competencies, as the issue of social exclusion became a legitimate field of concern, and aspects of social legislation were facilitated by qualified majority voting (QMV) in the Council of Ministers, such as equality between men and women in employment [26, p. 276].

An essential innovation was introduction of the Open Method of Coordination (OMC) in order to protect and promote Social Europe [27–29]. The Lisbon Summit then introduced the generic label of OMC and resolved to apply it not only to issues of education, training, R&D and enterprise policy, but also to «social protection» and «social inclusion». The Open Method was most fully specified for the European Employment Strategy (EES) which came to be known as the «Luxembourg Process» [14, p. 652–653]. Using the Open Method of Coordination should have helped to restore the principle of solidarity in the EU, because solidarity is mostly limited to national borders. The European Commission insisted on this demand [30].

The process of the development of the Maastricht Treaty was accompanied by the study of problems related to the introduction of the European social policy, as results of which had been prepared «Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century – White Paper» [31] (1993), «Green Paper – European social policy – Options for the Union» [32] (1993) i «European Social Policy – A Way Forward for the Union. A White Paper» [33] (1994). Therefore, at the end of the 20th century holding a single social policy became a vital element which was necessary for strengthening the internal ties within the EU and the formation of a European identity. Competences which were granted to communist institutions, policy of social partnerships they are realizing on an EU scale, different forms and levels of cooperation lead to the increase of the role of supranational regulation, enforcement of the principle of the primacy of EU law over the relevant ones in national law branches.

The Treaty of Amsterdam (1997) marked another milestone in the status of social policies in general, as they were bolstered by a set of civil and human rights¹.

The Amsterdam Treaty gave an impulse to the intensification of social policy and harmonization of national social legislation. The social EU policy, from this moment means the development of the concept of EU activity in the social sphere; detection of determinants that guarantee the quality of life, steady development, competitiveness and others most important indicators of the full potential growth of the EU; creation of a comprehensive system of events and programs, social technologies that provide social stability, overcome internal contradictions and the struggle between different social forces; the formation of the mechanism ensuring EU interests and solving relevant tasks in the social sphere; forecasting of the EU social future, ways of social development a new integrated society, the possible consequences of this complex and largely contradictory process [4, p. 19].

In this way, the Maastricht and Amsterdam treaties and the «Program of Social Action» defined the legal basis of the EU social policy, provided the legal conditions for the implementation of the rights which were proclaimed in the Charter and had shown the awareness of Europeans about the need to pay attention to the problems which determine the meaning of the concept of «social dimension». The social integration has progressed through convergence of policies, policy outcomes and social trends, as well as through harmonization and approximation of laws, to the point where a series of «single social areas» have been created in which citizens experience living or working in the EU as if they were in a single country [26, p. 274].

The concept of «social dimension» focuses on the social implications of each direction of the EU policy, and the activities of the Union are shown through the prism of the social problems existing within its framework [34]. Within the geographical boundaries of the EU the social dimension is expressed throughout the

¹ Monica Threlfall notes: «The status of gender equality was raised, to become a chief goal of the EU (Art. 2), and positive action to advance sex equality was allowed (Art. 141). A new article with wide-reaching implications banned discrimination on the grounds of sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation (Art. 6A, later consolidated as 13). It allowed the Community to take action to combat discrimination, albeit only via unanimity in the Council of Ministers. This marked a clear shift by the EU towards addressing issues of race and ethnicity, and by implication, the treatment of new immigrants and foreigners» [26, p. 277–278].

creation of a single social space, a category, which means the space, in accordance with EU law, the social policy of the EU is being implemented.

An update of the paradigm of social development and social policy in the EU occurs consistently and gradually, taking into account the previous achievements of Member States and the Union as a whole, existing national traditions, based on a deep analysis of the current state and prospects for its development. As a result, the level of centralization of social policy at the supranational level is determined by the nature of the problems that face the integration association, peculiarities of the corresponding stage of development.

Since the modern stage in the development of social statehood in Europe occurs under the powerful influence of the requirements of globalization and regional integration, the ability of national powers form and realize their own social policy to independently is gradually decreasing now. Despite this tendency caused by objective factors national state is trying to maintain its own legitimacy and functionality, which prompts it to adapt the national one strategies of social and economic development to global dimensions. In addition, the implications of the two rounds of eastward enlargement of the 2000s do not merely complicate but fundamentally preclude any prospect of major re-regulatory social policy [35; 36, p. 754].

The Contradiction of economic and social rights, as well as blurring social standards between the «old» and «new» members of the Union threaten the EU with the process of disintegration, forcing the Union's institutions to respond to the problem. The European Parliament in 2008 approved a special resolution on challenges to collective agreements in the EU (2008/2085 INI)), in which he emphasized that it was unacceptable to give preference to economic rights over social rights [37]. Parliament also appealed to national governments to develop measures that would limit social dumping between Member States of the EU.

About the tendency to strengthen the role of communitarian institutions in the EU and the implementation of social policy indicates the expansion of their functions in this particular area. Nowadays they are engaged in developing a strategy for social development of the EU, framework programs for social action and general

guidelines; holding researches on the problems of promoting social dialogue; analysis of the situation and control over observance of the agreed course and execution of the taken decisions basically in Member States, and, where necessary, the development of recommendations of national governments; coordination of actions which are made by Member States; development supranational regulations on social issues and control over the implementation process in national legislation, etc.

J. M. Barroso, the Chairman of the European Commission, at the end of the first term of his chairmanship, tried to demonstrate commitment to the idea of security of the Social rights: in a message to the European Parliament (2009), he noted that social rights, is particular the right to strike and to associate, have a fundamental value for the European model of society [38]. However, financial (2008) and demographic crises hinder expansion social programs of both individual Member States and the EU as a whole. The president of the European Central Bank, Mario Draghi, stated in an interview with the Wall Street Journal in February 2012 that the there may have been a time when Europe could afford to maintain a comprehensive system of welfare protection, but given the economic problems faced by many European countries, as highlighted by the current crisis, this is no longer the case. The ECB president, furthermore, noted that austerity coupled with structural change is the only option for economic renewal in Europe [22, p. 1–2]. Therefore, it is not surprising that in the expert environment has been put forward the conclusion that the overall thrust of European integration, especially under the two Barroso Commission cabinets, has been largely deregulatory and (neo)liberal in nature, which suggests that the commitment to a re-regulatory ‘Social Europe’ of the Jacques Delors era (1985–94) has been all but abandoned [36, p. 753]. Expert environment was put forward by the Conclusion has been made that the general thrust of European integration, especially under the two Barroso Commission chambers, has been largely deregulatory and (neo) liberal in nature, which suggests that the commitment to a re-regulation. The 'Social Europe' of the Jacques Delors era (1985-94) has been all but abandoned [36, p. 753].

Despite the pessimistic conclusions, there is still some progress in solving the

issue of the ESM at the present stage. Lisbon Treaty details the goals of the Union's social policy; provides the binding force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union that fixes the basic social and labor rights of EU citizens; relates social policy to the shared competence of the EU and the Member States; allows EU institutions to set minimum social and labor standards by harmonizing them, which does not deprive national governments of the right to develop and introduce additional requirements for raising social standards for the protection of the population [39].

In March 2010, the European Commission developed and approved a new strategy for economic development «Europe 2020: A European Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth» [40]. One of the basic tasks of the Strategy is to ensure the overall growth under which the Commission understands the economy as a high degree of the population employment inside the country, which strives to economic, social and territorial association. Comprehensive growth of the economy should provide people with new opportunities through high level of employment, investments in knowledge and skills, combating poverty and improvement of the labor market, training and social protection, which together can make a contribution in building more socially homogeneous society. It is really necessary for the results of economic growth to be distributed throughout the EU in order to enhance the territorial unity.

Conclusion. The analysis of the content and directions of the evolution of social policy of The European Union give us a chance to make some conclusions.

1. The assertion of social statehood in Western Europe, its agreement with requirements of market economy in general terms happened in the middle of the twentieth century. However, at the supranational level the process of introducing social policy as an independent direction of the integration process stretched for almost forty years throughout the inhibition of this process by national governments.

2. The EU was implementing social policies at all stages of the integration, however, the content and forms of its realization changed in accordance with the needs and the vision of the place and the role of supranational institutions in the

implementation of the social function. Nowadays a European social model was emerged. It absorbed the best achievements of national models of social statehood and functions on a basis of social rights which were developed in the EU.

3. While implementing social policy, the EU acts in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality, sharing responsibility for implementation social protection with the governments of the Member States. The activity of the EU Institutions in social policy has a coordinating, complementary and stimulating nature.

4. In the field of social welfare there is a gradual process of convergence of national legislation. Harmonization of social legislation of the Member States is limited and is reduced to the introduction of minimum social standards that should not prevent the creation and development of small and medium enterprises.

5. The financial crisis had a negative impact on EU social policy. Measures of national and supranational levels of government are aimed to escape from it, also it is predicting not only the change of models of social statehood on national level, but also an update to the ESM. However, the complete refusal of achievements in the social sphere will not take place, as this will cause significant damage to the integration process.

Список літератури:

1. Яковюк І. В. Соціальна і правова держава: співвідношення понять. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2001. Вип. 1. С. 99–105.
2. Яковюк І. В. Про обсяг поняття «соціальна держава» (на основі порівняльного аналізу моделей ФРН і України). *Право України*. 1998. № 11. С 26–28.
3. Окладна М. Г., Головащенко О. С. Європейський соціальний простір: проблеми формування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 3. С. 12–14.
4. Окладна М. Г., Яковюк І. В. Соціальна політика Європейського Союзу: становлення і розвиток. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. 40 с. (Серія «Наукові доповіді», вип. 19).
5. Окладна М. Г., Якименко Х. С. Соціальна політика Європейського Союзу: уроки для України. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права: зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова (м. Харків, 27 листоп. 2015 р.): у 2 ч.* Харків, 2015. Ч. 1. С. 193–199.
6. Вітте Л. Європейська соціальна модель і соціальна згуртованість: яку роль відіграє ЄС? Київ: Заповіт, 2006. 44 с.
7. Яковюк І. В. Реалізація соціальної функції держави в умовах європейської інтеграції. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2004. Вип. 7. С. 40–48.
8. Історія європейської інтеграції від Римської імперії до Європейського Союзу: монографія / за ред. І. В. Яковюка. Київ: Ред. журн. «Право України», 2012. 208 с.
9. Байдін Ю. В. Державний суверенітет і його межі в умовах європейської інтеграції

(питання теорії): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2012. 245 с.

10. Якименко Х. С. Європейський союз: правова природа об'єднання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2009. 229 с.

11. Сало В. І. Внутрішні функції держави в умовах членства в Європейському Союзі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. 220 с.

12. André Sapir. (2006). Globalisation and the Reform of European Social Models. Background document for the presentation at ECOFIN Informal Meeting in Manchester. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 44. No 2. P. 369–90.

13. Huber, E. and Stephens, J. D. (2001). Development and Crisis of the Welfare State. Parties and Policies in Global Markets. Chicago: University of Chicago Press.

14. Fritz, W. Scharpf. (2002). The European Social Model: Coping with the challenges of diversity. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 40. No 4. P. 645–670. DOI: 10.1111/1468-5965.00392.

15. Monica Threlfall. (2003). European Social Integration: Harmonization, Convergence and Single Social Areas. *Journal of European Social Policy*. 13: 121. DOI: 10.1177/0958928703013002002.

16. Яковюк І. В. Виникнення та розвиток концепції соціальної держави. *Вісник Акад. прав. наук України*. 2001. № 2. С. 24–29.

17. Яковюк І. В. Розвиток концепції соціально-економічних прав як передумова формування соціальної держави. *Проблеми законності*. 1998. № 35. С. 22–27.

18. Heckman, J. J. (2002). 'Flexibility, Job Creation and Globalization: The Case of Italy'. Paper presented at the Third Millennium Colloquia organized by the Instituto di Studi Economici et per l'Occupazione, Venice, 2–3 December.

19. Яковюк І. Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу. *Вісник Акад. прав. наук України*. 2004. № 4 (39). С. 22–30.

20. Wincott, Daniel. (2003). 'The Idea of the European Social Model: Limits and Paradoxes of Europeanization', in Kevin Featherstone and Claudio Radaelli, eds., *The Politics of Europeanization*. Oxford: Oxford University Press. P. 279–302.

21. Wickham, James. (2002). 'The End of the European Social Model: Before It Began?' *Employment Research Centre, Department of Sociology*. Trinity College Dublin.

22. Hermann, Christoph (2013). Crisis, structural reform and the dismantling of the European Social Model(s), Working Paper, Institute for International Political Economy Berlin, No. 26/2013.

23. Delhey, Jan (2004). European social integration: From convergence of countries to transnational relations between peoples. *WZB Discussion Paper*. URL: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11758/ssoar-2004-delhey-european_social_integration.pdf?sequence=1.

24. Daly, Mary. (2007). Whither EU Social Policy? An Account and Assessment of Developments in the Lisbon Social Inclusion Process. *Journal of Social Policy* 37, 1–19. Doi:10.1017/S0047279407001468.

25. Treaty on European Union, as signed in Maastricht on 7 February 1992. URL: https://europa.eu/european-union/sites/europaefiles/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf.

26. Threlfall, Monica. (2007). The Social Dimension of the European Union. *Global Social Policy* 7, 3, 271–293. Doi: 10.1177/1468018107082235

27. Susana Borra's and Kerstin Jacobsson. (2004). The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU. *Journal of European Public Policy*. 11:2 April: 185–208. DOI: 10.1080/1350176042000194395.

28. De la Porte, C. (2011). 'Principal-Agent Theory and the Open Method of Co-ordination: The Case of the European Employment Strategy'. *Journal of European Public Policy* 18(4): 485–503. DOI: 10.1080/13501763.2011.560071.

29. De la Porte, C., Pochet, P. (eds). (2012). Why and how (still) study the Open Method of Co-ordination (OMC)? *Journal of European Social Policy* 23(3): 336–349. DOI:

10.1177/0958928711433629

30. European Commission. (1994). 'European Social Policy – A Way Forward for the Union: A White Paper', COM (94) 333, final.

31. Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century. URL: http://aei.pitt.edu/1139/1/growth_wp_COM_93_700_Parts_A_B.pdf.

32. Green Paper – European social policy – Options for the Union. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/434c867b-615c-45bc-950b-2512022c2e8b/language-en>.

33. European Social Policy – A Way Forward for the Union. A White Paper. URL: http://aei.pitt.edu/1118/1/social_policy_white_paper_COM_94_333_A.pdf.

34. Stephan Leibfried. (1994). The Social Dimension of the European Union: En Route To Positively Joint Sovereignty? *Journal of European Social Policy*. Vol 4, Issue 4, P. 239–262. DOI: 10.1177/095892879400400401.

35. Vaughan-Whitehead, D. EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, XVII + 567 p.

36. Amandine Crespy, Georg Menz. Commission Entrepreneurship and the Debasing of Social Europe Before and After the Eurocrisis. *JCMS 2015 Vol. 53. No 4. P. 753–768*. DOI: 10.1111/jcms.12241.

37. Sionaidh Douglas-Scott. (2011). The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review*. 11:4. P. 645–682. DOI:10.1093/hrlr/ngr038.

38. Position Paper from the European Federation of Building and Woodworkers on fundamental social rights in the European Union. URL: <http://www.efbww.org/pdfs/FSR%20GB%20new.pdf>.

39. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>.

40. European Commission/ (2010). Europe 2020: A European Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, European Commission, Brussels, COM(2010)2020.

References:

1. Yakoviuk, I.V. (2001). Sotsialna i pravova derzhava: spivvidnoshennia poniat. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia, issue 1, 99–105* [in Ukrainian].

2. Yakoviuk, I.V. (1998). Pro obsiah poniattia «sotsialna derzhava» (na osnovi porivnialnoho analizu modelei FRN i Ukrainy). *Pravo Ukrainy, 11, 26–28* [in Ukrainian].

3. Okladna, M.H., Holovashchenko, O.S. (2015). Yevropeiskyi sotsialnyi prostir: problemy formuvannia. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal, 3, 12–14* [in Ukrainian].

4. Okladna, M.H., Yakoviuk, I.V. (2016). Sotsialna polityka Yevropeiskoho Soiuzu: stanovlennia i rozvytok. Kharkiv: TOV «Oberih». (Seriiia «Naukovi dopovidi», issue 19) [in Ukrainian].

5. Okladna, M.H., Yakymenko, Kh.S. (2015). Sotsialna polityka Yevropeiskoho Soiuzu: uroky dlia Ukrainy. *Aktualni problemy suchasnoho mizhnarodnoho prava: proceedings of the I International Scientific and Practical Conference, Kharkiv, 27 lystop. 2015 r.: u 2 ch. Kharkiv, ch. 1, 193–199* [in Ukrainian].

6. Vitte L. (2006). Yevropeiska sotsialna model i sotsialna zghurtovanist: yaku rol vidihraie YeS? Kyiv: Zapovit [in Ukrainian].

7. Yakoviuk, I.V. (2004). Realizatsiia sotsialnoi funktsii derzhavy v umovakh yevropeiskoi intehratsii. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia, issue 7, 40–48* [in Ukrainian].

8. Yakoviuka, I.V. (Ed.). (2012). Istoriia yevropeiskoi intehratsii vid Rymaskoi imperii do Yevropeiskoho Soiuzu. Kyiv: Pravo Ukrainy [in Ukrainian].

9. Baidin, Iu.V. (2012). Derzhavnyi suverenitet i yoho mezhi v umovakh yevropeiskoi intehratsii (pytannia teorii). *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

10. Yakymenko, Kh.S. (2009). Yevropeiskyi soiuz: pravova pryroda obiednannia.

Candidate's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].

11. Salo, V.I. (2008). Vnutrishni funktsii derzhavy v umovakh chlenstva v Yevropeiskomu Soiuzi. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

12. Sapir, André. (2006). Globalisation and the Reform of European Social Models. Background document for the presentation at ECOFIN Informal Meeting in Manchester. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 44, 2, 369–90.

13. Huber, E. and Stephens, J.D. (2001). *Development and Crisis of the Welfare State. Parties and Policies in Global Markets* (Chicago: University of Chicago Press).

14. Fritz, W. Scharpf. (2002). The European Social Model: Coping with the challenges of diversity. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, 4. 645–670. DOI: 10.1111/1468-5965.00392.

15. Threlfall, Monica. (2003). European Social Integration: Harmonization, Convergence and Single Social Areas. *Journal of European Social Policy*, 13: 121. DOI: 10.1177/0958928703013002002.

16. Yakoviuk, I.V. (2001). Vynyknennia ta rozvytok kontseptsii sotsialnoi derzhavy. *Visn. Akad. prav. nauk Ukrainy*, 2, 24–29 [in Ukrainian].

17. Yakoviuk, I.V. (1998). Rozvytok kontseptsii sotsialno-ekonomichnykh prav yak peredumova formuvannia sotsialnoi derzhavy. *Problemy zakonnosti*, 35, 22–27 [in Ukrainian].

18. Heckman, J.J. (2002). 'Flexibility, Job Creation and Globalization: The Case of Italy'. Paper presented at the Third Millennium Colloquia organized by the Instituto di Studi Economici et per l'Occupazione, Venice, 2–3, December.

19. Yakoviuk, I. (2004). Subsidiarnist yak pryntsyp vzaiemovidnosyn natsionalnykh derzhav i Yevropeiskoho Soiuzu. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 4 (39), 22–30.

20. Wincott, Daniel (2003). The Idea of the European Social Model: Limits and Paradoxes of Europeanization. *The Politics of Europeanization*. Kevin Featherstone and Claudio Radaelli. (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 279–302.

21. Wickham, James. (2002). The End of the European Social Model: Before It Began?. *Employment Research Centre, Department of Sociology*. Trinity College Dublin.

22. Hermann, Christoph. (2013). Crisis, structural reform and the dismantling of the European Social Model(s). Working Paper, Institute for International Political Economy Berlin, 26/2013.

23. Delhey, Jan. (2004). European social integration: From convergence of countries to transnational relations between peoples, WZB Discussion Paper. URL: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11758/ssoar-2004-delhey-european_social_integration.pdf?sequence=1.

24. Daly, Mary. (2007). Whither EU Social Policy? An Account and Assessment of Developments in the Lisbon Social Inclusion Process. *Journal of Social Policy*, 37, 1–19. Doi:10.1017/S0047279407001468.

25. Treaty on European Union, as signed in Maastricht on 7 February 1992. URL: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf.

26. Threlfall, Monica. (2007). The Social Dimension of the European Union. *Global Social Policy*, 7, 3, 271–293. Doi: 10.1177/1468018107082235

27. Susana Borra's and Kerstin Jacobsson. (2004). The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU. *Journal of European Public Policy*. 11:2 April 2004, 185–208. DOI: 10.1080/1350176042000194395.

28. De la Porte, C. (2011). Principal-Agent Theory and the Open Method of Co-ordination: The Case of the European Employment Strategy. *Journal of European Public Policy*, 18 (4), 485–503. DOI: 10.1080/13501763.2011.560071.

29. De la Porte, C., Pochet, P. (Eds). (2012). Why and how (still) study the Open Method of Co-ordination (OMC)? *Journal of European Social Policy*, 23(3), 336–349. DOI: 10.1177/0958928711433629

30. European Commission. (1994). *European Social Policy – A Way Forward for the Union*:

A White Paper, COM (94) 333, final.

31. Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century. URL: http://aei.pitt.edu/1139/1/growth_wp_COM_93_700_Parts_A_B.pdf.

32. Green Paper – European social policy – Options for the Union. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/434c867b-615c-45bc-950b-2512022c2e8b/language-en>.

33. European Social Policy – A Way Forward for the Union. A White Paper. URL: http://aei.pitt.edu/1118/1/social_policy_white_paper_COM_94_333_A.pdf.

34. Stephan Leibfried. (1994). The Social Dimension of the European Union: En Route To Positively Joint Sovereignty? *Journal of European Social Policy, Vol 4, Issue 4, 239–262*. DOI: 10.1177/095892879400400401.

35. Vaughan-Whitehead, D. (2003). EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model, Edward Elgar, Cheltenham.

36. Amandine Crespy, Georg Menz. (2015). Commission Entrepreneurship and the Debasing of Social Europe Before and After the Eurocrisis. *JCMS, Vol. 53, 4, 753–768*. DOI: 10.1111/jcms.12241.

37. Sionaidh Douglas-Scott. (2011). The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review, 11:4, 645–682*. DOI:10.1093/hrlr/ngr038.

38. Position Paper from the European Federation of Building and Woodworkers on fundamental social rights in the European Union. URL: <http://www.efbww.org/pdfs/FSR%20GB%20new.pdf>.

39. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>.

40. European Commission. (2010). Europe 2020: A European Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth. European Commission, Brussels, COM(2010)2020.

Окладная М. Г., Трагнюк А. Р. «Европейская социальная модель»: проблемы осмысления.

Исследуется феномен европейской социальной интеграции и тем самым устанавливаются основы, необходимые для ответа на вопрос: что представляют собой Европейская социальная модель, каким образом она соотносится с национальными моделями социального государства, какое влияние на нее осуществляет экономическая интеграция в ЕС на современном этапе.

Ключевые слова: Европейская социальная модель; социальное государство; социальная политика; солидарность; социальная интеграция; Европейский Союз.

Надійшла до редколегії 12.02.2018 р.



ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ФУНКЦІЇ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ У ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Ярмак Владислав Юрійович,
аспірант кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: vladyardmak@gmail.com
ORCID 0000-0002-2980-6505

Статтю присвячено правовому аналізу та встановленню особливостей визначення понять торговельної марки у законодавстві Європейського Союзу та національному законодавстві його держав-членів і в науковій літературі. Виокремлено істотні ознаки торговельної марки, що відрізняють її від інших засобів індивідуалізації та результатів інтелектуальної діяльності, а також досліджено функції торговельної марки.

Ключові слова: торговельна марка; Європейський Союз; ознаки торговельної марки; функції торговельної марки.

Вступ. З метою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС) уявляється необхідним вирішити певні термінологічні проблеми з метою правильного розуміння та єдиного тлумачення поняття «торговельна марка» (далі – ТМ), що дозволить запобігти помилок при його застосуванні та інтерпретації. З метою підвищення рівня ефективності захисту прав ТМ актуальним є також питання визначення її істотних ознак і прикладної функції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. При опрацюванні теми дослідження було проаналізовано законодавчі акти як ЄС, так і окремих його держав-членів. Понятійний апарат ТМ, зміст цивільних правовідносин у сфері їх використання, чинне законодавство, імплементація міжнародно-правових актів, правове регулювання охорони ТМ в останні роки тією чи іншою мірою були предметом досліджень багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених, зокрема таких, як А. Герц (A. Hertz), А. Горнісевич (A. Gornisevich), Т. Демченко (T. Demchenko), Ф. Котлер (P. Kotler), А. Кур (A. Kur), О. Піхурець (O. Pyhurets), Л. Романадзе (L. Romanadze), С. Савич (S. Savych) та ін. Проте низка правових

аспектів зазначеного кола питань наразі залишаються недослідженими чи дискусійними.

Метою статті є визначення поняття, істотних ознак і функцій ТМ та їх розуміння у праві ЄС. При цьому основну увагу приділено дослідженню поняття ТМ у законодавстві ЄС, законодавчих актах окремих його держав-членів та в науковій літературі; визначенню суттєвих ознак та аналізу правової природи й основних функцій ТМ.

Виклад основного матеріалу. Однією з основних умов інтеграції України як рівноправного суб'єкта в міжнародне співтовариство є відповідність її національного законодавства загальноприйнятим міжнародним нормам і стандартам. На цьому етапі пріоритетні напрямки вдосконалення вітчизняного законодавства з метою його гармонізації з міжнародно-правовими нормами визначено на законодавчому рівні й зумовлено прагненням України інтеграції до ЄС. До таких пріоритетних сфер віднесено й законодавство про охорону об'єктів інтелектуальної власності, зокрема ТМ.

З огляду на необхідність гармонізації вітчизняного законодавства про охорону ТМ з міжнародно-правовими нормами одним із важливих завдань є забезпечення правильного розуміння й єдиного тлумачення поняття ТМ з метою запобігання неоднозначного використання та інтерпретації цього терміна. Головними цілями у сфері інтелектуальної власності для України за ратифікованою Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) є сприяння спрощенню створення і комерційного використання інноваційних продуктів і продуктів творчої діяльності та досягнення належного й ефективного рівня охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Зазначимо, що поняття ТМ, як і всього нормативного регулювання інтелектуальної власності в ЄС, сформувалось переважно під впливом правових моделей, які склались у законодавстві його держав-членів. Крім того, норми права ЄС щодо визначення терміна ТМ зазнали впливу норм

міжнародного права, тому лише в результаті спільного аналізу актів ЄС та міжнародних нормативних актів, які регламентували раніше й регламентують сьогодні правовідносини у сфері використання та охорони ТМ, з'явилася можливість простежити процес змін визначень ТМ та встановити цілі законодавця у регулюванні цих правовідносин.

Національний досвід правового регулювання статусу ТМ в європейських країнах та норми міжнародного права в цій сфері певною мірою вплинули на формування відповідних нормативних актів в ЄС. Потреба у прийнятті наднаціональних норм, зокрема щодо охорони ТМ, обумовлена необхідністю уніфікації відповідного правового регулювання та забезпечення функціонування спільного ринку ЄС. У рамках ЄС було прийнято низку актів, зокрема, Директиву Ради ЄС 89/104/ЄЕС «Про наближення законодавства держав-членів, що стосується торговельних марок», та Регламент Ради ЄС «Про торговельну марку спільноти». Відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС директива є обов'язковою щодо результату, якого необхідно досягти для кожної держави-члена, якій її адресовано, проте залишає національним органам влади вибір форми та засобів. Так, перша Директива Ради ЄС 89/104/ЄЕС «Про наближення законодавства держав-членів, що стосується торговельних марок» (ст. 2) визначає, що ТМ може складатися з будь-якого знака, який можна представити у графічній формі, зокрема слів, включаючи власні імена, малюнки, літери, цифри, зображення товарів чи їхніх упаковок, за умови, що такі знаки здатні відрізнити товари чи послуги одного виробника від товарів чи послуг інших виробників [1].

20 грудня 1993 р. був прийнятий Регламент Ради ЄС «Про торговельну марку спільноти», головною відмінністю якого від директиви є його загальне застосування. Він є обов'язковим у повному обсязі та повинен прямо застосовуватися в усіх державах-членах (ст. 289 ДФЄС). Тобто Регламент фактично прирівнюється до національного закону і навіть має пріоритет відносно нього. У ньому зазначається, що ТМ може складатися з будь-яких позначень, за умови, що такі позначення здатні відрізнити товари чи послуги

одного виробника від товарів або послуг інших виробників (ст. 4). Попри те, що Регламент має пряме застосування, він не містить вичерпного переліку елементів у визначенні ТМ, які можуть бути відображені в деяких національних нормах і породжувати певні проблеми для тих держав-членів ЄС, де визначення ТМ є ширшим або більш конкретним.

Так, після ознайомлення з цим визначенням залишаються незрозумілими критерії виокремлення (ідентифікації) ТМ, що призводить до неможливості її ефективного правового захисту через недостатню законодавчу регламентацію. Крім Регламенту та Директив ЄС, держави-члени ЄС у практиці правового забезпечення використання ТМ орієнтуються також на положення TRIPS від 15 квітня 1994 р. Зокрема, в його ст. 15 зазначається, що будь-яке позначення чи комбінація позначень, за допомогою яких можна відрізнити товари і послуги одного підприємства від товарів і послуг іншого, можуть являти собою товарний знак [2]. При цьому, характеризуючи поняття ТМ у праві ЄС та в національному законодавстві країн-членів ЄС, слід зауважити, що національні ТМ у відносно нових державах-членах мають право паралельно співіснувати з ТМ ЄС, маючи свої особливості, проте нівелюючи ключові відмінності між ними та реформуючи чинне законодавство за принципами регулювання ТМ в рамках ЄС, що може породжувати проблему.

23 березня 2016 р. набрав чинності Регламент (ЄС) № 2015/2424 Європейського Парламенту та Ради [3], що вносить зміни до Регламенту про ТМ Союзу. Цей законодавчий акт впорядковує всі аспекти матеріального права в регулюванні ТМ. У своїй основі це право є ідентичним праву, що регулює відносини у сфері національних зареєстрованих знаків у кожній країні-члені ЄС, оскільки це право гармонізовано згідно з Першою Директивою. Єдність у застосуванні й тлумаченні всього комплексу законодавчих актів забезпечується рішеннями Суду ЄС.

Стаття 4 Регламенту про торговельну марку [3] надає визначення ТМ Співтовариства: будь-які знаки, що мають графічне зображення, за умови, що ці знаки слугують розрізненню товарів і послуг одного підприємства від

товарів і послуг інших підприємств. Це визначення супроводжується прикладами знаків, які відповідають двом вимогам – мати графічне зображення та розрізняльний характер: «слова, включно з особистими прізвищами, малюнки, літери, цифри, форма продукту та його упаковка». Це дуже широке визначення, яке дозволяє, зокрема, реєструвати марки об'ємних форм (наприклад, вид пляшки), звукові сигнали (наприклад, музичний мотив, ричання лева) й навіть нюхові знаки.

Аналіз розвитку правового регулювання використання та охорони ТМ в ЄС дає підстави стверджувати, що процес становлення наднаціональних норм у цій сфері є в цілому успішним. Основні принципи права ЄС щодо забезпечення обігу ТМ ЄС відповідають потребам й очікуванням міжнародного та національного бізнесу.

Регламент (ЄС) № 2015/2424 [3] змінює назву ТМ Співтовариства на ТМ ЄС. Головною відмінністю ТМ ЄС від національної ТМ у державах-членах ЄС є територіальне поширення її дії, тобто не обмеженість однією країною, а правове закріплення права на зареєстровану ТМ в усіх країнах ЄС.

Серед новел ЄС, що почали діяти з 1 жовтня 2017 р., також слід зазначити сертифікаційну марку ЄС. Сертифікаційна марка є новим видом ТМ на рівні ЄС, хоча вони існують декілька років у певних системах національного рівня в ЄС. Сертифікаційна марка ЄС визначається як така, що є «придатною для відрізнення товарів чи послуг, які сертифіковані власником знака стосовно матеріалу, способу виробництва товарів або виконання послуг, якості, точності чи інших характеристик, за винятком географічного походження, від товарів і послуг, які не є сертифікованими у такий спосіб».

По суті сертифікаційна марка ЄС стосується гарантії специфічних характеристик певних товарів і послуг. Це вказує на те, що товари і послуги з цією маркою відповідають певному стандарту, що викладений у правилах використання, та контролюються під відповідальність власника сертифікаційного знака, незалежно від ідентифікації підприємства, яке дійсно виробляє або надає відповідні товари та послуги й насправді використовує

сертифікаційний знак [4].

Регламент (ЄС) № 2015/2424 Європейського Парламенту та Ради, спрямований на спрощення процедур та підвищення правової визначеності, а також чітке визначення всіх завдань Відомства ЄС з питань інтелектуальної власності, включаючи рамки співпраці та зближення практики між Відомством і відповідними відомствами держав-членів. У результаті створено систему за принципом «те, що ви бачите, – це те, що ви отримаєте», що допомагає спростити реєстрацію та ідентифікацію ТМ [4].

Статтею 3 Регламенту (ЄС) № 2015/2424 встановлюються спеціальні правила та вимоги представлення найбільш поширених видів ТМ, включаючи деякі технічні вимоги, відповідно до специфіки та атрибутів певної ТМ.

Для розкриття змісту поняття ТМ та її функцій у праві ЄС окрім норм права слід також звернутись до теоретичних джерел. Аналіз наукової літератури підтверджує інтерес багатьох учених до цього поняття ТМ. Так, О. Піхурець (O. Pyhurets) визначає ТМ як марку (знак), яка відрізняє товари (послуги) одних осіб від однорідних товарів (послуг) інших осіб і призначена для реклами цих товарів (послуг) та полегшення споживачам вибору товарів (послуг) певної якості [5]. Вчений закладає в поняття ТМ як правового феномену, а також відображає родо-видові відносини й приналежність ТМ до категорії марок (або знаків).

Розгорнуте визначення ТМ надає О. Марушева: «... це позначення, яке представляє собою слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів та інші позначення (або їх комбінації), яке дозволяє відрізнити товари (послуги) одних суб'єктів (правоволодільців) від однорідних товарів (послуг) інших суб'єктів і щодо якого правоволодільцю надаються виключні права використовувати таке позначення, надавати третім особам дозвіл на використання позначення, а також перешкоджати його неправомірному використанню третіми особами» [6]. Вбачається, що дослідник зосередив увагу на необхідності додаткового закріплення прав на розпорядження торговельними марками, зокрема легітимність їх використання третіми особами.

Цікавим для аналізу є визначення ТМ, надане Ф. Котлером: «... ім'я, термін, знак, символ, малюнок або їх поєднання, призначені для ідентифікації товарів або послуг одного продавця або групи продавців і диференціації їх від товарів і послуг конкурентів» [7]. На думку автора, визначальною рисою є саме диференціація між ТМ та конкуренція як обов'язкові умови необхідності ТМ. За Ф. Котлером, марка включає до свого складу кілька елементів: марочне ім'я, марочний знак і товарний знак. Наприклад, у сучасних ринкових умовах товаровиробникові вочевидь недостатнім буде застосувати лише ім'я, знак та правовий захист у вигляді товарного знака, оскільки такі елементи не повною мірою зможуть розкрити властивості ТМ.

Таким чином, аналіз визначень ТМ, що містяться в літературі та нормативно-правових актах, дозволяє виокремити низку істотних ознак, що відрізняють її від інших засобів індивідуалізації та результатів інтелектуальної діяльності:

- а) нематеріальний характер;
- б) комерційна цінність;
- в) інформаційний зміст;
- г) розрізняльна здатність.

Вважаємо за необхідне додати до зазначених вище ще одну визначальну ознаку ТМ – її територіальний характер. Визнаючи права ТМ, кожна національна правова система ставила перед собою завдання створення відповідного закону, який був би здатним регулювати відносини щодо цих нематеріальних об'єктів, що «не знають кордонів» і можуть бути використані в різних місцях, причому одночасно. Отже, необхідно було ввести ідею локалізації, прив'язки до місця.

Критерій «прив'язка до місця» в юриспруденції традиційно виражається у формі «місце, де права реалізуються». Стосовно нематеріального об'єкта ним є місце, де діє право на нього. Одностайне прийняття такого правила правовими системами численних держав призвело до появи твердження, що права ТМ підлягають загальному принципу територіальності, відповідно до якого

національне законодавство діє лише на території, де діють повноваження законодавця. З цього випливають такі наслідки:

а) охорона, надана в одній державі, діє незалежно від охорони, що може існувати в іншій державі (принцип незалежності паралельних прав ТМ);

б) порушеннями прав вважаються лише дії, вчинені на тій території, де охорона цих прав гарантована державою.

Для того, щоб стати об'єктом правової охорони, ТМ, крім об'єктивних ознак, має відповідати умовам реєстрації.

Розглянемо детальніше таку засадничу ознаку ТМ, як її розрізняльна здатність. Німецька дослідниця професор Інституту інтелектуальної власності та конкурентного права Макса Планка А. Кур зауважує, що в Директиві № 89/104/ЄЕС про торговельні марки згадується про розрізняльну здатність ТМ, двічі та кожного разу їй надається різного значення. Про розрізняльну здатність, як про її абстрактну властивість, йдеться у визначенні ТМ (ст. 2), а як про конкретну, відносно конкретних товарів (послуг), – у ст. 3 [8, с. 152].

Позиція поділу розрізняльної здатності ТМ на абстрактну та конкретну неодноразово знаходила відбиття в судовій практиці країн-членів ЄС. Так, у рішенні Вищого адміністративного суду Польщі у справі товарного знака «Supermarket» ці дві категорії було чітко розмежовано. Зокрема, було наголошено, що абстрактна розрізняльна здатність має встановлюватись у відриві від товарів та послуг, які позначає ТМ, лише стосовно позначення як такого. Наявність абстрактної розрізняльної здатності, зокрема, означає, що ТМ має бути наділена можливістю легко та доступно, без зайвих інтелектуальних зусиль, сприйматися та запам'ятовуватися споживачами. Інакше кажучи, вона повинна мати здатність виступати носієм інформації, вказівкою на виробника, а тому сприйматися ними однозначно (цілісно) та не бути при цьому складовою товару (мати самодостатність). Лише наявність цих ознак дозволить пересічним споживачам у подальшому сприймати позначений такою ТМ конкретний товар і правильно асоціювати його з виробником. Лише тоді можна буде визначити, чи знак не вказує виключно на вид товару, його якість, призначення, тобто чи

має він розрізняльну здатність, тільки вже конкретну [9].

Доцільним є висновок Т. Демченко, що «розрізняльна здатність знака (...) завжди повинна визначатися виходячи із зв'язку: знак – позначуваний товар – зацікавлене товаром населення. Йдеться про те, що не можна зробити висновок про наявність чи відсутність розрізняльної здатності знака, розглядаючи останній незалежно від позначуваних ним товарів» [10, с. 50–51].

Приєднуємося до точки зору С. Савича, що абстрактна розрізняльна здатність – це властивість ТМ як позначення (знака, символу) вирізнятися на фоні будь-якого товару та сприйматися будь-якими особами. Конкретна розрізняльна здатність – це властивість ТМ вирізнятися на фоні конкретного позначеного нею товару (послуги) та сприйматися зацікавленими цим товаром (послугою) особами [9].

Отже, в результаті аналізу визначення ТМ в міжнародних нормативно-правових актах та законодавстві ЄС, розгляду її засадничих ознак нами сформований науковий погляд на ТМ як на умовне позначення, що має нематеріальний та територіальний характер, певну комерційну цінність у цивільному обороті, інформаційний зміст, абстрактну та конкретну розрізняльність, призначене для індивідуалізації товарів і відповідно до законодавства може бути зареєстроване як торговельна марка.

Розкриття змісту та призначення ТМ уявляється недостатньо повним без визначення її функцій. Слід відзначити, що ідентифікуючи товар певного виробника, ТМ виконує для виробників і споживачів різні функції. У науковій літературі, присвяченій дослідженню функцій ТМ, наводиться розмаїття функцій, притаманних ТМ. Традиційно визначальною функцією ТМ науковці визнають розрізняльну (розпізнавальну) функцію. Вона дозволяє відрізнити товари або послуги конкретної компанії від товарів і послуг конкуруючої компанії, зробити їх легко розпізнаваними й полегшити споживачеві вибір товарів та послуг.

Друга функція ТМ – інформативна, яка полягає у донесенні до споживача інформації про якість продукту або послуги, дозволяючи тим самим

споживачеві робити усвідомлений вибір. Більш того, коли споживач звикає до того, що продукти з певною ТМ задовольняють його потребам і вимогам до якості, він готовий купувати й інші товари тієї ж ТМ. Ця функція теж є дуже важливою, адже від її виконання залежить загальна цінність ТМ та репутація її правовласника. Інформативна функція ТМ тісно пов'язана з розрізняльною. У поєднанні вони можуть дати вичерпну інформацію як про виробника, так і про товар. Насамперед, марка є продовженням й інформативним різновидом фірмового найменування підприємця, виробника, продавця тощо [11, с. 84].

Третьою функцією ТМ є *рекламна*. Торговельна реклама являє собою ділову інформацію, яка допомагає покупцям вибирати потрібні товари. Добре відомий покупцеві товарний знак, який завоював довіру на ринку, створює його успішний збут, тобто реклама допомагає підприємствам продавати випущені товари або надані послуги. Рекламна функція ТМ надає товару поряд з інформаційною функцією якість популярності, роблячи його популярним серед споживачів.

Рекламна функція ТМ – це здатність сприяти здійсненню ефективної реклами товару й виступати безпосередньо як об'єктом реклами. Рекламоздатність ТМ – це здатність привертати увагу споживачів до маркованих нею товарів. Рекламоздатність включає низку ознак, які застосовуються одночасно. До них відносяться: новизна ідеї, асоціативність, естетичність, лаконічність, колір. Для того, щоб ТМ стала засобом реклами, вона повинна стати об'єктом реклами, тобто використовуватися в усіх своїх візуальних проявах.

Вважаємо, що рекламна функція ТМ виступає у двох аспектах: вона дозволяє споживачам дізнатися про товар, його характеристики, відрізнити його від інших аналогічних товарів, що створює певну перевагу для виробника; водночас рекламна функція може виступати як спосіб створення іміджу товару, показника його ексклюзивності.

Четвертою функцією ТМ є *охоронна*. Ця функція впливає з монопольного права на використання ТМ, яке гарантується її власникові. Ця

функція призначена для захисту продукції, яка випускається на зовнішній ринок і використовується в боротьбі проти недобросовісної конкуренції. Ефективному здійсненню цієї функції ТМ сприяє, передусім, її правова природа як на національному, так і на міжнародному рівнях. Слід зауважити, що охоронювану функцію можуть виконувати лише зареєстровані у встановленому порядку ТМ [11, с. 85].

П'ятою функцією ТМ є *гарантійна*, яка полягає в гарантії відповідної якості товару. Виконання цієї функції повною мірою можливе лише за умови постійного підвищення якості товару, його модернізації. Крім простої відмінності одного товару від іншого ТМ гарантує споживачеві певний набір корисних властивостей товару, його якість та репутацію на ринку. Ця функція ТМ дозволяє споживачам виправдано очікувати певні характеристики товару саме цього виробника, що й формує певну репутацію правовласника.

М. МакКенна вважає ТМ інструментарієм, за допомогою якого споживачі отримують достовірну інформацію, подібну до їх очікувань з приводу придбання того чи іншого товару. Це можливо, на його думку, за двома напрямками: по-перше, ТМ застерігають споживачів від покупки товарів, які вони не бажали купувати; по-друге, ТМ дозволяє споживачам повністю покладатися на достовірність тих чи інших позначень з метою зменшення витрат часу на вибір товару [12]. Функція гарантії якості сьогодні виходить на перший план також і у зв'язку з поширенням практики надання права використання ТМ (наприклад, за ліцензійним договором, договором комерційної концесії). У таких випадках ТМ вже не вказує на певного виробника, а стає штампом якості, властивої товарам, які виробляються правовласником ТМ, і якої дотримується користувач права.

І, нарешті, шостою важливою функцією ТМ є *психологічна*. Вона тісно пов'язана з гарантійною та рекламної функціями й полягає в тому, щоб створити у покупця переконаність у тому, що товар, який він купує, є найкращим за якістю й тим самим привернути увагу до цього товару.

Отже, розглянувши всі функції ТМ як засобу індивідуалізації товарів і

послуг, можна дійти висновку про те, що так само як ім'я людини ідентифікує й відрізняє її від інших людей, ТМ виконує основну функцію ідентифікації виробника продукту, відмінності певного продукту від безлічі інших, а також захищає виробника й споживача від підробок.

Проаналізувавши всі положення щодо функцій ТМ, є підстави вважати, що основною функцією ТМ є розрізняльна (розпізнавальна) функція, оскільки функціональне призначення ТМ саме в тому, що вона передовсім відрізняє певний товар, виокремлює його з числа однорідних, слугує засобом його ідентифікації, тобто відрізняє товар одного виробника від товару іншого. Натомість усі перелічені функції взаємопов'язані й тому, з практичних міркувань, вони завжди мають розглядатися комплексно.

Висновки. Ґрунтуючись на порівняльному аналізі різних визначень та характеристики істотних умов ТМ, вважаємо доцільним визначити ТМ як умовне позначення, яке має нематеріальний характер, являє певну комерційну цінність у цивільному обороті, має інформаційний зміст і призначене для індивідуалізації товарів, має абстрактну та конкретну розрізняльність, які відповідно до законодавства можуть бути зареєстровані як торговельні марки та мають територіальний характер.

Істотні ознаки, що відрізняють ТМ від інших засобів індивідуалізації та деяких результатів інтелектуальної діяльності: нематеріальний характер, комерційна цінність, інформаційний зміст, розрізняльна здатність, територіальний характер.

Сертифікаційна марка ЄС визначається як марка, яка є «... придатною для відрізнення товарів чи послуг, які сертифіковані власником знака стосовно матеріалу, способу виробництва товарів або виконання послуг, якості, точності чи інших характеристик, за винятком географічного походження, від товарів і послуг, які не є сертифікованими у такий спосіб».

Вважаємо, що саме сертифікаційна марка буде затребуваною і підприємцями, і споживачами, активно використовуватиметься з часом, тому що саме цей вид марки вказує на те, що товари і послуги, споряджені цією

маркою, відповідають певному стандарту, викладеному в правилах використання, та контролюються під відповідальність власника сертифікаційної марки.

Основна функція торговельної марки є розрізняльна (розпізнавальна) функція, тому що функціональне призначення торговельної марки саме в тому, що торговельна марка перш за все відрізняє певний товар, виділяє його з маси однорідних, служить засобом ідентифікації товару, тобто відрізняє товар одного виробника від товару іншого.

Усі перелічені функції – розрізняльна (розпізнавальна), інформативна, рекламна, охоронна, гарантійна, психологічна – є взаємопов'язаними й тому, з практичних міркувань, завжди повинні розглядатися комплексно. ТМ здійснюють захист не лише приватного інтересу, і й невизначеного кола осіб – споживачів, тому саме захист прав споживачів, на наш погляд, є найголовнішим її завданням. Тільки після того, як ТМ виконуватиме свої функції і права споживача будуть захищені, виробник товарів зможе отримати ту віддачу від інвестицій, які він вклав у свою ТМ.

Список літератури:

1. Перша Директива Ради від 21 грудня 1988 р. про наближення законодавства держав-членів, що стосується торговельних марок (89/10 4/ЄЕС) (ОВ L 040, 11.02.1989 р., с. 1). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_352 (дата звернення: 17.02.2018).
2. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності в межах світової організації торгівлі від 15.12.1993 р. (Угода TRIPS). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (дата звернення: 17.02.2018).
3. Регламент (ЄС) № 2015/2424 Європейського Парламенту та Ради. URL: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/legal_reform/regulation_20152424_en.pdf (дата звернення: 17.02.2018).
4. Горнісевич А. М. Деякі новели другого етапу реформи торговельної марки Європейського Союзу. *Інтелектуальна власність*. 2017. № 8. URL: <http://iii.ua/uk/fund/intelektualna-vlasnist-v-ukrayini-2017-po8> (дата звернення: 17.02.2018).
5. Піхурець О. В. Охорона права на торговельну марку (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2005. 203 с.
6. Марушева О. Г. Особливості визначення поняття торговельної марки. *Право і Безпека*. Харків, 2012. № 5. С. 214–217.
7. Kotler P., Jatusripitak S., Maesincee S. The Marketing of Nations: A Strategic Approach to Building National Wealth. NY: The Free Press, 1997. URL: <http://mobiload.info/the-marketing664838.pdf> (дата звернення: 17.02.2018).
8. Kur A. Fundamental concerns in the harmonization of trademark law. *Trademark Law and Theory. A Handbook of Contemporary research*. Edward Elgar Publishing Ltd, 2008. P. 151–177 (дата звернення: 17.02.2018).

9. Савич С. С. Розрізняльна здатність торговельної марки: до питання визначення поняття. *Історико-правовий часопис*. 2014. № 2. С. 69–74. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ipch_2014_2_16 (дата звернення: 17.02.2018).
10. Демченко Т. С. Проблеми гармонізації законодавства України про товарні знаки з міжнародно-правовими нормами: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 214 с.
11. Романадзе Л. Д. Поняття, функції та види торговельних марок. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 5 (55). С. 82–88.
12. McKenna Mark P. The Normative Foundations of trademark law. *Notre Dame Law Review*. 2007. Vol. 82, No. 5. P. 1846.

References:

1. Persha Dyrektyva Rady vid 21 hrudnia 1988 roku pro nablyzhennia zakonodavstva derzhav-chleniv, shcho stosuietsia torhovelnykh marok (2016) (89/10 4/IeEC) (OV L 040, 11.02.1989 r. s. 1). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_352 [in Ukrainian].
2. Uhoda pro torhovel'ni aspekty prav intelektual'noyi vlasnosti v mezhakh svitovoyi orhanizatsiyi torhivli. (1993). (Uhoda TRIPS). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018 [in Ukrainian].
3. Rehlament № 2015/2424 Yevropeys'koho Parlamentu ta Rady (2016): URL: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/legal_reform/regulation_20152424_en.pdf [in Ukrainian].
4. Hornisevych, A.M. (2017). Deyaki novely druhooho etapu reformy torhovel'noyi marky Yevropeys'koho Soyuzu. *Intelektual'na vlasnist'*, 8. URL: http://iii.ua/uk/fund/intelektualna-vlasnist-v-ukrayini-2017-no8web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/legal_reform/regulation_20152424_en.pdf [in Ukrainian].
5. Pikhurets', O.V. (2005). Okhorona prava na torhovel'nu marku (tsyvil'no-pravovyy aspekt): *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
6. Marusheva, O.H. (2012). Osoblyvosti vyznachennya ponyattya torhovel'noyi marky. *Pravo i Bezpeka*. Kharkiv, 5, 214–217 [in Ukrainian].
7. Kotler, P., Jatusripitak, S., Maesincee, S. (1997). The Marketing of Nations: A Strategic Approach to Building National Wealth. NY: The Free Press, URL: <http://mobiload.info/the-marketing664838.pdf>.
8. Kur, A. (2008). Fundamental concerns in the harmonization of trademark law. *Trademark Law and Theory. A Handbook of Contemporary research*. Edward Elgar Publishing Ltd, 151–177.
9. Savych, S.S. (2014). Rozriznyal'na zdattist' torhovel'noyi marky: do pytannya vyznachennya ponyattya. *Istoryko-pravovyy chasopys*, 2, 69–74. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ipch_2014_2_16 [in Ukrainian].
10. Demchenko, T.S. (2002). Problemy harmonizatsiyi zakonodavstva Ukrayiny pro tovarni znaky z mizhnarodno-pravovymy normamy: *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
11. Romanadze, L.D. (2010). Ponyattya, funktsiyi ta vydy torhovel'nykh marok. *Teoriya i praktyka intelektual'noyi vlasnosti – Theory And Practice of Intellectual Property*, 5 (55), 82–88 [in Ukrainian].
12. McKenna, Mark P. (2007). The Normative Foundations of trademark law. *Notre Dame Law Review*, vol. 82, 5, 1846.

Ярмак В. Ю. Понятие, признаки и функции торговой марки в праве Европейского Союза.

Статья посвящена правовому анализу и установлению особенностей определения понятия торговой марки в законодательстве Европейского Союза, в национальном законодательстве его государств-членов и в научной литературе. В результате исследования выделены существенные признаки торговой марки, отличающие ее от других средств индивидуализации и результатов интеллектуальной деятельности, а также исследованы функции торговой марки.

Ключевые слова: торговая марка; Европейский Союз; признаки торговой марки; функции торговой марки.

Yarmak V. V. The concept, features and functions of the trademark in the law of the European Union.

The article is devoted to the legal analysis and definition of the trademark definition in the national legislation of the European Union members, the notion of the trademark in the EU legislation and the scientific literature. As the result of the study the essential features of a trademark were found, distinguishing it from other means of individualization and the results of intellectual activity. The article examines the functions of the trademark.

Keywords: trademark; European Union; trademark signs; trademark features.

Надійшла до редколегії 23.02.2018 р.





THE LEGISLATIVE'S INQUIRY RIGHTS AHEAD OF CORRUPTION ERADICATION COMMISSION PERFORMANCE

Setyagama Azis,

PhD in Law,

*Associate Professor, Lecturer of Constitutional Law
at Law Faculty,*

Panca Marga University,

Probolinggo, East Java, Indonesia

e-mail: Setyagama.azis@gmail.com

This study proposed to disclose the legislative's Inquiry Rights ahead of corruption eradication commission (KPK) performance since many officials state are involved in corruption which includes the members of the Legislative Assembly (DPR). The inquiry rights appeal regarding the performance and budget management of KPK apparatus. It is appeal due to electronic identity card (E-KTP) case which involved members of legislative assembly. This study uses nominative approach pointing to the law No. 17/2014 concern with the MPR, DPR, DPRD and DPD and law No. 30/2002 concern with commission eradication corruption. In addition, it also uses the sociological approach in term of public response to The Legislative Assembly's inquiry rights appeal. This study revealed that the Inquiry right appealed by Legislative Assembly constitutionally was legal since it was one of the three right of legislative assembly. However, the inquiry right appealed by Legislative assembly regard with Id-card case potentially to hinder the KPK's performance to prevent any corruption act in Indonesia. Additionally, this appeal also creates pros and cons because the society does not in line with it.

Keywords: Inquiry rights; Legislative Assembly; KPK; Corruption act; E-KTP.

*Сетьягама Азіс, доктор філософії, доцент, викладач юридичного факультету, Університет Панча Марга, Східна Ява, Індонезія, м. Проболінго
e-mail: Setyagama.azis@gmail.com*

Конституційне право на проведення розслідувань Комісією по боротьбі з корупцією в Індонезії.

У статті зроблено спробу проаналізувати права Комісії по боротьбі з корупцією (КБК) з розслідування діяльності членів Законодавчих зборів Індонезії. Це викликано тим, що багато офіційних осіб заявляють про корупційні діяння, в яких підозрюються і члени Законодавчих зборів, і звертаються в апарат КБК із запитом про можливість участі останніх в управлінні бюджетом країни. Запит стосується також апеляції у зв'язку з використанням членами Законодавчих зборів при голосуванні електронного посвідчення особи. При аналізі використовувалися положення Закону № 17/2014 про Народний консультативний конгрес, Законодавчі збори, Раду регіональних представників і Раду народних представників, а також Закону № 30/2002 про Комісію по боротьбі з корупцією. Для вивчення громадської думки про право на апеляцію в Законодавчі збори використано результати соціологічного опитування. Дослідження показало, що право на розслідування, надане Законодавчими зборами, відповідно до Конституції є законним, оскільки воно

виступає одним із трьох прав Законодавчих зборів. Проте право проведення опитування про законність використання електронного посвідчення особи, розглянуте Законодавчими зборами, фактично перешкоджає виконанню КБК своїх обов'язків щодо запобігання будь-якого корупційного діяння в Індонезії. Крім того, проведення опитування також має свої плюси і мінуси, оскільки суспільство ще не готове цього.

Ключові слова: право на розслідування; законодавче зібрання; комісія по боротьбі з корупцією; корупційний акт; електронне посвідчення особи.

I. Introduction.

In the 1945 Constitution of Indonesia, it is mentioned that “To build a state government of Indonesia shall protect all Indonesian and their entire native land, and in order to improve the public welfare, to advance the intellectual life of the people and to contribute to the establishment of a world order based on freedom, abiding peace and social justice, the national independence of Indonesia shall be formulated into a constitution of the sovereign Republic of Indonesia which is based on the belief in the One and Only God, just and humanity, the unity of Indonesia, democracy guided by the inner wisdom of deliberations amongst representatives and the realization of social justice for all Indonesian”. Hence, it is necessary that the state apparatus is clean from colonialism, corruption, and nepotism (KKN), as a requirement to achieve the Indonesian nation welfare. Thus, it needs an institution that handles the problem of corruption. Responding that, Indonesia formed the institution named Corruption Eradication Commission (KPK). The Indonesia Law No. 30 2002 that the Corruption Eradication Commission is a juridical foundation of KPK institutions. The existence of this institution is to handle the problem of corruption optimally considering that other law enforcement agencies can not solve corruption in Indonesia.

The inquiry rights appealed by the Legislative Assembly (DPR) emerged because many DPR members are listed within some corruption acts. Therefore, the House seeks to take retaliatory action by appealing the DPR's inquiry rights toward KPK concerning law violation and authority abuse provided by Constitution. The use of this inquiry rights arises since the KPK rejected the request of the Legislative Assembly to record Miryam. S. Haryani case concerning money distribution to members of the DPR in the process of Electronic ID card budget (Radjab, 2018).

The DPR's inquiry right is basically an institutional right from the Law to investigate the misuse of law and government policy related to the important, strategic and broad-based impact on the life of the nation. However, the inquiry rights initiated by the house has raised pros and cons since KPK is still independent institutions that have the public's trust to eradicate corruption so far. The KPK position as an independent institution can not be supervised by the Parliament because it will hamper the process of law enforcement to eradicate corruption criminal acts.

On the other hand, some of those presume that KPK is a *Super Body* institution who has high authority which may be misused by its apparatus in capturing perpetrators of corruption. Thus, KPK needs supervision for its performance and the use of operational fund. This supervision includes the DPR oversight so that it has the right to file its inquiry right. The main issue is whether the position of the Commission entered as an executive or an independent institution can not be supervised by the Parliament.

Indeed, before the decision of the Constitutional Court, there has been no clarification on the position of KPK. KPK is included in the executive domain so that the DPR has the authority to conduct the supervision including the inquiry right against KPK. The authority of the Legislative Assembly to propose an inquiry rights does not exactly loosen KPK's authority to eradicate corruption in Indonesia. It instead strengthens KPK to eradicate corruption because the duty of the Legislative Assembly is also supervising.

II. Research Methodology.

The study uses a normative approach based on the juridical analysis based on Law No. 17/2014 concern with MPR (People's Consultative Assembly), DPR (Legislative Assembly), DPRD (Regional Legislative Assembly) and DPD (Regional Representatives Council) as well as Law no. 30 2002 concern with the Eradication of Corruption, which is previously defined normatively regarding the purpose of the establishment of the Corruption Eradication Commission (KPK), its duties and authorities dealing with the problem of corruption in Indonesia. This study also

applies sociological analysis where the existence of Eradication Commission institution is urgently formed considering Indonesia include as a corrupt country in the world.

III. Research Results and Discussion.

3.1. Legislative Assembly within the Presidential System.

The Legislative Assembly, in a presidential government system, functions as an institution that oversees the running of the government. The House only serves to supervise the president without being able to topple the president. In order for such supervision to work properly, the Parliament should have the right and functions guaranteed in the Constitution. Dirga, Wirawan and Purnomo (1985) set forth Some functions of the DPR:

1. Determining the policy and constructing laws. Legislative Assembly is granted an initiative right – the right to propose laws to the government rather than only the budgeting right to set state budget.

2. Controlling and supervising the Executive Assembly in term of maintaining the government's actions based on the policies established in the provisions of the legislation. To carry out this task, the Legislative Assembly has special rights guaranteed by law.

In a state administration system that embraces a presidential system, the legislature has the following functions:

- a. Legislative Function

In a modern state, the majority of legislative drafting is prepared and formulated by the executive assembly, while the parliamentarians discuss and make changes as necessary. In the process of legislation, the role of the municipal assembly committee is very small and the material concerned on the public interest. This is not surprising for in modern countries that the executive assembly is expected to play an active role in the state leadership for the welfare of society. The law produced by the legislature is not widely used because the legislative council has expertise lacks on what material should be regulated in law. Therefore, the law is dominated by the government or executive assembly because they have wider knowledge about their

respective field.

Concern with the balance of knowledge and skills of the legislature on the capabilities and expertise of the government, many countries use the experts to manage and help their Duties. It is need by the Legislative Assembly due to their right to make changes to the draft law on the state budget revenues fundamentally in the discussion of the budget law draft and the acceleration of state expenditure. Thus, the assistance of experts for members of the people's legislative assembly is needed (Dirga, Wirawan and Purnomo (1985).

b. Controlling functions

Since the authority possessed by the House of Representatives is limited, it is generally accepted that its function of oversight is the most important function of the people's legislature. The Legislative Assembly is obligated to oversee the course of government exercised by the government or the executive assembly based on the policies laid in the law. This supervision may be exercised by the rights already embedded in the legislature such as special supervisory rights, such as; the right to ask, interpellation rights, the right of inquiry, etc.

c. Function of Budget

The Legislative Assembly as the representative of the people can determine the income and expenditure of the state which is essentially the society's money. The use of public money for state expenditure are derived from foreign aid or loans and tax collection to the people as a source of state income. Regarding to taxes imposed on taxpayers as a contribution to the state, the Legislative Assembly is authorized by taxpayers for a wide range of tax policy issues as one source of state financing. Government expenditures for state expenditure should be accountable to the source of the people as taxpayers and the ultimate responsibility in case of mistakes and errors.

In fact, the people's legislature has the authority to revise and change the budget set by the government of the executive members. In many cases, the people's legislatures give approval to executive designs that are entirely part of the budget function of the people's legislature.

d. Function of Official Selection

In our constitutional system, after the New Order regime collapsed and passed on the reform Order, the election of certain state officials must get the approval of the people's legislature, indicating that the appointment of certain strategic state officials must obtain the consent of the people through their representatives of the people's councils. For example; the post of Supreme Court Justice, Chief Justice of the Supreme Court, Chief of Police, Commander of ABRI, etc.

e. Function of International Relations

The function of the People's Legislative Council in the field of international relations is to give approval to international agreements made by the government or the executive assembly. Parliamentary approval is required so that the contents of the treaty can be binding on all represented citizens. After the parliament has ratified international agreements by passing new legislation, the government is authorized to implement the international agreement (Napitupulu, 2007).

3.2. The Regulation for the use of DPR's inquiry right.

Supervision by the Legislative Assembly on the right attached to this institution is to carry out the running of government executed by the government or the executive body. The right of the Legislative Assembly in order to exercise oversight of the government's proceedings, among the following:

1. Right to Ask.

This right of inquiry is related to the right of the Legislative Assembly in terms of supervision to the government, by asking a question or inquiring government policy. In a country that embraces the parliamentary system, the role of the Legislative Assembly is enormous for all governmental or executive policies which are usually asked by the Legislative Assembly to avoid public attention to an event. The right to question the Legislative Assembly will be answered by the government through competent departments. In Indonesia, the right to ask to the Legislative Assembly has very little political effect because we do not embrace the parliamentary system in the implementation of the state, so the right of inquiring from the Legislative Assembly is not altogether against the government policy. This is because Indonesia embraces the presidential system.

2. Interpellation Rights.

Interpellation rights are the right of the Legislative Assembly to request information from the executive or government in the event that the government takes the policy of a particular field. The government is obliged to provide an explanation to the Legislative Assembly in a plenary session which Legislative Assembly on the positive and negative side of the government's explanation and ends by voting whether government policy is acceptable or rejected.

The right of Interpellation in the parliamentary system is a stepping stone to advance in a no-confidence motion that will end with the fall of the government and followed by the dissolution of parliament for re-election. On this no-confidence motion, the atmosphere of jabs and anxieties happen between the legislative and the executive assembly although the Legislative Assembly has the right of interpellation not to overthrow the government.

3. Inquiry rights (*Enguate*).

The inquiry right is the right of the legislative assembly members to conduct an independent inquiry into any field. To conduct an investigation into a particular area of government policy, the Legislative assembly established a committee in charge of investigating the policies of the government whose results were reported to members of the Legislative Assembly. After the members of the Legislative Assembly receive a report from the inquiry committee, the formulation of Legislative Assembly members' opinion regarding the government's policy should be considered by the Government. In Indonesia, the Legislative Assembly inquiry is regulated in the law, and the House inquiry right here is just a warning to the government to be careful to take wisdom without overthrowing the government because the system used in Indonesia is presidential government system in which the government or president can not be imposed by The Legislative Assembly.

The Inquiry right is the right of the Legislative Assembly (DPR) to investigate important and strategic government policies and to have a broad impact on the life of the people and the state that is suspected to be contrary to the prevailing laws and regulations. This provision is regulated by Law no. version 27, Paragraph 3 of 2009

concerning the Consultative Assembly, the Legislative Assembly, and the Regional Legislative Assembly, should explain the right to inquiry: "The right of the Legislative Assembly to investigate the implementation of a law and government policy regarding to the important, strategic, and broad impact on the society life, nation and state allegedly contrary to the laws and regulations ".

The polemic regarding the use of the Legislative inquiry right is addressed to an independent institution, the Corruption Eradication Commission (KPK), which is commissioned by law to eradicate corruption in Indonesia. So, it can be said that the Legislative Assembly intervenes the KPK's authority to eradicate corruption. This raises the opinion of pros and cons against the DPR inquiry right toward KPK.

Pros opinions on the right of inquiry have the following reasons:

1. KPK, as a super body institution whose broad authority is prone to be abused by its apparatus, so it is necessary to monitor the performance of KPK and the budget used. Due to its position as an independent institution, they arbitrarily set a person as a perpetrator of corruption by the presence of surveillance Right from the Legislative Assembly.

2. The Legislative Assembly can control over the implementation of the law, as a function of the legislator. The Parliament can assess whether the implementation of the law is appropriate or not even violate the provisions of the law itself.

3. The KPK is in the executive domain, so the DPR has the right to oversight through the DPR's right to inquiry. In the Indonesian state administration system, the KPK is included in the executive sphere as the government's supporter in the eradication of corruption. Thus, the DPR has the right to control over the KPK whose duties are independently performed.

4. The KPK and its operational institutions use the State Budget (APBN), so the DPR has the right to supervise the performance and use of funds from the State Budget. The DPR's position is very strong to control the state budget because it has authority to approve the budget proposed by the government. In Article 23 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia (NRI) of 1945 that the State Budget of Expenditure (APBN) is stipulated annually by law.

5. The existence of DPR inquiry right will better the KPK performance to eradicate corruption crime. KPK will be more careful in recruiting perpetrators of corruption by the supervision of the Legislative Assembly through its inquiry right.

Likewise, the cons opinion has different reasons as following points, are:

1. DPR will weaken KPK to eradicate corruption crime in Indonesia. The great authority in the law and the independence of this KPK will be torn apart by the inquiry right of the Legislative Assembly.

2. The DPR inquiry right is issued full of personal conflict interests because many members of Legislative Assembly are involved in corruption crimes, especially in E-ID card case which dragged the DPR chairman to suspect corruption, Miryam S Haryani. Thus, the DPR's inquiry right is not based on the general truth and the interests of the community but the interests of the members of the DPR itself.

3. The process of forming DPR's inquiry right toward KPK violates the law so that it is illegitimate based on Law no. 17 of 2014 on the MPR, DPR, DPD and DPRD, which stated in Article 20 Paragraph (2) contains provisions that the membership of the Parliament Inquiry Committee consists of all elements of the fraction in the House. The fact of the special committee formed for the DPR's right is that not all factions approved it.

4. The Legislative Assembly right of inquiry (*Pansus DPR*) takes an illogical action by asking the corruption prisoners for fundamental information based. By asking people who have dealt with the KPK to show that the House only saw from the side of ugliness. Likewise, the committee of the Special Committee of the Legislative Assembly only collects expert information from the pro-parties which weaken KPK, in other words. They consider that KPK has gone too far beyond its authority.

3.3. Weakening Corruption Eradication in Indonesia by Rights of Parliament Inquiry Existence.

As mentioned previously, the existence of Legislative Assembly inquiry right will weaken the KPK in eradicating corruption criminal acts in Indonesia. It will obstruct KPK to eradicate corruption in Indonesia. Actually, KPK has a noble task to

eradicate corruption in Indonesia because other institutions cannot work properly to combat corruption.

The problem of corruption in Indonesia has become a culture and plague that infected all lines of nation and state life. One of the efforts to overcome the disease of this nation is to establish a new state institution. The establishment of this institution aims to assist the implementation of tasks done by the state institutions which is less effective to eradicate corruption in Indonesia.

Actually, institutions that deal with corruption and other criminal cases have been long existed such as Police and General Attorney. Yet, the existence of these two institutions is less effective. The members are even involved in a corruption case. As an effort to achieve the clean state apparatus and the corruption eradication, the government needs to establish a new state institution that is the Corruption Eradication Commission (KPK) with the juridical foundation of Law no. 30/2002 regarding the Corruption Eradication Commission.

KPK has a noble purpose of combating corruption which is increasingly harmful to the mind of state apparatus, especially state officials who should provide an example to its citizens. Historically, KPK was born from an assumption that law enforcement by the Police and Prosecutor's Office is not working properly. The high number of corruption committed by state officials makes people lose confidence in the existing institutions which then stimulate the government to establish new state institution focusing on corruption eradication. KPK is a state institution established with the aim of improving the efficiency and effectiveness of efforts to eradicate corruption. It is independent and free from any influence of power to carry out its duties and authorities. In performing its duties, KPK is guided by five principles, such as: principles of legal certainty, openness, accountability, public interest, and proportionality. It is responsible to the public and submits its report periodically to the President, DPR and BPK.

IV. Conclusion.

The submission of the DPR's inquiry rights toward the KPK is the constitutional right of the Legislative Assembly in terms of supervising the execution

of the state conducted by the executive, in which the position of KPK is included in the executive domain so that it is included in the DPR's supervision, logically. However, KPK has an independent position to carry out its duty to eradicate the corruption in Indonesia. The existence of this inquiry right appeal regarding the performance of KPK is an intervention to law enforcement in the field of corruption. Thus, this appeal is considered as weakening the position of KPK to eradicate corruption in Indonesia.

V. Author Recommendations.

1. The position of independent KPK must be maintained by providing clear legal about the position of KPK through the establishment of legislation so that the KPK institutions cannot be intervened in terms of eradication of corruption in Indonesia
2. In order to these independent KPK institutions not to be abused by KPK officials, the recruitment of KPK members needs to be tightened and through a rigorous selection stage to obtain independent KPK officials, integrity and comrades against corruption eradication in Indonesia.

Bibliography

- Alatas, S.H. (1999). *Corruption and Destiny of Asia*. Malaysia: Simon and Schuster.
- Andi, H. (2011). *Eradication of Corruption through National and International Criminal Law*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Bagir, M., (2001). *The Development of Thought and Arrangement of Human Rights In Indonesia*. Bandung: Publisher PT Alumni.
- Creswell, J. (1994). *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*. London: Sage Publication Inc.
- Dirgha, I.G.A.N., Wirawan, T., & Purnomo. (1985). *Course Matrial of Constitutional Law*, Published By : Department of Law of State, Faculty of Law, Universitas Negeri Jember.
- Drehel, A and Christos, K. (2004). *Corruption-around the World: Evidence from a Structural Mode*.
- Hartanti, E. (2005). *Corruption Crime*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Ivon, R.V. *Urgency Revocation of Right to Public Occupation for Corruption Actors*, Journal of Law Faculty Brawijaya University, Malang.
- James M. H. (2010). *Sociology: A Down to Earth Approach*. Boston: Allyn & Bacon.
- Klitgard, R. (1998). *Eradicating Corruption*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Paiman Napitulu. (2007). *Series of Governmental Sciences Towards Representative Government*, Bandung: PT Alumni.
- Patrick, B et.a. (2004). *Understanding Local Level Conflict in Developing Countries: Theory, Evidence and Implication from Indonesia*. Social Development Papers, Paper No.19, Washington DC.
- Qamar, N. (2013). *Human Rights In Democratic Law Country (Human Rights In*

Demokratische Rechtsstaat). Jakarta: Sinar Grafika.

Rizky, A.I. (2013). Law, Human Rights and Democracy. Yogyakarta: Graha Ilmu.

Robert .K, et al. (2005). Corruption Eradication Guide In Local Government. Jakarta: Yayasan Obor.

Simanjuntak, B. (1981). Introduction to Criminology and Social Pantology. Jakarta: Tarsino.

Soemantri, S. (1993). State Institutions According to the 1945 Constitution. Ed. VII., Bandung: Citra Aditya Bakti.

Syamsuddin Radjab, DPR Parliamentary Questionnaire Against KPK A Critical Analysis, address: www.hukumonline.Com/berita/baca/lt5948e3, access dated 24 April 2018.

Yusti, P.R., (2005). Behind The Judge's Ruling: Legal Psychology Study In Criminal Case. Sidoarjo: Dieta Persada.

Wihoho, J., (2006). State institutions after the fourth amendment of the Constitution 1945. Surakarta: UNS Press

<http://wikidpr.org/news/kompas-koras-politik-439-koruptor-handled-kpk-76-them-dpr-and-dprd> accessed on February 10, 2018.

<http://www.indotesis.com/landasan-hukum-and-them-hack-space/#sthash.oj7eUbfF.dpuf>, accessed on 12 February 2018.

The 1945 State Constitution of the Indonesia Republic (UUD NRI 1945)

Law No. 27 of 2009 on MPR, DPR, DPD and DPRD.

Law No. 17 of 2014 on the MPR, DPR, DPD and DPRD.

Law No. 30 of 2002 on Corruption Eradication Commission.

Law No. 31 Year 1999 on the Eradication of Corruption.

Law No. 20 of 2001 on Amendment of Law No. 31 Year 1999 About the Eradication of Corruption.

Law No. 39 Year 1999 on Human Rights.

*Сетьягама Азис, доктор философии, доцент, преподаватель юридического факультета, Университет Панча Марга, Индонезия, Восточная Ява, г. Проболинго
e-mail: Setyagama.azis@gmail.com*

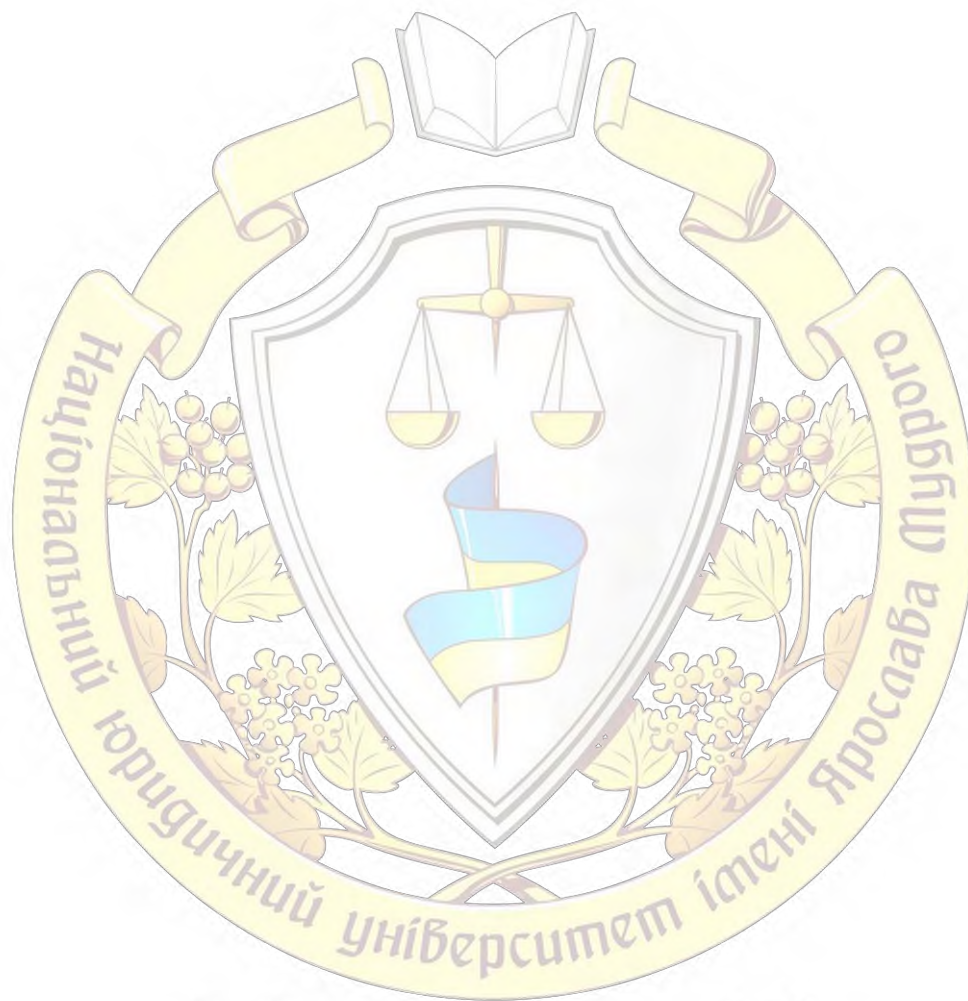
Конституционное право на проведение расследований Комиссией по борьбе с коррупцией в Индонезии.

В статье предпринята попытка проанализировать права Комиссии по борьбе с коррупцией (КБК) по расследованию деятельности членов Законодательного собрания Индонезии. Это вызвано тем, что многие официальные лица заявляют о коррупционных деяниях, в которых подозреваются и члены Законодательного собрания, и обращаются в аппарат КБК с запросом о праве их участия в управлении бюджетом страны. Запрос касается и апелляции в связи с использованием членами Законодательного собрания при голосовании электронного удостоверения личности. В ходе анализа использовались положения Закона № 17/2014 о Народном консультативном конгрессе, Законодательном собрании, Совете региональных представителей и Совете народных представителей, а также Закона № 30/2002 о Комиссии по борьбе с коррупцией. Для изучения общественного мнения о праве на апелляцию в Законодательное собрание использованы результаты социологического опроса. Исследование показало, что право на расследование, данное Законодательным собранием, согласно Конституции является законным, поскольку оно выступает одним из трех прав Законодательного собрания. Тем не менее, право проведения опроса о законности использования электронного удостоверения личности, рассмотренное Законодательным собранием, фактически препятствует выполнению КБК своих обязанностей по предотвращению любого коррупционного деяния в Индонезии. Кроме того, проведенный опрос также имеет свои плюсы и минусы, потому что общество еще не готово ему.

Ключевые слова: право на расследование; законодательное собрание; комиссия по

борьбе с коррупцией; коррупционный акт; электронное удостоверение личности.

Надійшла до редколегії 25.05.2018 р.





CHARACTERISTICS OF DEMOCRACY IN ESTABLISHMENT CONSTITUTION

Dodi Jaya Wardana,

*Head of Law Department,
Faculty of Legislation,
University of Muhammadiyah Gresik,
Indonesia, East Java, Randuagung
e-mail: dodijayawardana@umg.ac.id*

Instrument (tool) democracy in the legislation making process that can be implemented are information disclosure, public participation and complaint mechanism. In general instrument (tool) democracy in the legislation making process has been fulfilled but still in a limited scale, in the form of disclosure (information), public participation, and the complaint mechanism. The most dominaty of the instrument (tool) democracy in the legislation making process is Public Participation; Although the public participation are accommodated, but the problem involvement or participation is still more of a procedural nature and the artificial, yet touched on aspects of fundamental and substantial; In the second process of legislation making process, Public Participation are dominated by a particular group mobilization approach is more power and influence than any form of individual consciousness. Using theoretical models of participation of South Africa, then participation in Indonesia over the model called A Model of Public Participation Realism. According to this model, the participation of actors tend to do and dominated by interest groups and particural organizations. Here there is a tendency to understand the «public» in the context of limited on the grounds that the public as a whole may Numbert be involved in the process of legislation making process. Especially in the context of the formation of Horticulture Act, it is clear how participation is only carried out by groups or organizations exist of group interest organization.

Keywords: democracy; constitution; legislation making process; instrument (tool); information disclosure; complaint mechanism; public participation.

*Вардана Доді Джая, завідувач кафедри права, юридичний факультет, Університет Мухаммад Грешік, Індонезія, Східна Ява, м Рандуаганг
e-mail: dodijayawardana@umg.ac.id*

Характеристика демократичних інструментів реалізації конституційних норм в Індонезії.

У статті розглянуто теоретичні питання реалізації конституційних норм при підготовці й прийнятті законодавчих актів в Індонезії. Основними інструментами реалізації демократії є відкритий доступ громадськості до інформації в процесі підготовки й прийняття нормативно-правових актів та надання громадянам можливості подавати скарги й пропозиції до відповідних органів, які повинні реагувати на них в процесі їх підготовки і прийняття. Однак в цілому по країні такі інструменти використовуються все ще не в повній мірі. При цьому основним фундаментальним інструментом реалізації конституційних норм є гарантування

доступності інформації та свободи вираження громадянами своєї думки при підготовці і прийнятті законодавчих актів, яке існує хоча і формально, але як і раніше носить скоріше процедурний характер. Іншим інструментом є можливість використовувати механізм подачі скарг, що певною мірою має мобілізаційний характер, але робить значно більший психологічний вплив на свідомість громадськості, ніж будь-яка інша форма. На основі теоретичної моделі Південно-Африканської Республіки в Індонезії розроблено власну «Модель реалізації участі громадськості», по якій громадяни об'єднуються переважно в групи і приватні організації за інтересами, які виступають від імені всієї громадськості. Це означає, що громадськість в цілому може бути залучена в процес підготовки та прийняття нормативно-правових актів обмеженою спрямованості, як це було при підготовці Закону про садівництво, коли участь громадськості проявлялося у вигляді пропозицій окремих груп або організацій, що мають групову зацікавленість.

Ключові слова: демократія; конституція; розробка законодавства; інструмент; відкритий доступ до інформації; механізм подання скарг; участь громадськості.

Introduction.

The first amendment of the constitution of the republic of Indonesia, has changed the power of formulating laws, from what was originally held to the President, turned to the authority of the House of Representatives. Structuring the implementation of the legislative function of the House of Representatives, will certainly have an influence on the quality of law formation in Indonesia. Measures toward the formation of a higher quality law, part of an effort to support legal reform, have been realized through a national legislation program. Such improvement efforts involve the formation process (formal), as well as the regulated substance (material). Such a move is expected to provide assurance that the established legislation is able to accommodate rapid needs in the implementation of development.¹

The law is the legal basis under which all policies that the government will adopt.² The «legal policy» set forth in the law, becomes a means of social accounting, which contains the policy the government seeks to direct people to accept new values. As a form of embodiment of the provisions of Article 22 A (the result of the second amendment), which states that the procedure for the formation of law, hereinafter regulated by law, has been enacted Law Number 10 of 2004 as has been replaced by

¹ Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik, Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*, Jakarta: Rajawali Pers, 2011. h. 1.

² Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan Dan Kebijaksanaan Lingkungan Nasional (Edisi Ketiga)*, Surabaya: Airlangga University Press, 2005, h. 12.

Law Number 12 2011 on the Establishment of Legislation. There are several reasons, which may illustrate the significance of this law:

*First, the establishment of legislation is one of the conditions in the framework of the development of national law that can only be realized if supported by the methods and methods that are certain, standard and standards that bind all the institutions authorized to make laws and regulations. Second, to further improve the coordination and smoothness of the legislative process, the Republic of Indonesia as a law-based State needs to have rules on the establishment of legislation. And thirdly, as long as the provisions relating to the establishment of legislation are present in some laws and regulations that are longer in accordance with the law of the Republic of Indonesia.*³

Furthermore, in view of its substance, Law Number 12 of 2011 Number only regulates the procedure (formal process) of the formulation of the law, as stipulated in Article 22 A of the 1945 Constitution, but also on the rules of formulation of legislation, as the juridical foundation in making legislation, both at the central and regional levels. In addition, the law also regulates the system, principles, types and content of legislation, preparation, discussion and approval, promulgation and dissemination (socialization), and community participation (democracy) in the formation of substitute government law/regulation legislation, government regulations, presidential regulations, and local regulations.⁴

In relation to the process of law formation, both before and after the amendment of the 1945 Constitution, as well as before and after the enactment of Law Number 10 of 2004 as already amended by Law Number 12 Year 2011 on the Establishment of Laws and Regulations, the reality is still faced with various problems, either substantially, the technical juridical arrangement, or the implementation and enforcement of the law. The House of Representatives and the President as institutions authorized for the establishment of law, as well as the Regional Representatives Council for the matters

³ This provision is a consideration considering the letters a, b and c of Law Number 12 Year 2011 Concerning the Establishment of Laws and Regulations.

⁴ Yuliandri, *Op.Cit.*, h.3

pertaining to regional interests, are still faced with several problems.

In this connection it is important to see whether in this era of reform the state has really put forward the aspect of public participation in the formation of law and legislation in Indonesia, the public participation in the planning and discussion (law making process) is needed. Saifudin states that: Participation is a growing system in modern political systems.⁵ The provision of public space or the presence of community participation is an absolute demand for democratization.⁶

The quality of legislation products is largely determined by the process and mechanism of the preparation and discussion. In the process, the more intense and widespread community participation will result in improved and democratic and accommodative products of legislation to the interests of society. Therefore, it is necessary to have a standard level of public participation, both in terms of intensity, scope, media, and instruments of participation that are regulated comprehensively and in detail in the provisions of legislation on the formation of laws. Jimly Asshiddiqie states that: because people are basically sovereign in a democratic country, it is the people who have the right to determine the state policies which will be binding for all the people.⁷

There is often a draft law approved by the People's Legislative Assembly to become law, then passed and enacted by the President, but is immediately criticized sharply that the law needs to be revised. For example, to illustrate this, Law Number. 23 of 1997 on the Management of the Environment, immediately received a «verdict» of revision, immediately after it was enacted.⁸ Other issues can also be revealed, such as when the implementation of Law Number 22 of 1999 (later replaced by Law Number 32 of 2004 on Regional Government). At the beginning of the enactment of this law immediately reap criticism, because the emergence of juridical problems in its application. Example of the latest problem is Law Number 9 Year 2009 on Education

⁵ Saifudin, *Partisipasi Publik Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Yogyakarta: FH UII PRESS, h. 7.

⁶ *Ibid*

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Perih Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Pers, 2011. h. 22.

⁸ Yuliandri, *Op.Cit.*, h. 7.

Legal Entity (UU BHP) and Act of Social Organization, namely Law Number 17 of 2013 on Social Organization. At the beginning of the enactment of this law also immediately reap criticism, because the emergence of juridical problems in its application.

On another occasion, the president also reap criticism. As a result of his «weak» position in the legislation process, after the constitutional amendment, it seems that at some point the president is reluctant to put his signature on a bill already approved by the House of Representatives. For example there are five laws that are Number signed by the president, namely:⁹

1. *Law Number 18 of 2003 regarding Advocate Profession.*
2. *Law Numbre25 of 2002 on Riau Islands.*
3. *Law Number 32 of 2002 on Broadcasting.*
4. *Law Number 17 of 2003 on State Finances.*
5. *Law Number 21 on the Endorsement of the ILO Convention Number 81 concerning Labor Inspection in Industry and Commerce (ILO Convention Numbre 81 on Labor Inspection in Industry and Commerce).*

Although such mechanisms are regulated in the 1945 Constitution, but as a consequence of a joint discussion between the president and the House of Representatives, in a plenary session of the House of Representatives, the president has no reason not to endorse an approved Bill. As a result, the law was forced to be put into the Gazette without the approval or signature of the president, in relation to the president who has no veto rights over the law.

Given the various conditions and legal issues that arise after a law is established and declared effective, it may be necessary to develop an integrated regulatory plan, between various similar laws, as well as with other interrelated legislation.

The various phenomena above illustrate that, the formation of law is not only limited to carry out formal process and based on the principles of the establishment of

⁹ Mechanism of Discussion of Laws in the New Legislature. <http://www.> Retrieved on December 21, 2017.

good legislation, but also must consider the existence of public participation in the process of formation of the Act, so the quality of legislation which is formed more democratic and in accordance with the desired.

For this reason the topic of democratic characteristics in the formation of legislation is worthy of study. The study focused on the issue of 1). What form of democratic instrument in the formation of law? 2). Whether in the process of formulating the law has fulfilled the instruments of democracy?

This study is a normative legal study conducted through literature study or library research, using conceptual approach and statute approach. The legal materials used are primary, tertiary, and secondary legal materials.

Discussion.

A. Democratic Instruments in the Formation of the Act.

In explaining the instruments of democracy in the formation of laws, a question arises why in the formation of a law must be democratic? The answer of that question is the policy formed by the government together with the Parliament which set forth in the form of legislation governing the life of the community whose validity is general and widespread that the object of the application of the content or substance of the law is the community. Since the enforceability of the law made by the government is generally applicable and widespread and its content or substance regulates the community, it is therefore necessary to involve the participation of the community to participate in the establishment of legislation in the following manner: (1). Information Disclosure; (2). Society participation; (3). Mechanism of Objection.

1. Information Disclosure.

Disclosure consists of guarantees of information disclosure, accountability, consensus and also freedom of expression.

1.1. Guarantees of Information Disclosure.

Involvement and participation in the legislative process requires access and opportunities that are legally formalized to the public to obtain information about

everything that happens within the parliament, especially with regard to law-making activities. Availability and access to information and community involvement in the legislation process are two interrelated issues. Decision-making in parliament is basically formally conducted in trials, therefore access to attend sessions (meetings) is an important key to community participation. This means that public hearings are an important part of the effort to create an accountable and transparent parliament. In addition, access to court proceedings, trial treaties and various public information forms the basis for broader parliamentary transparency. Thus, the guarantee of public information disclosure, the granting of access to the court and the willingness to pay attention to public inputs become the minimal preconditions for the involvement of the people in the process of legislation.

The constitution of the Republic Indonesia Article 28F provides citizens with constitutional guarantees for public information. Mentioned in the constitution that:

each person shall have the right to communicate and obtain information to develop his or her personal and social environment. They also have the right to search, obtain, possess, and store information using any available channel types.¹⁰

Human rights guarantee in the constitution of the Republic of Indonesia is a mandate to the Government and the House of Representatives to elaborate it further in various implementing legislation in order to become operative.

Therefore, all information produced and about the administration of the government belongs to the people as a mandate. It is therefore appropriate that information about activities funded with public funds be public information as well. This is the basis for the principle that public information is open and accessible.

Mas Achmad Santosa¹¹ states that an open government requires guarantees on five issues, namely: (i) the right to monitor the behavior of public officials in carrying

¹⁰ The above description is the sound of the provisions of the Constitution of the Republic of Indonesia Article 28F.

¹¹ Annotation of Law Number 14 Year 2008 on Transparency of Public Information First Edition of the Central Information Commission of the Republic of Indonesia In cooperation with the Indonesian Center for Environmental Law (ICEL). h. 5. [http:// www.](http://www.) Retrieved on December 2017.

out its public role; (ii) the right to obtain information; (iii) the right to engage and participate in the process of public policy formation; (iv) freedom of expression which, among other things, is manifested in the freedom of the press; and (v) the right to object to the rejection of all four prior rights. Guarantee of involvement in the making of the Act is not only given to individuals / groups but also the mass media.

1.2. Accountability.

The issue of accountability in the formation of a law is an inseparable requirement to create Good Governance through the product of the law in the context of the administration of the State.

With regard to this accountability, Starling provides the definition of accountability is as follows:

*A good synonym for the term accountability is answerability. An organization must be answerable to someone outside itself. When things go wrong, someone must be held responsible. Unfortunately, a frequently heard charge is that government is faceless and that, consequently, affixing blame is difficult.*¹²

From the above formulation, Starling asserts that accountability is a willingness to answer public questions.¹³ Public questions in the context of accountability imply a liability to various policies and public services. Thus, this accountability is a Condition Sine Quanon for an official¹⁴ or an office environment¹⁵ in a democratic State. For, in essence, the power inherent in a position or an office environment in a democratic country is from the people, by the people, to the people and run with the people.

On the basis of the above understanding, it is related to this question of accountability. Jimly Asshiddiqie discloses 7 kinds of accountability concepts of a public office, namely: (1) spiritual accountability, is a form of accountability committed

¹² Starling was quoted by Kumorotomo in the accountability of the public bureaucracy: a sketch of the transitional period in saifudin, *Ibid.*, h. 69.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Officials shl be persons entrusted with the position of the State to act as the duties and functions of the State which shl account for its powers individually, such as the President, Vice President, Minister, Governor, Regent, etc.

¹⁵ The office environment is a work environment consisting of State officials performing the duties and functions of the State and shl be accountable collectively on behf of the institution, for example: the People's Consultative Assembly, the People's Legislative Assembly, the Regional Representative Council and the judiciary.

in the context of one's religious beliefs; (2) ethic accountability, is a form of moral responsibility in performing office duties and public office environment; (3) legal accountability, is a form of accountability viewed from the legal aspect; (4) public accountability, is a form of accountability as a consequence of the existence of a democratic system adopted in a country; (5) financial accountability, is a form of liability related to finance; (6) administrative accountability, is a form of liability relating to administrative technical matters; and (7) professional accountability, is a form of accountability related to professionalism in performing its duties and functions as a state official or state official in the administration of the State.¹⁶

Furthermore, the establishment of a law is an important step in a State which will place the supremacy of the law with The constitution of the Republic Indonesia as its foundation. Based on this law, there will be various laws and regulations as a further implementer in the administration. The emergence of these laws and regulations shall not be contrary to the law used as the legal basis.

A law occupies a strategic position in governance. The formation of legislation must be accountable to the public in order to create good legislation. The formation of legislation should be done in a transparent, participatory, and accountable manner so that it can be evaluated by the community. The formation of legislation through transparent, participatory and accountable processes is in turn expected to result in laws that are just, obeyed and provide legal certainty. Through the establishment of good legislation, the arrangement of community life, nation and state will lead to the creation of a clean government that is effective government plus Numbern aburies decision-making: governance by rule, accountability, transparency and participation.¹⁷ Thus, the issue of accountability in the formation of a law is a necessary way to produce an ideal law product.

The holders of legislative powers do have the authority to enact legislation in

¹⁶ Jimly Assiddiqie dalam Saifudin, partisipasi publik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. *Ibid.*

¹⁷ Robert B Seidman, *Legislative Drafting For Democratis Social Change* dalam Saifudin, h. 71.

accordance with the provisions given by the constitution. thus the legislative power holder basically has the freedom to make the law as he wishes. However, in a democratic State accountability in the formation of this law is very important, given that in the end the people will be affected by the enactment of a law.

1.3. Consensus.

In the discussion of consensus or agreement it is related to the existence of «agreement» of the people to carry out the obligations and bear the consequences caused by the relevant legislation. This is because the establishment of legislation should be regarded as a first step towards achieving the goals agreed upon by the government and the people. As suggested by A. Hamid S. Attamimi, the establishment of legislation should be considered as a first step towards achieving goals «mutually agreed upon» by the government and the people.¹⁸ In such a sense, the consensus should involve the community in the process of preparing and discussing the draft law to be drafted, so that the desired objectives can be achieved.¹⁹

Furthermore, A. Hamid S. Attamimi also said that, in Indonesia the consensus can be realized with:

«good planning, clear, and open, known to the people about the consequences that will arise and the background and goals to be achieved. It can also be done by spreading the draft laws to the public before its formation. Of course, in addition, if the legislation in question is a law, its deliberations in the House of Representatives can be done by involving as many people as possible through institutions with opinions that we have long had».²⁰

1.4. Freedom of Expression.

Discussion on freedom of expression, related to public freedom in participating in the process of formulating legislation. The way that can be done in participating is poured in the form of freedom of opinion is through 2 (two) ways that is by formal and

¹⁸ A Hamid S Attamimi dalam Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013. h. 286.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ A Hamid S Attamimi dalam Yuliandri, *Op.Cit.*, h. 146-147.

formal Numbern. Formal means official means in other words there are certain rules that must be obeyed and not free, whereas formal Numbern is not official generally though there are no rules that are too intriguing, but still there are limits. Then the community can participate in a formal (formal) way through: the delivery of alternative draft laws. While the formal Numbern way is: a). Demonstration (demo). (b) Proposals and inputs through print media; and (c) Proposals and inputs through electronic media. Formal and informal means undertaken by the community to participate above in the process of formulation of the legislation will be described further below:

- **Formal Way (official)**

- Submission of Alternative Draft Law**

The participation of the community in the form of submission of the Alternative Draft Law can be made by the community by drafting the Alternative Bill when the Draft Law being discussed in the legislative body has not been or is not even aspirational to the interests of the wider community. The drafting of the alternative law is done by following the format as stipulated in the Law of Number 12 Year 2011 on the Establishment of Laws and Regulations. Submission of this Alternative Draft Law should be made in the early stages of the discussion of the Draft Law in the legislative body, ie, simultaneously with the submission of a Draft Law to the House of Representatives by both the Government and the Parliament itself. For, if the submission of the new alternative law is proposed mid or even at the end of the discussion of a Draft Law, then the objective of the proposed alternative Bill will not be effective in influencing the discussion of a Draft Law.

- **No Formal Way (Informal)**

Public participation by informal means can be done through: a). Demonstration. (b) Proposals and inputs through print media; and (c) Proposals and inputs through electronic media.

- a. Demonstration**

Community participation in the form of demonstration can be done by the

community in order to support, reject or suppress the material being discussed in the process of forming the law. However, the influence of this demonstration will be more successful in influencing the legislature if it is carried out by the people directly concerned, with a large and continuous number. This demonstration is an expression of the individual's freedom of citizens for their interests which will be regulated in a law. So, this demonstration can not only be regarded as a wind and in the process of forming the law.

b. Proposals And Inputs Through Print Media

Public participation in the form of suggestions and input through print media can be done by the public by making an opinion on a problem being discussed in the legislative body. This public opinion can be articles, press conferences, interviews, statements, or news headlines from newspapers and magazines. Public participation through the print media is widely done by the community, because the way is relatively practical when compared with other forms of community participation. This means that the perpetrators of community participation will not lose much time to do so.

However, the form of public participation through this print media, has a weak side of the opinion submitted is not necessarily up to the hands of authorities to discuss a Draft Law. Therefore, in addition to submitted to the print media should be sent to the House of Representatives either through the post or email so directly accepted by the completeness of the House of Representatives which was discussing a Draft Law.

c. Proposals And Inputs Through Electronic Media

Public participation in the form of input through electronic media can be done by the community by creating a dialogue by presenting competent resource persons to a problem being discussed in the legislature. Dialogue through electronic media has a wide range and can encourage people to participate in discussing issues that concern the wider community. Therefore, public participation in the form of electronic media needs to be encouraged in the process of formulating the law so that it will awaken the public about the rights and obligations that will be regulated in the law.

2. Public Participation.

Community participation is defined as the participation of the community, either individually or in groups, actively in the determination of public policy or legislation.²¹ As a concept developed in the modern political system, participation is a space for people to negotiate in the process of policy formulation, especially those that directly impact people's lives. Saifudin states that: Participation is a growing system in modern political systems.²² The provision of public space or the presence of community participation is an absolute demand for democratization.²³ Saldi Isra in his book entitled the shifting function of legislation states that, community participation is defined as the participation of the community, both individually and in groups, actively in the determination of public policy or legislation.²⁴

Mas Achmad Santosa further states that participatory public decision making is useful in order that the decisions truly reflect the needs, interests and desires of the wider community.²⁵ Associated with the formulation of legislation, while giving space to the public to know early possible the implications of the formulation of legislation, public participation is needed to ensure that the interests of the community are not ignored by legislators.

In connection with Yuliandri's public participation by citing the opinions of Samuel P. Huntington and Joan M. Nelson states that: public participation becomes one of the tools in pouring the values that evolve in society to be poured in a regulation.²⁶

Lothar Gundling presents several reasons for the need for public participation in the preparation of a policy, that is:²⁷

1. *informing the administration;*
2. *increasing the readiness of the public to accept decisions;*

²¹ Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Op.Cit., h. 282. Dapat juga dibaca pada ulasan mingguan PSHK Desember 2004 minggu kedua, www.parlemen.net, diakses pada tanggal 12 Januari 2014.

²² Saifudin, *Partisipasi Publik Dalam Pembentukan...Op.Cit.*, h.8.

²³ *Ibid.*

²⁴ Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Op.Cit, 2013. h. 282.

²⁵ Mas Achmad Santosa dalam Saldi Isra, *Ibid.*, h 282.

²⁶ Yuliandri, *Op.Cit.*, h. 187.

²⁷ Lothar Gundling dalam Yuliandri, *Ibid.*, h. 188.

3. *supplementing judicial protection;*
4. *democratizing decision-making.*

Community involvement in the drafting of the Law covered under the meaning of transparency and accountability is that the decision-making process is conducted openly, where the argument of consent or claims on a plan of the Act is conducted in consultation and with the public's knowledge. Furthermore, the existence of community participation has led to a prolonged debate between two opposing and pro-democratic groups with community participation. According to R.B.Gibson, the disagreeing group survives on the basis of elite democracy theory which, while agreeing to community participation, survives on the basis of participatory democracy,²⁸

In view of elite democracy theory explains that:

“the scope of democracy is limited to citizens' participation in free and fair elections to fill political positions in government and legislatures. If citizens have exercised their right to vote in free and fair elections, then onward citizens entrust the governance to those elected, while the task of government oversight is done by those elected to the legislature. The democratic elite theory prioritizes the stability and authority of the government. It is the duty of members of the legislature to oversee, that the government in making policy and administrative decisions do not deviate from the public interest of the voters. Limited participation in the view of elite democracy theory is based on the assumption that citizens tend to think themselves (selfish) in order to meet the satisfaction (satisfaction) himself so that in society there are often differences in interests that can cause social disturbance. Therefore, it is the government that has the legitimacy to act on behalf of the community and avoid conflict of demands and instability of the community.”²⁹

Robert B. Gibson adds that, supporters of the theory of elite democracy survive on the basic assumptions, people tend to think more of themselves so often there are

²⁸R.B.Gibson dalam Saldi Isra, *Op.Cit.*, h. 283.

²⁹*Ibid*, h. 189.

differences of interests that can lead to conflict.³⁰

In contrast to elite democracy, proponents of participatory theory of democracy, judging importance in terms of the existence of community participation, suggesting that:

*«The citizens both individually and in groups, are not merely consumer of satisfaction, but require opportunities and encouragement for self-expression and development. According to the followers of the theory of participatory democracy, it is assumed that citizens of each other are always in a state of conflict of interest, but instead view that the essence of the human personality is complementary in collective life so that each other able to harmonize individual interests with the common interest (sosiall interest) through acceptable means. According to followers of the democratic theory of participation, the essence of democracy is to ensure that decisions are made by the government by including citizens who may be affected by those decisions. Therefore, the notion of democracy is to encourage participation in making decisions that affect their lives. Thus, this theory not only wants to bring about democratic governance, but also democratic societies».*³¹

Bagir Manan put forward several ways community participation can be done with:

- 1. to include in a team of experts or working groups;*
- 2. conducting public hearings or inviting in meetings;*
- 3. perform valid test to certain parties to get response;*
- 4. undertake workshops before being formally discussed on the board;*
- 5. publish regulations to get public feedback.*³²

Furthermore, according to the theory put forward by Sherry R. Arnstein is the theory of «Ladder Arnstein» which is characteristic of public participation (democracy), in the ladder is loaded with meaning. There are eight steps, symbolizing the eight levels

³⁰ *Ibid*

³¹ Yuliandri, *Ibid.*, h. 189

³² Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta: Pusat Studi Hukum (PSH) Fakultas Hukum UII Yogyakarta, 2004, h. 85

of public participation. Arnstein named him, The Ladder of Citizen Participation or popular with The Arnstein's Ladder (Stair Arnstein).

Arnstein classifies the eight steps into three parts in the form of a ladder of participation in that order:³³

1	Citizen Control	Degree of citizen power
2	Delegated Power	
3	Partnership	
4	Placation	Degree of tokenism
5	Consultation	
6	Informing	
7	Therapy	Numbern participation
8	Manipulating	

The lowest stairs represent non-participation conditions, including: (1) manipulation and (2) therapy. Then followed by stairs (3) informing, (4) consultation, and (5) placation, where the three ladders are described as tokenism levels. Tokenisme can be interpreted as a conscious policy, in the form of superficial efforts or a symbolic action in the achievement of a goal. So simply abort a mere obligation and not a genuine effort to engage society in a meaningful way. The next ladder is (6) partnership, (7) delegated power, and (8) citizen control. The last three ladders illustrate a change in the balance of power that Arnstein considered a real form of community participation.³⁴

3. Mechanism of Objection.

The discussion on the mechanism of the objection, in relation to the form or steps that can be taken by the public against the objection or dissatisfaction of the public to the presence of a law made by the government together with the People's Legislative Assembly and enacted by the government in the State Gazette. The objection mechanism that can be done by the community is by: (a) a protest against the presence of a new law; and (b) demands for judicial review of the law.

3.1. Demonstration Against the Presence of the New Law.

The existence of a new law can be addressed by a variety of people, because it is

³³ Menaiki Tangga Arnstein Menata Partisipasi Publik Yang Ideal. <http://www.> diakses pada tanggal 20 Desember 2017. Baca juga Hendra Karianga, *Politik Hukum Dalam Pengelolaan Keuangan Daerah*, Jakarta: Prenada, 2013. h. 166.

³⁴ *Ibid.*

very possible with the new law that is not solve the problem, but it creates new social problems in society. That attitude can be either support or rejection of the birth of a new law embodied by the demonstration. Unfortunately, however, the protests against the new law were aimed at a new law rather than supporting the emergence of new legislation. In fact, protests can also be made against the existence of new laws in accordance with the wishes of the community. Therefore, this demonstration is a form of public participation in the process of forming laws, especially protests that refuse because it will encourage refinement or replacement with a better law.³⁵

3.2. Demand of Testing Against the Act.

A law that has been produced by the legislature and has been ratified by the President and contained in the gazette of the state has binding and valid power applicable in the community. For people who have not or are not satisfied with the birth of a law can make a petition for judicial review of the law.

The existence of a judicial review of the law is intended in order to maintain the constitutional standing of the abuse of power from the legislative organs. For, the law is made by the legislative body which is a political institution and therefore inevitably can be loaded with political interests in it.

Thus, the demand for judicial review of the law is the right of the community to be guaranteed in realizing the participation of the community in the process of forming the law. It is necessary to have institutions that are consistently given the authority to conduct material judicial review of legislation products that are perceived to be detrimental to society, and the idea for this material test basically existed since the formulation of the Constitution of the Republic of Indonesia.

Along with the opening of the tap of democracy and the increasing of public participation in the reform era in regulating the constitution of constitutional life, the petition for judicial review or the judicial review of the law is allegedly contradictory to

³⁵ As an example of this rejected demonstration is the rejection of Law No. 25 of 1997 on Manpower rejected by labor because it is not in accordance with the aspirations of labor and subsequently replaced by Act No. 13 of 2003 on Manpower. See also demonstrations of rejection of hazardous state legislation failing to be passed as law by the president.

the Constitution of the Republic of Indonesia's Republic of Indonesia Constitution Court and the examination of laws and regulations under the law, the law is allegedly contrary to the law then its testing by the Supreme Court³⁶ experienced a significant increase.

B. Formation of the Act According to Democratic Instruments.

In the previous explanation it has been explained that the instruments of democracy in the formulation of the law are characterized by the disclosure of information, the participation of the community, and the mechanism of objection. To find out in this study the authors will review 2 (two) laws as an example that the two laws have met the instruments of democracy. The laws that will be the author of review in this study is law number 44 of 2008 on Pornography and Act Number 13 of 2010 on Horticulture. The reason the authors review the two laws in this study, because the process of formation of the law is a lot of controversy in the sense that there is a pro and there is a counter to the legislation in the two laws in the community.

1. Information Disclosure, Community Participation and Objection Mechanism in the Establishment of Law Number 44 Year 2008 on Pornography.

In the process of formulating Law Number 44 Year 2008 on Pornography there are various elements of society both individually and in groups who convey their aspirations to influence the process of public policy making in representative institutions. The attitude of this society can be support, rejection and input to a Draft Law. Community support is an attitude agreed with the steps taken by political parties in fighting for their aspirations in a law. The rejection of society is a disagreement toward the existence of a law because it is not in accordance with the aspirations that it wants. Meanwhile, community input is a variety of ideas contributed in order to improve and perfect a Draft Law.

³⁶ The above provision is the sound of Article 9 of Law No. 12 of 2011 on the Establishment of Legislation.

Table 1: Participants Category of Institutions / Social Organizations³⁷

Number	Group	Community Organization
1	Religion	Indonesian Ulema Council, Church Fellowship Indonesia, Walubi Conference, and the Islamic Defenders Front
2	Womens Organizations	Head of Muslimat Center, Nasyyatul Aisyiah, Nahdlatul Ulama (NU), Muslim Women and Mualim
3	Profession	Association of Indonesian Film Artists, Association of Private Television Companies Indonesia and Malay Artist Association of Indonesia
4	Institution	Indonesian Broadcasting Commission and Union of Journalists Indonesia

Table 2: Individual Category Participants³⁸

Number	Name of Artist	Number	Name of artist
1	Titik Puspa	11	Darwis Triadi
2	Anwar Fuadi	12	Dappi Lingga
3	Anjasmara	13	Meggy Z
4	Inul Daratista	14	Faizal Dath
5	Annisa Bahar	15	Cici Paramida
6	Ira Swara	16	Jaja Mihardja
7	Uut permatasari	17	Hetty Sundjaya
8	Dewi Perssik	18	Mansyur S
9	Sarah Azhari	19	Siti KDI
10	Fitriah Alvy	20	Venty Numberor

Outside of the Public Hearings forum on the special committee of the House of People's Representatives, there are also various community actions (mechanisms of objection marked by demonstrations) which are broadly divided into two, namely those supporting the establishment of the Pornography Act and those opposed or denied the establishment of the Pornography Act. In terms of groups that support the Pornography Act, there are at least 4 actions, namely: 1). The Action of Million People; 2). Support from 12 organizations; 3). Surabaya Women's Coalition Support the Pornography Act;

³⁷ Minutes of the Draft Law on Pornography and Fornoaction

³⁸ Minutes of the Draft Law on Pornography and Fornoaction

4). Indonesian Ulema Council.³⁹ Meanwhile, from the refuse camp, there are at least 4 major actions, namely: 1). Events of the Thousand Tayub title; 2). Cultural Carnival; 3). Society of Unity in Diversity; and 4). Pancasila our home.⁴⁰

2.2. Disclosure of Information, Community Participation and Mechanism of Objection in the Establishment of Law Number 13 Year 2010 on Horticulture

Table 15: Parties of Participants and Stages of Horticulture Law Establishment.⁴¹

Parties of Participants	Stages	Forms And Instruments Participation
Academics, Higher Education, Local Government, and Observer / Expert	Legal Development Plan, The national legislation program, classification and harmonization, synchronization and socialization, preparation of manuscripts, Stipulation and Dissemination, Preparation and Preparation of Academic Paper, Formulation Draft Laws and Harmonies, Rounding and Stabilization of Design Conceptions	Lobby, Proposed Draft of Law and Media Opinion.
Association of Citizens Academics, Higher Education Local government Foundation, Non Governmental Organization, Observer / Expert	Level 1 discussion through Commission Meetings, Joint Meetings Commission Meeting of Legislation Body, Budget Agency Meeting, Then proceed with Level II Talks, namely the Plenary Session of the House of Representatives.	Material proposal, Public Hearing Meeting, Receiving Visits Work, and Media Opinion
Government (President / Minister) Observer/Expert Foundation/Non Governmental Organization.	Phase of Legalization and Promulgation	Government Coordination, Dissemination, Socialization with stakeholders

³⁹ Action groups that support the Pornography Act, <http://www>. Retrieved on December 21, 2017

⁴⁰ Rejection Action Against the Attendance of Pornography Act, <http://www>. Retrieved on 21December 2017

⁴¹ Minutes of the Horticulture Act Draft, Secretary General of the House of Representatives.

From the table above can be explained that the process of forming Horticulture Act at least through four stages, starting from the planning process of Prolegnas, Preparation of Academic Paper Draft and Draft of the Draft Law, Discussion (Level 1 Discussion), and Pengesehan (decision making / level II). The relatively quiet discussion of the Horticultural Draft Law from the public controversy stance helped to discuss it more briefly. The groups involved in the stages of the legislative process are also not very diverse except only the stakeholders who received the official invitation from the House of Representatives.

The relatively harsh protest against the presence of the Horticultural Draft Law came only from the Forum for the Environment and the Agrarian Reform Consortium which considered the Bill to be aligned and only meet the interests of large-scale enterprises. They highlight several articles that accommodate the core system of plasma and subcontracted farmers.⁴²

Conclusion.

Based on the results of research and analysis conducted through the assessment as described in the previous chapters, to the following conclusions:

a. That the form of instruments (tools) of democracy in the formation of legislation that can be realized in the form of guarantee of information disclosure, public participation and mechanism of objections. Where Information Disclosure can be: (a). Information disclosure guarantee, (b). Accountability, (c). Consensus (deal). Community Participation, The objection mechanism can be: (a). Demonstration against the coming of new law, and (b). Demand testing against legislation. And Most of the instruments (tools) of democracy in the formulation of legislation is the most dominate (fulfilled) is the community participation.

b. Whereas in the Formation of Act According to Democracy Instrument in the form of guarantee of information disclosure, public participation, and mechanism of

⁴² Community Participation in the Formation Process of Law in the House Post Amendment Undang-Undang Republik Indonesia. [http:// www.](http://www.) accessed on December 20, 2017.

objection generally have been implemented although still in a limited scale. In both legislative process, Law Number 44 Year 2008 About Pornography and Law Number 13 Year 2010 About Horticulture, the participants of participation are more dominated by certain groups who use the mobilization approach of strength and influence rather than the form of individual consciousness.

Daftar Pustaka

Buku

- Asshiddiqie, Jimly. 2011. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Astawa, I Gde Pantja dan Suprin Na'a. 2008. *Dinamika Hukum Dan Ilmu Perundang-Undangan Di Indonesia*. Bandung: PT ALUMNI.
- Halim, Hamzah dan Kemal Redindo Syahrul Putera. 2013. *Cara Praktis Menyusun Dan Merancang Peraturan Daerah Suatu Kajian Teoritis Dan Praktis Disertai Manual Konsepsi Teoritis Menuju Artikulasi Empiris*, Jakarta: Katalog Dalam Terbitan.
- Isra, Saldi. 2013. *Pergeseran Fungsi Legislasi*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Manan, Bagir. 2004. *Menyongsong Fajar Otonumbermi Daerah*, Yogyakarta: Pusat Studi Hukum (PSH) Fakultas Hukum UII Yogyakarta.
- Rangkuti, Siti Sundari. 2005. *Hukum Lingkungan Dan Kebijaksanaan Lingkungan Nasional*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Saifudin. 2009. *Partisipasi Publik Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*. Yogyakarta: FH UII PRESS.
- Yuliandri. 2011. *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik, Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*. Jakarta: Rajawali Pers.

Website

- <http://www. Menaiki Tangga Arnstein Menata Partisipasi Publik Yang Ideal>. Diakses pada tanggal 17 Desember 2017.
- <http://www. Mekanisme Pembahasan Undang-Undang Dilegislatif Baru>. Diakses pada tanggal 17 Desember 2017.
- [http://www. Anotasi Undang-Undang Number 14 Tahun 2008 Tentang Keterbukaan Informasi Publik, Edisi Pertama Komisi Informasi Pusat Republik Indonesia Bekerjasama dengan Indonesian Center for Environmental Law \(ICEL\)](http://www. Anotasi Undang-Undang Number 14 Tahun 2008 Tentang Keterbukaan Informasi Publik, Edisi Pertama Komisi Informasi Pusat Republik Indonesia Bekerjasama dengan Indonesian Center for Environmental Law (ICEL)). Diakses pada tanggal 3 Maret 2014. Mengkaji kebijakan tentang akses dan Informasi serta partisipasi publik dalam Proses legislasi.
- <http://www. Aksi kelompok yang mendukung Undang-Undang Pornografi>. Diakses pada tanggal 18 Desember 2017.
- <http://www. Aksi Penolakan Terhadap Kehadiran Undang-Undang Pornografi>. Diakses pada tanggal 17 Desember 2017.
- <http://www. Partisipasi Masyarakat Dalam Proses Pembentukan Undang-Undang Di DPR Pasca Amandmen UUD 1945>, diakses pada tanggal 18 Desember 2017.
- Risalah Rancangan Undang-Undang Hortikultura, Sekretaris jendral Dewan Perwakilan Rakyat, 2017.
- Risalah Undang-Undang Number 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.
- Risalah Resmi, Kamis, 30 Oktober 2008, Pembicaraan Tingkat II/Pengambilan Keputusan Terhadap Rancangan Undang-undang Pornografi.

Daftar Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Republik Indonesia Number 44 tahun 2008 Tentang Pornografi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Number 181, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Number 4928).

Undang-Undang Republik Indonesia Number 13 tahun 2010 Tentang Hortikultura (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Number 132, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Number 5170).

Undang-Undang Number 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Number 82 Tahun 2011, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Number 5234).

*Вардана Доди Джая, заведующий кафедрой права, юридический факультет, Университет Мухаммади Грешик, Индонезия, Восточная Ява, г. Рандуаганг
e-mail: dodijayawardana@umg.ac.id*

Характеристика демократических инструментов реализации конституционных норм в Индонезии.

В статье рассмотрены теоретические вопросы реализации конституционных норм при подготовке и принятии законодательных актов в Индонезии. Основными инструментами реализации демократии определены открытый доступ общественности к информации в процессе подготовки и принятия нормативно-правовых актов и предоставление гражданам возможности подавать жалобы и предложения в соответствующие органы, которые должны реагировать на них в процессе подготовки и принятия этих актов. Основным инструментом реализации конституционных норм является гарантирование доступности информации и свободы выражения гражданами своего мнения при подготовке и принятии законодательных актов, которое существует хотя и формально, но по-прежнему носит процедурный характер. Другим инструментом является возможность использовать механизм подачи жалоб, что в определенной степени имеет мобилизационный характер, но оказывает значительно большее психологическое воздействие на сознание общественности, чем любая другая форма. На основе теоретической модели Южно-Африканской Республики в Индонезии разработано собственную «Модель реализации участия общественности», по которой граждане объединяются преимущественно в группы и частные организации по интересам, которые выступают от имени всей общественности.

Ключевые слова: демократия; конституция; разработка законодательства; инструмент; открытый доступ к информации; механизм подачи жалоб; участие общественности.

Надійшла до редколегії 25.05.2018 р.