

# ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ



**НПУ ім. М.П. Драгоманова**

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Акуленко В. І. – д.ю.н., професор  
Андрусишин Б. І. – д.і.н., професор  
Андрущенко В. П. – д.ф.н., професор, академік НАПН України  
Бабкін В. Д. – д.ю.н., професор  
Виноградова Г. В. – к.ю.н.  
Гончаренко В. Г. – д.ю.н., професор, академік НАПрН України  
Губань Р. В. – к.ю.н., доцент  
Денисов В. Н. – д.ю.н., професор  
Дідікін А. Б. – к.ю.н. (Російська Федерація)  
Довгерт А. С. – д.ю.н., професор  
Касперський І. П. – к.ю.н.  
Кисіль В. І. – д.ю.н., професор  
Купіна Л. Ф. – к.ю.н., доцент  
Курчєєв В. С. – д.ю.н., професор (Російська Федерація)  
Максимов В. В. – к.ю.н.  
Максимова С. В. – науковий співробітник, шеф-редактор  
Марущак А. І. – д.ю.н., професор  
Мережко О. О. – д.ю.н., професор  
Мікулін В. П. – д.ю.н., професор  
Огірко Р. С. – к.ю.н., доцент  
Омельченко А. В. – д.ю.н., доцент  
Омельченко І. К. – к.ю.н., доцент  
Онщенко Н. М. – д.ю.н., професор  
Пархоменко Н. М. – д.ю.н., старший науковий співробітник  
Руденко М. В. – д.ю.н., професор  
Скулиш Є. Д. – д.ю.н., професор  
Токарчик Р. А. – д.ю.н., професор (Польща)  
Цибуленко Є. М. – доктор права, професор (Естонія)  
Шемшученко Ю. С. – академік НАН України, д.ю.н., професор  
Шимон С. І. – к.ю.н., доцент

ВИДАВНИЧА ОРГАНІЗАЦІЯ  
«ЮСТІНІАН»  
2015

Правове видання  
«ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ»  
№3(153) 2015  
Засновано у березні 2002 р.  
Реєстр. свід-во КВ № 5927  
від 12.03.2002 р.

Обсяг: 136 стор.  
Формат: 60x84/8

Видавець:  
ТОВ ВО «ЮСТІНІАН»

Генеральний директор  
**Ірина ОМЕЛЬЧЕНКО**

Шеф-редактор  
**Світлана МАКСИМОВА**

Виконавчий директор  
**Олена ОСМОЛОВСЬКА**

Редактор  
**Анна РОДЮК**

Літературний редактор  
**Марина ЛОМАКІНА**

Комп'ютерна верстка  
**Андрій СЕМЯНОВИЧ**

Адреса редакції: 04050, м. Київ,  
вул. Герцена, 17/25, оф. 91  
Поштові реквізити:  
04050, м. Київ, а/с №39  
Тел.: +38 (044) 230-01-73/74  
E-mail: journal@justinian.com.ua  
Сайт: www.justinian.com.ua

Ціна договірною

**Від редакції:**  
Матеріали, що надсилаються  
для опублікування, мають  
бути ексклюзивними й не  
публікуватися в інших виданнях.  
Редакція залишає за собою  
право редагувати будь-які  
матеріали, що надійшли  
до видавництва.  
Рукописи не рецензуються  
і не повертаються.  
Опубліковані матеріали  
містять думку автора, яка  
може не завжди збігатися  
з позицією редакції.  
Передрук статей можливий  
лише з письмового  
дозволу редакції.

Матеріали, позначені знаком ©,  
публікуються на правах  
реклами.  
З питань розміщення реклами  
звертатися до редакції.  
За зміст рекламних матеріалів  
відповідальність несе  
рекламодавець.

© Авторські права захищено

Журнал надруковано  
в ПП «Фірма «Грамна»,  
03151, м. Київ,  
просп. Повітрофлотський, 94а

Підписано до друку 22.04.2015 р.

Наклад 4500 прим.



### *Grata, rata et accepta* **Бажано Законно і прийнятно**

Новий, змінений порядок розгляду кримінальних справ, змінений реформою у кримінальному судочинстві буде оцінений належним чином, мабуть, лише зі сплином не одного десятиліття. Напрацюється практика, допрацюються коментовані кодекси, вималюється доктрина. Але одне вже можна сказати і зараз – реформа у кримінальному праві і судочинстві відбулася, і зміни, що сталися в ній однозначно – на краще! Адже вже давно життя пішло вперед, а система кримінального судочинства жила по Кодексу, що регулював кілька десятків років взаємовідносини і кримінальні злочини ще у радянський період. Про недоліки сучасної системи кримінального судочинства можна говорити годинами. Однак, слід констатувати, що реформа відбулася і вже напрацьовуються практика. А щодо важливості кодексів – Кримінального та Кримінального процесуального для країни, то вони, мабуть, на другому місці після Цивільного, який, іноді, називають другою Конституцією.

Враховуючи величезну кількість злочинів, що оскаржуються в нашій країні, майже військову ситуацію, що склалася в зв'язку з агресією на сході, а також зростання терористичних актів – однією з актуальних тем сьогодні є Кримінальне право. Саме Кримінальному праву і процесу й присвячений цей номер «Юридичного журналу».

Аналіз обґрунтованості підозри як підстави для застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні ви знайдете в статті адвоката Армена Нерсисяна «Кримінально-правові та кримінально-процесуальні ознаки обґрунтованості підозри» (с. 26). Володимир Клочков, доцент кафедри конституційного та адміністративного права Національного транспортного університету, в своєму матеріалі охарактеризував проблеми визначення поняття у законах та теорії прокурорського нагляду (с. 29), адвокат Сергій Васильовський – кримінальну відповідальність неповнолітніх осіб, а народний депутат Ігор Алексеєв розповів про те, що принесе Україні прийнятий нещодавно Закон України «Про пробацію».

Темою наступного номеру «Юридичного журналу» буде **Господарське право та процес**.

*З повагою, шеф-редактор Світлана Максимова*



## **РОЗДІЛ І. ЮРИДИЧНИЙ СВІТ . . . . . 7**

### **ГІСТЬ РЕДАКЦІЇ**

«Якби шлюбні контракти в Україні укладали частіше,  
не було б стільки сімейних спорів» – *Тетяна Даниленко* . . . . . 8

### **ЮРИДИЧНІ НОВИНИ**

Правничі новини України . . . . . 11

Правничі новини світу . . . . . 13

Новини юридичних фірм . . . . . 15

Новини судочинства . . . . . 17

### **ЗАКОНОТВОРЧІСТЬ**

«Як в 2015 році справлятимуть податок на нерухомість?» . . . . . 20

*Вікторія Пташник* «У реаліях сьогодення повірити,  
що АМК публікуватиме всі рішення у розумні строки,  
не допускаючи будь-яких зловживань складно» . . . . . 21

### **З МІСЦЯ ПОДІЇ**

*Анна Родюк* «Прокуратура як кардіограма  
криміногенної ситуації в країні» . . . . . 27

## **РОЗДІЛ ІІ. ДУМКА НАУКОВЦЯ . . . . . 25**

### **NOTA VENE: КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС**

*Армен Нерсисян* «Кримінально-правові та кримінально-  
процесуальні ознаки обґрунтованості підозри» . . . . . 26

*Володимир Клочков* «Проблеми визначення поняття  
у законах та теорії прокурорського нагляду» . . . . . 29

*Ірина Селіванова* «Про деякі тенденції в розвитку законодавства  
України з питань відчуження державного майна» . . . . . 40

### **АГРАРНЕ ПРАВО**

*Павло Кулинич* «Дерегуляція чи зарегуляція» . . . . . 46



## ТРУДОВЕ ПРАВО

*Алла Ширант* «До проблеми пошуку концепції змін базового нормативного акта, що регулює трудові відносини в Україні» . . . 49

*Артем Грузінов* «Трудове законодавство України на шляху до ЄС» . . 52

## ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

*Андрій Олефір* «Проблеми застосування принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності в Україні» . . . . . 61

*Сергій Савич* «Право споживача на захист від оманливих торговельних марок» . . . . . 82

*Оксана Горьова* «Комерційне найменування як об'єкт правової охорони в сучасній Україні: окремі аспекти» . . . . . 85

## БАНКІВСЬКЕ ПРАВО

*Тарас Пасько* «Особливості правового регулювання розкриття інформації, що містить банківську таємницю за рішенням суду на вимогу органу дФС» . . . . . 92

## РОЗДІЛ III. ПОГЛЯД ПРАКТИКА . . . . . 97

### НОТА ВЕНЕ: КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

*Сергій Васьковський* «Неповнолітній фігурант у кримінальному провадженні – особливості національного законодавства та практика його застосування» . . . . . 98

«Пробація – реформа чи імітація?» . . . . . 107

*Ігор Алексєєв* «Пробація – крок до імплементації міжнародних стандартів у сфері юстиції» . . . . . 109

*Геннадій Андросчук* «Поняття «несправедлива перевага» у світлі рішень Європейського суду» . . . . . 111

## ІНВЕСТИЦІЙНЕ ПРАВО

*Семен Яценко* «Стан законодавства України та його вплив на інвестиційний клімат» . . . . . 115

## МИТНЕ ПРАВО

*Арсеній Мільотін, Антон Сінцов* «Оскарження в судовому порядку постанов суду у справах про порушення митних правил» . . . . . 121



## МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ

*Сергій Войтович* «Деякі особливості арбітражної угоди  
у міжнародному інвестиційному арбітражі» ..... 124

## ПОДАТКОВЕ ПРАВО

«Ніж у спину друкованій пресі» ..... 128

## **РОЗДІЛ IV. ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА ..... 131**

### АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

*Галина Дімлевич* «Успішна альтернатива у реформуванні  
системи місцевої влади в Україні» ..... 132



## ХАРЧОВА ПРОМИСЛОВІСТЬ: ОСНОВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ



На сьогодні харчова промисловість є одним з найбільш конкурентоспроможних секторів економіки України, який стрімко і динамічно розвивається. Будучи високопрофесійним експертом у цій галузі, адвокатське об'єднання Arzinger видало книгу «Харчова промисловість: основи правового регулювання в Україні» у редакціях російською, українською та англійською мовами. Це видання покликане дати загальне уявлення про правове поле, у якому функціонує галузь харчової промисловості в Україні станом на 27.10.2014.

Зараз Україна стоїть на порозі кардинальних змін у сфері регулювання харчової промисловості. У зв'язку з ратифікацією Угоди про асоціацію з ЄС 16 вересня 2014 р. у найближчому майбутньому очікується активна гармонізація українського законодавства, що регулює харчову промисловість, із законодавством ЄС як у окремих сферах (маркування, митне регулювання, фітосанітарні заходи, стандартизація, державні закупівлі, антимонопольне регулювання та ін.), так і стосовно окремих категорій продуктів. Очікується, що це відкриє для українських виробників широкі можливості диверсифікації експорту продукції на міжнародний ринок, а також забезпечить їм можливість участі у державних закупівлях в ЄС.

Книга була створена командою юристів практики харчової промисловості Arzinger під керівництвом керуючого партнера **Тимура Бондарева** і партнера **Лани Сінічкіної**. Команда налічує більше 10 юристів і патентних повірених, котрі свого часу працювали у провідних компаніях сектору алкогольної промисловості, провідних компаніях-виробниках продуктів харчування, мінеральних вод, у юридичних департаментах великих торгових мереж, а також мають досвід супроводження діяльності ресторанного та готельного бізнесу і регулярно відстежують зміни у законодавстві у сфері харчової промисловості.

## НА ДОПОМОГУ УЧАСНИКАМ АТО РОЗРОБЛЕНО ЗБІРНИК НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ МАТЕРІАЛІВ



Минулого тижня вийшли друком Методичні рекомендації «Збірник нормативно-правових актів та інформаційних матеріалів на допомогу учасникам антитерористичної операції». Збірник підготовлений Державною службою України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції та Радою адвокатів у місті Києві для застосування учасниками антитерористичної операції при наданні їм статусу «учасника бойових дій» та соціальних гарантій. Збірник розповсюджуватиметься безкоштовно.

Jus est ars  
boni et  
aequi

Право – це наука  
про те, що є добрим  
і справедливим



*При підготовці розділу  
використана база нормативних  
актів «ЛІГА ЗАКОН»*



# ЮРИДИЧНИЙ СВІТ

## «ЯКБИ ШЛЮБНІ КОНТРАКТИ В УКРАЇНІ УКЛАДАЛИ ЧАСТІШЕ, НЕ БУЛО Б СТІЛЬКИ СІМЕЙНИХ СПОРІВ», – АДВОКАТ ТЕТЯНА ДАНИЛЕНКО

*Про особливості укладення шлюбних контрактів, послуги сурогатного материнства в Україні та колізії в Сімейному кодексі «Юридичному журналі» розповіла адвокат, експерт з сімейного права Тетяна ДАНИЛЕНКО*

– На сьогодні в Україні при вирішенні сімейних спорів починає набувати розвитку медіація. Фахівці у даній сфері стверджують, що цей спосіб вирішення спорів досить популярний, і якщо медіацію правильно проводити, вона дає успішні результати. Чи доводилося Вам використовувати у своїй практиці медіацію або організувати переговори між сторонами, щоб дійти до компромісного результату?

– Дійсно, медіація сьогодні застосовується при вирішенні спорів досить часто. Нерідко такі спори виникають між чоловіком та дружиною. Питання поділу майна, згідно з Сімейним кодексом, можуть вирішуватись як під час перебування у шлюбі, так і після його розірвання. Тому медіація набула широкого вжитку серед фахівців у галузі права, які часто виступають у ролі медіаторів та за допомогою своїх знань врегульовують у позасудовому порядку питання між сторонами конфлікту. Їм роз'яснюються можливості та способи врегулювання конфліктних відносин, питання щодо розподілу майна, утримання дітей після розірвання шлюбу тощо.

Звичайно, це найоптимальніший спосіб вирішення проблем між подружжям, оскільки судові розгляди, як показує практика, зазвичай тривалі. В Цивільному процесуальному кодексі строк розгляду справи обмежений двома місяцями, та, на жаль, практика показує, що дотриматися рамок зазначеного строку майже неможливо. Наприклад, справа щодо поділу майна може бути ускладнена через збирання доказів, питання оцінки цього майна, тривалістю проведення експертиз, тощо. Все це затягує вирішення питання по суті. Тому якби сторони дійшли консенсусу до судового розгляду – це був би ідеальний варіант.

У деяких справах досягти його вдається, тому буває, що позов залишають без розгляду, або сторони укладають мирову угоду, укладення якої до-



*Тетяна ДАНИЛЕНКО, адвокат, експерт з сімейного права*

зволяється на будь-якій стадії судового процесу до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення рішення по справі. Але вирішення конфлікту без судового розгляду стає можливим, лише якщо юрист грамотно надасть консультацію подружжю.

Як правило, за допомогою до медіатора звертається одна зі сторін конфлікту. Основна мотивація – людина не може «достукатись» до свого опонента, пояснити та запропонувати пошук вирішення проблеми спільними зусиллями. Справа адвоката у такому випадку – професійно надати консультацію громадянину, який звернувся за допомогою, запросити протилежну сторону конфлікту, а потім їм обом розповісти, які компромісні варіанти допоможуть знайти вихід із конфлікту.

– Однією з важливих проблем подружжя, що перебуває на стадії розлучення, є поділ майна. Який правовий режим може мати майно, набу-



**у шлюбі, та як його ділити? Крім того, у сімейному праві є таке поняття, як презумпція спільності майна – розкажіть про нього детальніше. Яке майно не підлягає поділу?**

– Відповідно до Сімейного кодексу, майно, що нажите подружжям за час перебування у шлюбі, є його спільною сумісною власністю, якщо інше не передбачено шлюбним договором. Тому поділ майна подружжя у судовому порядку проводиться, як правило, порівну. Щоправда, можливі й виключення. Так, при вирішенні спору про поділ майна суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення, зокрема якщо один із них не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховавав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї. Також за рішенням суду частка майна дружини, чоловіка може бути збільшена, якщо з нею, ним проживають діти, а також непрацездатні повнолітні син, дочка, за умови, що розмір аліментів, які вони одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування.

Щостосується правового режиму майна, тодісно існує поняття презумпції його спільності – це і є спільна сумісна власність. Незалежно від того, чи працював хтось з подружжя, чи ні, майно, яке придбане у шлюбі, вважається спільною сумісною власністю. Не підлягає поділу, наприклад, майно, отримане у спадок, та майно, що було придбане за особисті кошти одного з подружжя, страхові виплати, кошти отримані в рахунок відшкодування моральної шкоди. Вирішуючи це питання, суд встановлює походження коштів – мають бути письмові докази того, що особа, наприклад, до укладення шлюбу мала на банківському рахунку особисті кошти, а в період перебування у шлюбі використала їх. Банківська виписка буде належним тому доказом, і тоді майно, придбане за такі кошти, поділу не підлягає.

**– Україна – одна з небагатьох країн світу, яка дозволяє народження дитини за допомогою допоміжних репродуктивних технологій. Якщо доводилося стикатись на практиці, розкажіть про основні проблеми та спори, що виникають у даній сфері. Як держава регулює права сурогатних матерів та сімейних пар або жінок, які вирішили скористатись їх послугами?**

– Питання щодо сурогатного материнства також регулюються Сімейним кодексом України. Звичайно, коли подружжя приймає рішення

скористатись послугами сурогатної матері, з нею укладається письмовий договір, який обов'язково повинен бути нотаріально посвідчений. Усі питання регулюються саме цим договором – щодо утримання сурогатної матері під час вагітності та інших суттєвих питань, які як біологічні батьки, так і сурогатна матір хочуть завчасно обумовити.

На жаль, у цьому плані наше законодавство недосконале, має багато прогалин. І якщо, наприклад, почнуться судові спори між жінкою, яка народила дитину та біологічними батьками - подружжям, то законодавство належним чином не регулює ці проблеми. Але на даний час у судах не дуже багато подібних справ.

**– Розкажіть, будь ласка, про правові аспекти цивільного шлюбу в Україні.**

– Існування цивільного шлюбу нашим законодавством визнається. З набуттям чинності новими Сімейним та Цивільним кодексами, проживання чоловіка та жінки разом без реєстрації шлюбу вважається цивільним шлюбом. Але часто у таких пар виникають питання стосовно поділу майна, реєстрації дитини у органах РАЦСу, спадкування у випадку смерті одного з подружжя тощо.

Багато людей, проживаючи у цивільному шлюбі, думають, що вони мають такі ж права, як і подружжя після реєстрації шлюбу. Але це не зовсім так. Скажімо, цивільна дружина чи чоловік, згідно зі спадковим законодавством, мають право на спадкування лише в четверту чергу, і для того, щоб змінити черговість спадкування, необхідно встановити факт проживання однією сім'єю. Після отримання відповідного судового рішення необхідно звернутись з позовом про зміну черговості спадкування. Всі ці дії не потрібно вчиняти особам, які перебували у зареєстрованому шлюбі.

Щодо встановлення факту проживання однією сім'єю без реєстрації шлюбу, також є ряд питань. Як правило, коли між подружжям виникає конфліктна ситуація, протилежна сторона конфлікту факту спільного проживання не визнає. Тому інколи буває дуже тяжко довести суду сам факт такого проживання.

Також у цивільному шлюбі складається не проста ситуація з набуттям майна у спільну власність, оскільки договір купівлі-продажу може укладатись на ім'я одного з подружжя, і дозвіл іншого для відчуження не потрібний, а отже один з подружжя може розпорядитись спільним майном.

– Цікаво дізнатися, як на сьогоднішній день держава регулює процес укладення шлюбних контрактів. Опишіть Ваш досвід надання послуг у цій сфері. На Вашу думку, чи готові психологічно наші громадяни до поширеного та постійного використання інституту шлюбного контракту?

– У нашій країні шлюбні контракти, на жаль, укладають рідко. Якби було навпаки, думаю, при розлученнях виникало у рази менше спорів.

Шлюбним контрактом регулюються всі майнові права, які бажає обумовити подружжя. Укладений такий контракт може бути як до, так і після реєстрації шлюбу особами, які досягли шлюбного віку (якщо не досягли – то за згодою батьків або опікунів). Укладається він у письмовій формі й обов'язково нотаріально посвідчується.

Шлюбним контрактом можна визначити статус майна подружжя та врегулювати питання, які не регулюються загальноприйнятими нормами законодавства. Скажімо, у такому договорі може бути прописано, що, наприклад, майно, яке було придбане одним із подружжя до укладення шлюбу, вважається спільною сумісною власністю.

Не можна врегулювати шлюбним контрактом перехід права власності, оскільки це буде «обхід» нотаріально посвідченого договору.

На жаль, повторюсь, в Україні шлюбні контракти укладаються нечасто, хоча з їх допомогою можна було б вирішити ряд проблем, точніше, не допустити їх. Хоча варто сказати, що шлюбний контракт, як і будь-який правочин, може бути визнаний недійсним судом.

– **І наостанок – про проблеми позбавлення батьківських прав: причини, процедура, рішення суду.**

– Питання позбавлення батьківських прав вирішується виключно у судовому порядку. Щоб порушити це питання, необхідно звернутися до органу опіки та піклування й отримати висновок щодо доцільності позбавлення батьківських прав особи щодо неповнолітньої чи малолітньої дитини. Наш законодавець стоїть на тому, що треба захистити права дитини, тому причини та підстави для позбавлення батьківських прав одного з подружжя треба мати вагомі.

Висновок органу опіки та піклування, щоправда, для суду не є обов'язковим. Якщо суд встановить, що даний висновок є необ'єктивним, він просто не приймається до уваги. При розгляді справи щодо позбавлення батьківських прав судом обов'язково враховуються характеризуючі дані особи відповідача, його ставлення до дитини та ступінь його участі у розвитку, утриманні та вихованні дитини та інші важливі фактори.

Враховується при цьому й думка неповнолітньої дитини, яку суд може допитати у присутності представника служби у справах дітей. Та як би там не було, а суд завжди виходить з того, що підстави для позбавлення батьківських прав мають бути істотні.

*Розмову вела Анна РОДЮК,  
редактор «Юридичного журналу»*

## ПРАВНИЧІ НОВИНИ УКРАЇНИ

### УРЯД СПРОСТИВ ПРОЦЕДУРУ ОТРИМАННЯ СТАТУСУ УЧАСНИКА БОЙОВИХ ДІЙ

Уряд спростив процедуру отримання статусу учасника бойових дій для тих, хто брав участь в антитерористичній операції. На цьому наголосив голова Державної служби України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції Артур Дерев'янку на брифінгу перед початком урядової гарячої лінії, повідомляє Урядовий портал.

Артур Дерев'янку повідомив, що матеріали про надання статусу учасника бойових дій особам, які брали участь у проведенні АТО, розглядала міжвідомча комісія. Відбулося 28 засідань, розглянуто 22 657 справ, за 22 397 з них ухвалено рішення про надання статусу учасника бойових дій. Матеріали щодо 222 осіб направлені на доопрацювання, 27 особам відмовлено в наданні такого статусу.

Постановою Кабінету Міністрів України від 04.02.2015 р. № 104 «Про внесення змін до Порядку надання статусу учасника бойових дій особам, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення», змінено повноваження міжвідомчої комісії з питань розгляду матеріалів про визнання учасниками бойових дій, утвореної Державною службою у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції, та відповідних відомчих комісій силових структур. Відтепер встановлювати статус учасника бойових дій військовослужбовцям, особам рядового і начальницького складу та працівникам Міноборони, МВС, Національній гвардії, СБУ, Службі зовнішньої розвідки, Адміністрації Держприкордонслужби, Адміністрації Держспецтрансслужби, Управлінні державної охорони, Адміністрації Держспецзв'язку, ДСНС, ДПтС, які брали безпосередню участь в антитерористичній операції або забезпеченні її проведення, будуть відомчі комісії, що створені в кожному з цих міністерств та інших державних органах.

«Ця постанова дає можливість присвоювати статус учасника бойових дій безпосередньо у відомчих комісіях, що спростить надання статусу та проходження документів більше ніж наполовину», – зазначив Артур Дерев'янку.

Голова Держслужби пояснив, що міжвідомча комісія нині розглядає і розглядатиме «спірні питання, які виникають або повинні бути вирішені в міжвідомчому просторі». Це можуть бути такі справи, коли військовослужбовці перейшли зі служби в Нацгвардії до Міноборони, були добровольцями,

а потім підписали контракт тощо. Також міжвідомча комісія розглядатиме питання щодо цивільних осіб.

«Хочу сказати, що затримки роботи міжвідомчої комісії практично не було ніколи, всі справи, які до нас надходили, а це від тисячі до двох тисяч справ, міжвідомча комісія розглядала протягом тижня і всі рішення надсилалися до силових відомств, – зазначив Артур Дерев'янку. – Всі справи, які до нас зайшли до моменту набрання чинності цією постановою, розглянуті, всі документи і всі рішення направлені у силові частини. Нині у нас у міжвідомчій комісії документів немає».

### УРЯД НЕ ДОЗВОЛИТЬ СУДАМ ВІДПУСКАТИ КОРУПЦІОНЕРІВ «ЗА КОПІЙЧАНІ ЗАСТАВИ», – ЯЦЕНЮК

Кабмін ініціює зміни до Кримінального процесуального та Кримінального кодексів України з метою посилення відповідальності корупціонерів. Про це заявив прем'єр-міністр Арсеній Яценюк на розширеному засіданні колегії Міністерства внутрішніх справ щодо заходів із протидії корупції, передає УНІАН.

«Споглядаючи на останні події, у тому числі рішення судів, коли суди випускають корупціонерів під умовні застави, уряд вносить до парламенту зміни до кримінально-процесуального законодавства і до кримінального закону (кодексу) з метою суттєвого посилення і підвищення відповідальності корупціонерів», – сказав він.

Яценюк зауважив, що це робиться, зокрема з метою, «щоб за копійчані застави їх (корупціонерів) не випускали, а потім по всьому світу не шукали».

### ГЕНПРОКУРОР ВІДСТОРОНИВ ВІД ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКІВ ЧОТИРЬОХ КЕРІВНИКІВ

Генеральний прокурор України відсторонив від виконання обов'язків чотирьох працівників Генпрокуратури, серед яких заступник генпрокурора О. Баганець, повідомляє прес-служба ГПУ.

Як ідеться у повідомленні, наказом Генерального прокурора України Віктора Шокіна від 25 березня 2015 року відсторонено від виконання обов'язків на час службового розслідування:

- заступника Генерального прокурора України О. В. Баганця;
- начальника Головного слідчого управління Генеральної прокуратури України І. В. Щербину;

– старшого слідчого в особливо важливих справах п'ятого слідчого відділу з розслідування особливо важливих справ Головного слідчого управління Генеральної прокуратури України А. В. Мороза;

– заступника начальника другого відділу процесуального керівництва управління процесуального керівництва у кримінальних провадженнях слідчих центрального апарату Головного управління процесуального керівництва та нагляду за додержанням законів спецвідділами та іншими органами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю і корупцією, у сфері транспорту та у кримінальних провадженнях слідчих органів прокуратури Генеральної прокуратури Ю. С. Ковтуна.

### **АДВОКАТСЬКА СПІЛЬНОТА РОЗРОБИЛА ДЕКЛАРАЦІЮ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Представники провідних правничих організацій об'єдналися для розробки Декларації щодо захисту прав людини у кримінальному судочинстві – проект, що стартував за ініціативи Марка Сигала, головного експерта проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні». Про це «Юридичному журналу» повідомили у всеукраїнській громадській організації «Асоціація правників України».

Метою розробки декларації є сприяння захисту та дотриманню прав людини у кримінальному процесі. Серед завдань проекту – мобілізувати та підвищити рівень поінформованості громадянського суспільства, ЗМІ, органів державної влади про випадки порушення законодавства та кращі практики, що стосуються захисту прав людини у кримінальних справах.

«Ухвалення такої декларації є надзвичайно актуальним, адже в наших реаліях рівність у судовому процесі захисту та обвинувачення має досить декларативний характер. У адвокатів є права, але на практиці вони не реалізуються. Тому декларація направлена на створення ще одного механізму для захисту адвокатами прав та інтересів своїх клієнтів», – зазначила голова НААУ Лідія Ізовітова.

«Особливо є цінним те, що документ буде простим і легко сприйматиметься суспільством. Кожен пересічний громадянин, споглядаючи той чи інший судовий процес, порівнюючи його з декларацією, зможе зробити свій висновок про справедливість та відкритість суду», – зазначив президент АПУ Денис Бугай. На його думку, розробка декларації стане кроком уперед до становлення справедливого правосуддя в Україні.

З метою отримання фахових коментарів представників адвокатської спільноти в найбільших обласних центрах відбудеться фахове обговорення

документа. Офіційна презентація документа запланована на червень цього року.

*Джерело: Асоціація правників України*

### **ПРЕЗИДЕНТ УТВОРИВ РАДУ З ФІНАНСОВОЇ СТАБІЛЬНОСТІ**

Президент України своїм указом утворив Раду з фінансової стабільності, метою якої є забезпечувати своєчасне виявлення і мінімізацію ризиків, що загрожують стабільності банківської та фінансової системи держави, повідомляє прес-служба президента України.

Рада утворюється у складі голови Національного банку України, міністра фінансів України, голови Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, голови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, директора-розпорядника Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, заступника голови Нацбанку України, визначеного головою Національного банку України, заступника міністра фінансів України, визначеного міністром фінансів України, які беруть участь у її роботі на громадських засадах.

Співголовами Ради є голова Національного банку та міністр фінансів, які визначають порядок роботи ради, скликають і головують по чергово на її засіданнях, підписують документи від імені ради у порядку, визначеному регламентом діяльності ради.

Рада з фінансової стабільності має виявляти, аналізувати та здійснювати оцінку та моніторинг поточних та потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз і системних ризиків для фінансової системи держави з метою виявлення ознак нестійкого фінансового стану банківської системи, а також обставин, які загрожують стабільності банківської та фінансової системи держави.

Відповідно до положення про раду, вона здійснює підготовку рекомендацій щодо мінімізації системних ризиків, які загрожують стабільності банківської та фінансової системи держави та розробляє ефективні механізми співпраці та координації дій із забезпечення фінансової стабільності держави, зокрема щодо вдосконалення законодавчого регулювання у цій сфері.

Рада взаємодіє в установленому порядку з міжнародними організаціями, зокрема, з Європейською радою з системних ризиків, Банком міжнародних розрахунків, Міжнародним валютним фондом, Світовим банком, Європейським центральним банком, Міжнародною асоціацією страховиків депозитів, Європейським форумом страховиків депозитів та відповідними органами іноземних держав з питань, що належать до її компетенції.

## ПРАВНИЧІ НОВИНИ СВІТУ

### УРЯД ВІРМЕНІЇ ПІДВИЩИТЬ КОНТРОЛЬ ЗА ОБІГОМ ЛІКІВ

Уряд Вірменії на своєму засіданні схвалив внесення змін і доповнень до закону «Про ліки» і супутнього пакету законів.

Як зазначив під час засідання міністр охорони здоров'я **Армен Мурадян**, чинний закон був прийнятий ще в 1998 році і вимагає нових сучасних підходів.

«Поправки спрямовані на врегулювання всіх правових норм, викорінення недоліків, повноцінне регулювання всього процесу, починаючи від виробництва ліків, клінічних випробувань, упаковки, зберігання, транспортування, продажу та утилізації. Також передбачені більш серйозні адміністративні штрафи за порушення законодавства», – сказав Мурадян.

За його словами, змінами передбачено приведення вірменської фармацевтичної продукції у відповідність до міжнародних стандартів, що надасть можливість місцевим виробникам вийти на міжнародний ринок.

«Для підвищення доступності ліків законопроектом вперше передбачено впровадження механізмів державного регулювання цін, їхньої реєстрації та взаємного визнання», – сказав Мурадян.

Зокрема, міністр наголосив, що є медикаменти, які продаються на території країн ЄАЕС за більш низькими цінами, і буде знайдено рішення, щоб забезпечити їхню доступність на вірменському ринку.

«Деякі вірменські виробники медикаментів заявили про певне зниження цін на низку ліків, вироблених на території республіки вже з 1 квітня», – сказав Мурадян.

Говорячи про відсутність у зверненні деяких найменувань медикаментів, міністр зазначив, що нині у Вірменії зареєстровано 5400 найменувань медикаментів, що в 2,5 рази перевищує основний пакет ліків.

*Джерело: <http://www.newsarmenia.ru>*

### В ЗАКОН КИРГИЗЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ «ПРО ТАРИФИ СТРАХОВИХ ВНЕСКІВ ІЗ ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ» ВНЕСЕНІ ЗМІНИ ТА ДОПОВНЕННЯ

Президент **Алмазбек Атамбаєв** підписав закон «Про внесення змін і доповнень до Закону Киргизької Республіки «Про тарифи страхових внесків із державного соціального страхування». Про це повідомили у відділі інформаційної політики Апарату президента.

Закон прийнятий **Жогорку Кенешем** 11 лютого 2015 року.

Метою закону є досягнення страхових принципів у пенсійному забезпеченні, у встановленні тісного зв'язку між розміром пенсії та величиною страхових внесків. Приведення у відповідність величини тарифу страхових внесків у Пенсійний фонд і обсягу прийнятих зобов'язань.

Законом передбачається поетапне збільшення тарифів страхових внесків із державного соціального страхування для голів і членів селянських (фермерських) господарств, індивідуальних підприємців в цілях підвищення рівня майбутніх їхніх розмірів пенсії.

Закон набирає чинності через 15 днів з дня офіційного опублікування.

*Джерело: <http://www.gazeta.kg>*

### МІНІНФОРМ БІЛОРУСІ ПОСИЛИТЬ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ВЛАСНИКІВ САЙТІВ ЗА «КОМЕНТАТОРІВ»

Люди відчули користь від державного регулювання інтернет-простору. Таку думку висловила міністр інформації **Лілія Ананіч**.

Окремі норми законодавства, які стосуються регулювання інтернет-простору, доопрацьовуються. Зокрема, підготовлено зміни до указу №60 «Про заходи щодо вдосконалення використання національного сегменту мережі інтернет». Планується закрити наявні лазівки для власників сайтів щодо їхньої відповідальності за «коментаторів» на своїх ресурсах.

За її словами, зміни у законодавстві дозволили внести певні корективи в роботу інтернет-ресурсів. Державне регулювання цієї сфери необхідно, і громадяни покладають на нього певні надії, про що свідчать, зокрема, поведження під час прямих ліній і зустрічей. Так, до Міністерства інформації надійшло чимало повідомлень з приводу роботи інтернет-ресурсів. Навіть якщо часом ці питання вимагають більшою мірою роботи правоохоронних органів, це свідчить, що люди отримали і оцінили додатковий канал для вирішення проблем, можуть розраховувати на державну допомогу. Проводяться перевірки, закриваються сайти через поширення наркотиків тощо. «Ці та інші деструктивні прояви через інтернет повинні припинитися», – наголосила Лілія Ананіч.

*Джерело: <http://news.techlabs.by>*

### **ЧЕСЬКІ БАНКИ ТОРКНЕТЬСЯ ЩЕ ОДНА ХВИЛЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

В Євросоюзі розпочнеться чергове регулювання фінансового ринку. Законодавча рада уряду ЧР вже розглядає новий закон про вирішення кризи на фінансовому ринку. Документ передбачає створення захисного фонду для банків, кооперативної ощадної каси та інших кредитних інститутів. Мета нового закону – перекласти витрати внаслідок розорення банків з держави і платників податків на акціонерів.

Закон, який має набрати чинності в січні цього року, фактично перевертає європейське регулювання, яке Чехія та інші держави ЄС повинні будуть прийняти. На думку **Йозефа Таубера**, президента Фонду страхування вкладів, закон почне діяти не раніше осені 2015 року. Такий самий термін назвав і **Радек Лежатка**, прес-секретар Міністерства фінансів.

Для банків новий закон буде означати ще більше зростання витрат, оскільки вони муситимуть переводити частину доходів у новий кризовий фонд. Гроші з фонду будуть йти, наприклад, на допоміжні кредити й допомогу банкам, що опинилися на межі розорення.

*Джерело: <http://420on.cz>*

### **У ТУРКМЕНИСТАНІ УХВАЛЕНИЙ НОВИЙ ЗАКОН ПРО ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВУ ПАЛАТУ**

Закон «Про Торгово-промислові палати Туркменистану» був прийнятий на черговій, сьомій сесії Меджлісу Туркменистану п'ятого скликання.

Цей закон встановлює правові та економічні засади ТПП країни, організаційно-правові форми її діяльності та заходи державної підтримки.

У програмному виступі на зустрічі з депутатами Меджлісу Туркменистану в січні 2015 року президент **Гурбангули Бердимухамедов** наголосив, що в найближчі роки Туркменистан планує здійснити велику роботу з розвитку експортно-орієнтованих виробництв. Важлива роль в експорті продукції відводиться Торговельно-промисловій палаті Туркменистану (ТППТ). Була відзначена необхідність перегляду законів, пов'язаних з її діяльністю.

Виходячи з цих установок, у національному парламенті розпочали роботу з розробки відповідного законопроекту. У робочу групу увійшли представники відповідних міністерств і відомств, зокрема, і представники ТППТ. Був вивчений міжнародний досвід, проаналізовані норми чинного законодавства, їх відповідність сучасним економічним ре-

ліям і тенденціям, на базі чого визначено цільові положення нового закону.

Торгово-промислова палата Туркменистану, будучи юридичною особою, є некомерційною громадською організацією, що об'єднує на добровільній основі підприємства, установи, незалежно від форм власності та підприємців, які провадять діяльність без утворення юридичної особи, покликану підтримувати і захищати їхні інтереси. Мета ТППТ – сприяти подальшому зміцненню вітчизняної економіки, її більш глибокій інтеграції у світову господарську систему, вдосконаленню сучасної промислової, фінансової і торгової інфраструктури, створити сприятливі умови для підприємницької діяльності, розвитку державно-приватного партнерства, торговельно-економічного, інвестиційного та науково-технічного співробітництва.

Закон покладає на Торгово-промислову палату Туркменистану важливі і відповідальні завдання, зокрема, зі сприяння підприємницької діяльності з урахуванням економічних інтересів окремих галузей, регіонів і підприємств, підвищення обсягів експорту товарів та послуг.

Прикметно, що в законі окремою главою закріплені положення про Міжнародний комерційний арбітраж, який за угодою сторін розглядає спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, які виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків.

16 серпня 2014 року був прийнятий закон Туркменистану «Про міжнародний комерційний арбітраж», який набере чинності з 1 січня 2016 року. У ньому прописані основні положення щодо створення і діяльності цього інституційного органу. Схвалення закону «Про Торгово-промислові палати Туркменистану» стало наступним важливим етапом у реалізації поставлених цілей і завдань, а також свідченням комплексного підходу до їхнього вирішення. Отже, підготовлена відповідна законодавча основа для діяльності Міжнародного комерційного арбітражу в Туркменистані. Однак ця робота ще не завершена. Необхідно вжити подальші кроки з детальної регламентації діяльності Міжнародного комерційного арбітражу. Цим важливим і актуальним питанням будуть займатися фахівці ТППТ.

Для досягнення цілей, поставлених главою держави перед національним парламентом, депутати продовжать роботу щодо подальшого вдосконалення законодавства, яке регулює відносини у сфері власності і спрямованого на підтримку товаровиробників та сфери послуг.

*Джерело: <http://www.trend.az>*

## НОВИНИ ЮРИДИЧНИХ ФІРМ



### FCLEX ВІДСТОЯЛА ІНТЕРЕСИ «АВТОКРАЗ» У ВЕРХОВНОМУ СУДІ УКРАЇНИ

25 березня 2015 року юристи FCLEX захистили інтереси ПАТ «АвтоКрАЗ» у Верховному Суді України у спорі російським підприємством «Альфатекс». Предметом судового розгляду стали вимоги останнього щодо стягнення грошових коштів у розмірі 7 млн дол.

У самому FCLEX повідомляють, що ще 2013 року «Альфатекс» звернувся з позовом до суду, вимагаючи повернення зазначеної суми. Діючи на підставі сумнівного договору передачі права вимоги, «Альфатекс» стверджував, що відповідач не виконав умов договору поставки. Цікаво, що безпосередньо з позивачем «АвтоКрАЗ» ніколи не співпрацював. Насправді, у минулому автозавод справляв поставку машин підприємству з подібною назвою – «Виробничо-комерційне підприємство «Альфатекс», але воно вже давно ліквідоване, та жодних зобов'язань перед ним «АвтоКрАЗ» не має.

У жовтні 2014 року ВСУ вже виносив аналогічне рішення, яким підтримав позицію «АвтоКрАЗу». В листопаді 2014-го судді касаційної інстанції, спираючись на рекомендації ВСУ, визнали вимоги «Альфатексу» незаконними.

Російське підприємство, своєю чергою, подало необгрунтовану заяву про перегляд справи до ВГСУ та отримало допуск до Верховного Суду України, який повторно виніс рішення на користь «АвтоКрАЗу».

Інтереси клієнта в суді представляли партнер FCLEX **Сергій Чуєв** та старший юрист **Олексій Степаненко**.



### ЮБ «ЕГОРОВ, ПУГІНСЬКИЙ, АФАНАСЬЄВ І ПАРТНЕРИ» УКРАЇНА КОНСУЛЬТУЄ СВІТОВОГО ЛІДЕРА В ГАЛУЗІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Юридичне бюро «Егоров, Пугінський, Афанасьєв і партнери» Україна виступило юридичним рад-

ником світового лідера в галузі охорони здоров'я з питань антимонопольного законодавства у зв'язку з придбанням одного з провідних виробників фармацевтичного ринку країн СНД.

Обсяг робіт бюро включав консультування з питань антимонопольного законодавства та одержання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію.

Команда практики антимонопольного права ЄПАП Україна працювала над проектом у складі юристів **Оксани Франко** та **Надії Дмитренко** під керівництвом партнера Оксани Ільченко.



### ЮК JURIMEX ЗАХИСТИЛА ДЕРЖАВНУ ЛОТЕРЕЮ ВІД «БОРЦІВ» ІЗ ГРАЛЬНИМ БІЗНЕСОМ

Юристи та адвокати ЮК Jurimex реалізували масштабний проект із захисту прав найбільшого в Україні оператора державних лотерей «М.С.Л.» у боротьбі з протиправними діями окремих представників правоохоронних органів, які провадилися під гаслом боротьби з гральним бізнесом. Про це повідомили представники юридичної компанії.

«З грудня 2014 року Міністерством внутрішніх справ України була розпочата активна програма з «ліквідації» нелегального грального бізнесу в Україні, яка безпідставно була використана у деяких регіонах держави проти операторів державних лотерей, що провадять законну діяльність з випуску та проведення лотерей на всій території України», – констатується у повідомленні компанії.

Як зазначається, завдяки розробленій Jurimex стратегії захисту прав оператора, побудові чіткої правової позиції та відстоювання її на всіх ланках судової та правоохоронної системи, перемогам у понад 250 судових справах, за короткий двомісячний період, вдалося зупинити протиправні дії щодо оператора державних лотерей з боку окремих корумпованих посадових осіб, а також притягнути їх до відповідальності. В результаті робота оператора відновлена у всіх регіонах, повернуто вилучене обладнання, розпочато низку кримінальних проваджень відносно протиправних дій працівників правоохоронних органів, ініційовано низку судових справ проти посадових осіб правоохоронних органів.

Як відзначають у Jugimex, фахівці компанії створили прецедентну судову практику щодо правомірності діяльності оператора лотерей та його розповсюджувачів у сфері проведення лотерей на підставі ліцензії. Термін дії ліцензії спливає у лютому 2014 року, однак підзахисний має право на продовження своєї господарської діяльності на підставі норм Закону України «Про державні лотереї» до моменту набрання чинності нормативно-правових актів, які регламентуватимуть порядок отримання нових ліцензій операторами лотерей.

Над проектом працювали одночасно 30 юристів та адвокатів компанії під керівництвом партнера Jugimex **Марини Слободніченко** та керуючого партнера адвокатського об'єднання Jugimex **Ярослава Толчачова**.

**Arzinger** 

**ARZINGER ВЗЯВ УЧАСТЬ  
У РОЗРОБЦІ НОВОГО ЗАКОНУ  
ЩОДО ДЕРЖЗАКУПІВЛІ ЛІКІВ**

Юристи адвокатського об'єднання Arzinger під керівництвом керівника практики охорони здоров'я та фармацевтики партнера **Лани Сінічкіної** розробили концепцію передавання централізованих державних закупівель від МОЗ до міжнародних організацій. На основі концепції був підготовлений відповідний законопроект, який пройшов обговорення та був ухвалений під час голосування у Верховній Раді України 19 березня 2015 року. Юристи Arzinger беруть активну участь у законотворчій діяльності, спрямованій на удосконалення правового регулювання в Україні.

Ухвалений парламентом законопроект №2150 регулює передачу закупівель ліків міжнародним організаціям. Віднині ліки для українських пацієнтів у найближчі чотири роки зможуть закуповувати шість міжнародних неприбуткових організацій: ВОЗ, ЮНІСЕФ, IDA Foundation (Нідерланди), Crown Agents (Велика Британія), Partnership for Supply Chain Management (PFSCM) (США), Global Drug Facility (GDF) (Швейцарія).

Як відзначає Лана Сінічкіна, ухвалення законопроекту забезпечить фундамент для закупівлі ліків через міжнародні організації, що надасть змогу не лише подолати корупційні прояви у цій сфері, а й зберегти життя тисячам дорослих і дітей. Крім того, цей крок дозволить значно знизити ціни на низку препаратів.

Ухвалення закону стало можливим завдяки ініціативі організації «Пацієнти України», а також за підтримки міністра охорони здоров'я, групи депутатів, зокрема, голови Комітету ВР з питань охорони здоров'я **Ольги Богомолець**, а також представників громадянського суспільства.

Щоб розпочати міжнародні закупівлі за новими стандартами, ще необхідно здійснити кілька важливих кроків, які належать до компетенції органів виконавчої влади, зокрема, Міністерства охорони здоров'я. Від того, як положення закону будуть імплементовані на рівні підзаконних актів, залежить реалізація закупівель, а значить, і життя українських пацієнтів.



**DMITRIEVA & PARTNERS**  
LAW COMPANY

**АО «ДМИТРИЄВА ТА ПАРТНЕРИ» ВІДКРИЛА  
ПРАКТИКУ З КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА**

АО «Дмитрієва та Партнери» оголосило про відкриття практики з кримінального права. Таке рішення обумовлене збільшенням кількості кримінальних проваджень, питань у сфері антикорупційного законодавства та необхідністю надання клієнтам повного спектру правових послуг.

17 березня 2015 року практику з кримінального права очолила новий партнер компанії **Олена Костюченко** – адвокат, доцент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н., доцент, член правління Асоціації адвокатів України (ААУ), голова Науково-експертної ради ААУ. Олена Костюченко є автором і співавтором понад 90 наукових та навчально-методичних праць, активним учасником і доповідачем юридичних конференцій, форумів та інших заходів.

**Ольга Дмитрієва**, керуючий партнер АО «Дмитрієва та Партнери» прокоментувала розширення компанії: «Відкриття кримінальної практики пов'язане зі збільшенням кількості кримінальних справ, потребами наших клієнтів. Призначення Олени Костюченко – досвідченого та відомого адвоката як лідера нового напрямку – важливий крок для розвитку нашої компанії. За роки спільної роботи в Асоціації адвокатів України Олена Костюченко зарекомендувала себе як висококваліфікований адвокат і надійний партнер».



## НОВИНИ СУДОЧИНСТВА

### ВІННИЦЬКИЙ СУД РОЗПОЧАВ ПРОВЕДЕННЯ ВЕБ-ТРАНСЛЯЦІЙ ЗАСІДАНЬ

У залі очікування судових засідань Вінницького апеляційного адміністративного суду встановлено веб-камеру, інформація з якої відображається на веб-сайті суду. Відтепер усі охочі можуть он-лайн спостерігати за тим, що відбувається в суді. Про це розповів голова Вінницького апеляційного адміністративного суду **Віталій Кузьмишин**, передає Укрінформ.

«Відтепер усі бажаючі, не залишаючи домівок та офісів, можуть спостерігати за тим, як проходять у ВААС організаційні процеси, пов'язані зі здійсненням судочинства. Нововведення є черговим кроком ВААСу, який не змінює свого вектору на підвищення рівня довіри до суду. Усі зацікавлені, не переступаючи порогу судової установи, тепер на власні очі можуть пересвідчитись у прозорості судочинства, його якості та доступності для громадян, над чим наполегливо працює Вінницький апеляційний адміністративний суд», – зазначив Віталій Кузьмишин.

Щоб віртуально опинитись у суді, варто лише зайти на сайт суду. Доступ відкритий для всіх, хто хоче спостерігати за тим, що відбувається у залі очікування судових засідань до початку розгляду справ, після нього та під час судових засідань, у холі 2 поверху суду.

Нагадаємо, у березні Вінницький апеляційний адміністративний суд запровадив новий для українського судочинства проект «Електронна доступність», завдяки йому учасники процесу можуть он-лайн переглянути матеріали справи.

### ВИЩИЙ АДМІНСУД ПРИЙНЯВ ВІДСТАВКУ ОЛЕКСАНДРА НЕЧИТАЙЛА

Збори суддів Вищого адміністративного суду України взяли до відома заяву голови суду **Олександра Нечитайла** про відставку. Про це «Юридичному журналу» повідомив кореспондент «Юридичної газети», що був присутній на зборах суддів ВАСУ 27 березня ц.р.

За таке рішення проголосували всі присутні на зборах судді Вищого адмінсуду. Відповідно до чинного законодавства, таке рішення автоматично означає його відставку. При цьому, заступник голови ВАСУ **Михайло Смокович** наголосив на положеннях ч. 6 ст. 20 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», де зазначено, що звільнення судді з адміністративної посади з підстав, встановлених законом, не

припиняє його повноважень судді. «Звільнення з посади судді, закінчення строку, на який суддю обрано на адміністративну посаду, закінчення строку повноважень судді, досягнення суддею 64-річного віку, а також складення повноважень на адміністративній посаді припиняє здійснення ним повноважень на адміністративній посаді з моменту настання однієї із зазначених обставин», – зазначено в нормі Закону.

У своєму виступі Олександр Нечитайло зазначив про те, що мотивував своє рішення про відставку змінами в законодавстві, зокрема, набранням чинності новим Законом про судоустрій та статус суддів, який набрав чинності 28 березня. За його словами, термін його повноважень відповідно до законодавства спливає в червні поточного року. На думку Нечитайла, цього мало, щоб планувати роботу. «Планувати роботу недоцільно і неможливо. Триматися за крісло два місяці вважаю недоцільним. Це і є причиною моєї заяви», – зазначив экс-голова ВАСУ.

Крім того, він зазначив, що на його рішення політичні причини не вплинули. Він також повідомив, що готовий балотуватися на цю саму посаду у разі висунення.

На підставі ч. 3 ст. 34 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів», де передбачено, що у разі відсутності голови Вищого спеціалізованого суду його адміністративні повноваження здійснює один із заступників голови суду за визначенням голови суду, за відсутності такого визначення – заступник голови суду, який має більший стаж роботи на посаді судді, а в разі відсутності заступника голови суду – суддя цього суду, який має більший стаж роботи на посаді судді, повноваження виконуючого обов'язки голови Вищого адмінсуду перейшли до заступника голови Дмитра Липського.

Важливо також, що, як зазначив Михайло Смокович, оскільки суду потрібен голова, збори суддів Вищого адміністративного суду України визначили продовжити роботу з обрання голови на 12.00 30 березня.

### МАКАРІВСЬКИЙ СУДДЯ, СПІЙМАНИЙ НА П'ЯНИЙ ЇЗДІ, ВІДСТОРОНЕНИЙ ВІД ПОСАДИ – ВККС

Вища кваліфікаційна комісія суддів на підставі клопотання генпрокурора відсторонила від посади суддю Макарівського районного суду Київської області **Владислава Оберемка**, повідомили «Юридичному журналу» у прес-службі ВККС.

«На засіданні ВККС, що відбулося 25 березня ц. р., члени комісії на підставі клопотання генерально прокурора України у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності ухвалили рішення відсторонити від посади терміном на два місяці суддю Макарівського районного суду Київської області **Оберемка Владислава Олександровича**», – йдеться в повідомленні.

Як повідомлялося, В. Оберемко 1 березня був затриманий у Києві за водіння у нетверезому стані. Суддя не зупинився на вимогу працівника ДАІ, а коли автомобіль вдалося зупинити в результаті погоні, погрожував зброєю. Проти судді відкрито кримінальну справу за статтями «хуліганство» та «загроза вбивства», йому загрожує від 3 до 7 років позбавлення волі.

### ТИМЧАСОВА КОМІСІЯ РОЗПОЧИНАЄ ПЕРЕВІРКУ 25 СУДДІВ, ЯКІ СУДИЛИ УЧАСНИКІВ ЄВРОМАЙДАНУ

Засідання Тимчасової спеціальної комісії з перевірки суддів судів загальної юрисдикції відбулося 24 березня 2015 року у приміщенні Вищої ради юстиції (вул. Студентська, 12-а, м. Київ). Комісія була створена при Вищій раді юстиції відповідно до Закону України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» для перевірки дій суддів, що виносили рішення в період масових акцій протестів з листопада 2013 по квітень 2014 року, повідомили «Юридичному журналу» у відділі взаємодії зі ЗМІ Вищої ради юстиції.

Під час засідання члени комісії розглянуть заяви громадян щодо перевірки суддів Солом'янського районного суду міста Києва **Макухи Андрія Анатолійовича**, Червонозаводського районного суду міста Харкова **Чудовського Дениса Олеговича** та **Прошуті Ірини Дмитрівни**, Бобринецького районного суду Кіровоградської області **Бега Олега Юрійовича**, Оболонського районного суду міста Києва **Літвінова Віталія Євгеновича**.

Як повідомив голова ТСК **Володимир Мойсик**, Тимчасова спеціальна комісія у березні – травні планує розглянути результати перевірок стосовно 25 суддів. «Як відомо, з 24 жовтня 2014 року комісія не могла працювати через відсутність кворуму. Завдяки призначенню до складу Тимчасової спеціальної комісії представників від Верховної Ради України роботу комісії розблоковано», – повідомив Володимир Мойсик.

Голова ТСК також зазначив, що у засіданні комісії 24 березня 2015 року вперше братимуть участь новопризначені члени ТСК: доцент кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка **Олег Первомайський**, консультант з

міжнародного розвитку **Антоніна Черевко**, адвокати **Тетяна Юзькова** та **Микола Титаренко**.

За словами В.Мойсика, народний депутат **Владислав Голуб**, призначений до складу ТСК постановою ВР України від 5 лютого 2014 року, написав заяву про складення повноважень як члена комісії.

«Наразі до складу комісії входять 10 професійних юристів, серед яких є й судді у відставці, Комісія відновила роботу, зможе надалі виконувати важливу соціальну місію, покладену на неї громадськістю, – проводити перевірки суддів, що виносили рішення в період Революції гідності, та сприяти очищенню судового корпусу», – сказав Володимир Мойсик.

### ВССУ БРАКУЄ СУДДІВ ДЛЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ

Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних та кримінальних справ заявляє про необхідність поповнення судових палат суддівськими кадрами. Нині в суді працюють 92 судді: 51 – у цивільній палаті і 42 – у кримінальній, що є недостатнім для повноцінного розгляду справ, повідомляє «Закон і бізнес».

Ці питання були озвучені на засіданні Пленуму ВССУ, на якому підбиваються підсумки здійснення правосуддя судами цивільної та кримінальної юрисдикцій.

За словами голови суду **Бориса Гулька**, протягом того року ВССУ розглянув близько 90 тис. касаційних скарг і клопотань. «Суддя цивільної палати розглядає 125 справ на місяць, а кримінальної – 43», – зазначив Б. Гулька.

### СТВОРЯТЬ РОБОЧУ ГРУПУ ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ЗУ «ПРО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД»

Про це стало відомо під час першої робочої зустрічі з обговорення планів спільної діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Ради суддів України та Державної судової адміністрації. 6 березня 2015 року. Захід відбувся 6 березня ц.р.

У зустрічі взяли участь голова комісії **Козьяков С.Ю.**, секретар комісії **Щотка С.О.**, радник голови комісії **Василенко А.В.**, керівник секретаріату комісії **Пономаренко О.Г.**, голова Ради суддів України **Сімоненко В.М.** та голова Державної судової адміністрації **Холоднюк З.В.**

Йшлося про реалізацію положень ЗУ «Про забезпечення права на справедливий суд», які стосуються кваліфікаційного оцінювання суддів.

Учасники розмови домовились створити спільну робочу групу та затвердити план невідкладних заходів щодо виконання положень вищезазначеного закону.

## ЯК В 2015 РОЦІ СПРАВЛЯТИМУТЬ ПОДАТОК НА НЕРУХОМІСТЬ?



З 1 січня 2015 р. в Україні набрав чинності Закон № 71-VIII «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи)». Податкова реформа внесла зміни в майже всі сфери життєдіяльності суспільства, які стосуються оподаткування. В середовищі експертів сформувався як прихильники, так і критики нововведень. Однак зрозумілим залишається одне – до змін треба пристосовуватись, сумлінно виконувати свої громадянські обов'язки, дотримуючись букви закону. А для цього треба розглянути та проаналізувати нововведення. З цією метою «Юридичний журнал» звернувся із запитом до Державної фіскальної служби. Ми попросили роз'яснити які нововведення принесла податкова реформа в с платі одного з найважливіших видів податку – податку на нерухомість.

Законом України від 28 грудня 2014 року № 71-VIII «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо податкової реформи» внесено зміни щодо оподаткування нерухомого майна, відмінного від земельної ділянки.

Платниками податку є фізичні та юридичні особи, в тому числі нерезиденти, які є власниками об'єктів житлової та/або нежитлової нерухомості.

Передбачається розширення бази оподаткування для податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, шляхом оподаткування, як житлової так і нежитлової нерухомості.

Підпунктом 14.1.1291 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України (далі – *Кодекс*) визначено, що об'єкти нежитлової нерухомості – це будівлі, приміщення, що не віднесені, відповідно до законодавства, до житлового фонду.

У нежитловій нерухомості виділяють:

- будівлі готельні – готелі, мотелі, кемпінги, пансіонати, ресторани та бари, туристичні бази, гірські притулки, табори для відпочинку, будинки відпочинку;

- будівлі офісні – будівлі фінансового обслуговування, адміністративно-побутові будівлі, будівлі для конторських та адміністративних цілей;

- будівлі торговельні – торгові центри, універмаги, магазини, криті ринки, павільйони та зали для ярмарків, станції технічного обслуговування автомобілів, їдальні, кафе, закусочні, бази та склади підприємств торгівлі й громадського хар-

чування, будівлі підприємств побутового обслуговування;

- гаражі – гаражі (наземні й підземні) та криті автомобільні стоянки;

- будівлі промислові та склади;

- будівлі для публічних виступів (казино, ігрові будинки);

- господарські (присадибні) будівлі – допоміжні (нежитлові) приміщення, до яких належать сараї, хлівки, гаражі, літні кухні, майстерні, вбиральні, погребі, навіси, котельні, бойлерні, трансформаторні підстанції тощо;

- інші будівлі.

Разом з тим, слід звернути увагу на особливості обчислення податку на нерухоме майно з 2015 року.

З 1 квітня 2014 року для нарахування податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, базою оподаткування визначено загальну площу об'єкта оподаткування.

Законом 71 доповнено перелік об'єктів житлової та нежитлової нерухомості, які не є об'єктом оподаткування:

- житлова нерухомість непридатна для проживання, в тому числі у зв'язку з аварійним станом, визнана такою згідно з рішенням сільської, селищної, міської ради;

- об'єкти нежитлової нерухомості, які використовуються суб'єктами господарювання малого та середнього бізнесу, що провадять свою діяльність в малих архітектурних формах та на ринках;

- будівлі промисловості, зокрема виробничі корпуси, цехи, складські приміщення промислових підприємств;

- будівлі, споруди сільськогосподарських товаровиробників, призначені для використання безпосередньо у сільськогосподарській діяльності;

- об'єкти житлової та нежитлової нерухомості, які перебувають у власності громадських організацій інвалідів та їх підприємств.

Відповідно до Закону 71 переглянуто розміри житлової нерухомості, на яку застосовуватимуться пільги зі сплати податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки. Так, база оподаткування об'єкта/об'єктів житлової нерухомості, в тому числі їх часток, що перебувають у власності фізичної особи – платника податку, зменшується:

- для квартири/квартир незалежно від їх кількості – на 60 кв. метрів;

– для житлового будинку/будинків незалежно від їх кількості – на 120 кв. метрів;

– для різних типів об'єктів житлової нерухомості, в тому числі їх часток (у разі одночасного перебування у власності платника податку квартири/квартир та житлового будинку/будинків, у тому числі їх часток) – на 180 кв. метрів.

Одночасно, існуючі норми доповнено тим, що сільські, селищні, міські ради можуть:

– збільшувати граничну межу житлової нерухомості, на яку зменшується база оподаткування;

– встановлювати пільги з податку, що сплачується на відповідній території з об'єктів житлової та/або нежитлової нерухомості, що перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, релігійних організацій України, статуту (положення) яких зареєстровані у встановленому законом порядку, та використовуються для забезпечення діяльності, передбаченої такими статутами (положеннями). Пільги з податку, що сплачується на відповідній території, з об'єктів житлової нерухомості для фізичних осіб визначаються виходячи з їх майнового стану та рівня доходів;

– встановлювати ставки податку для об'єктів житлової та/або нежитлової нерухомості, що перебувають у власності фізичних та юридичних осіб, в залежності від місця розташування (зональності) та типів таких об'єктів нерухомості у розмірі, що не перевищує 2% розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня звітного (податкового) року, за 1 кв. метр бази оподаткування.

Слід звернути увагу, що пільги з податку, що сплачується на відповідній території з об'єктів житлової нерухомості, для фізичних осіб не надаються на:

– об'єкт/об'єкти оподаткування, якщо площа такого/таких об'єкта/об'єктів перевищує п'ятикратний розмір неоподаткованої площі, затвердженої рішенням органів місцевого самоврядування;

– об'єкти оподаткування, що використовуються їх власниками з метою одержання доходів (здаються в оренду, лізинг, позичку, використовуються у підприємницькій діяльності).

Пільги з податку, що сплачується на відповідній території з об'єктів нежитлової нерухомості, встановлюються в залежності від майна, яке є об'єктом оподаткування.

Разом з тим, відповідно до пункту 33 підрозділу 10 розділу XX Кодексу встановлено, що на 2015 рік ставки податку для об'єктів нежитлової нерухомості, що перебувають у власності фізичних та юридичних осіб, визначені пунктом 266.5.1 Кодексу, не можуть перевищувати 1% мінімаль-

ної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня звітного (податкового) року за 1 кв. метр для об'єктів нежитлової нерухомості.

Обчислення суми податку з об'єкта/об'єктів житлової нерухомості, які перебувають у власності фізичних осіб, здійснюється контролюючим органом за місцем податкової адреси (місцем реєстрації) власника такої нерухомості з врахуванням таких особливостей:

– за наявності у власності платника податку одного об'єкта житлової нерухомості, в тому числі його частки, податок обчислюється, виходячи з бази оподаткування, зменшеної відповідно до підпункту 266.4.1 пункту 266.4 статті 266 Податкового кодексу, та пільги органів місцевого самоврядування з неоподаткованої площі таких об'єктів (у разі її встановлення) та відповідної ставки податку;

– за наявності у власності платника податку більше одного об'єкта житлової нерухомості одного або різних типів, в тому числі їх часток, податок обчислюється виходячи із сумарної загальної площі таких об'єктів зменшеної відповідно до підпункту 266.4.1 пункту 266.4 статті 266 Податкового кодексу та пільги органів місцевого самоврядування з неоподаткованої площі таких об'єктів (у разі її встановлення), та відповідної ставки податку;

Обчислення суми податку з об'єкта/об'єктів нежитлової нерухомості, які перебувають у власності фізичних осіб, здійснюється контролюючим органом за місцем податкової адреси (місцем реєстрації) власника такої нерухомості виходячи із загальної площі кожного з об'єктів нежитлової нерухомості та відповідної ставки податку.

Згідно підпункту 266.7.2 пункту 266.7 статті 266 Кодексу податкове/податкові повідомлення-рішення про сплату суми/сум податку, та відповідні платіжні реквізити, зокрема, органів місцевого самоврядування за місцезнаходженням кожного з об'єктів житлової та/або нежитлової нерухомості, надсилаються (вручаються) платнику податку – фізичній особі контролюючим органом за місцем його податкової адреси (місцем реєстрації) до 1 липня року, що настає за базовим податковим (звітним) періодом (роком).

Таким чином, у 2015 році фізичним особам платникам податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, податок буде нараховуватися контролюючими органами за місцем їх податкової адреси (місцем реєстрації) за 2014 рік в наступному порядку:

- з 01 січня по 31 березня 2014 року з житлової площі,
- з 01 квітня по 31 грудня 2014 року з загальної площі об'єктів житлової нерухомості.

## У РЕАЛІЯХ СЬОГОДЕННЯ ПОВІРИТИ, ЩО АМК ПУБЛІКУВАТИМЕ ВСІ РІШЕННЯ У РОЗУМНІ СТРОКИ, НЕ ДОПУСКАЮЧИ БУДЬ-ЯКИХ ЗЛОВЖИВАНЬ СКЛАДНО

АВТОР

**Вікторія ПТАШНИК**,  
народний депутат України



Проект Закону України «Про внесення зміни до деяких законодавчих актів щодо забезпечення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України» є надзвичайно важливим, прогресивним та сприятиме покращенню бізнес-клімату в Україні. Вперше за історію існування АМК, його діяльність може стати по-справжньому прозорою та відкритою для громадськості.

Не секрет, що наразі доступ до рішень АМК є вкрай обмеженим. Єдиною категорією справ, рішення в яких публікуються і є відкритими, є рішення у сфері оскарження процедури державних закупівель.

В інших категоріях справ рішення АМК не публікуються взагалі (два речення про результати розгляду справи, що публікує АМК з окремих справ, наврод чи можна назвати «публікацією рішень»).

Причиною цього є, по-перше, відсутність встановленого обов'язку АМК публікувати рішення, по-друге, небажання самого АМК публікувати власні рішення, і в останню чергу, це бажання деяких порушників конкурентного законодавства або учасників концентрацій приховати інформацію про факт наявності окремого порушення, чергову купівлю акцій тощо.

Питання конфіденційності інформації зазвичай є питанням досить делікатним. У будь-якому випадку під час написання законопроекту ми мали на меті запобігти ситуації, коли обмежуючи доступ до всієї без винятку інформації (враховуючи і ту, яка є загальновідомою, або розголошення якої жодним чином не вплине на діяльність компанії), певна компанія таким чином унеможливує публікацію відповідного рішення. У свою чергу, нинішня ситуація призводить до того, що рішення можуть прийматися АМК із застосуванням неоднакового підходу в аналогічних справах або не містить належного обґрунтування. Окрім цього, відсутність відкритого доступу до рішень не дає змоги суб'єктам господарювання спрогнозувати реакцію конкурентного відомства у певній ситуації та попередити порушен-

ня законодавства. Головною метою під час написання цього законопроекту було передусім забезпечення прозорості та передбачуваності діяльності АМК.

Законопроект передбачає обов'язкову публікацію рішень АМК за результатом розгляду заяв та справ на концентрацію та узгоджені дії, справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та справ про недобросовісну конкуренцію. Слід зазначити, що публікація рішень є звичайною практикою в роботі більшості розвинених конкурентних відомств у всьому світі.

Україна взяла обов'язок запровадити публікацію всіх рішень АМК відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Зокрема відповідно до Угоди Україна має імплементувати ст. 30 Регламенту Ради (ЄС) №1/2003 та ст. 20 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004, яка передбачає обов'язкову публікацію рішень про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та рішень щодо концентрацій. У зв'язку із цим, відповідні зобов'язання були також закріплені у Коаліційній угоді.

Загалом слід зазначити, що законопроект отримав позитивні відгуки, зокрема, від експертів Європейської комісії, а також від Американської торгівельної палати в Україні, Асоціації юристів України тощо.

Окремо слід розглянути питання строків на публікацію рішень АМК, що пропонуються законопроектом. Цікаво, що, наприклад, у Директивах ЄС, зокрема, у Директиві №1/2003 певних строків щодо публікації рішень немає. Отже, Єврокомісія не є обмеженою певними строками під час оприлюднення рішень та може зробити це у розумний строк після підготовки відповідної не конфіденційної версії. Однак у реаліях сьогодення повірити, що АМК публікуватиме всі рішення у розумні строки, не допускаючи будь-яких зловживань, на жаль, досить складно. У зв'язку із цим, у законопроект включено строки, протягом яких АМК зобов'язаний опублікувати рішення на офіційному веб-порталі – в межах 10 днів щодо рішень про відкриття справи та 30 днів з моменту прийняття цього рішення. Такий строк, на нашу думку, дасть змогу забезпечити достатній час для підготовки версії рішення, з урахуванням вимог щодо дотримання захисту інформації, що становить комерційну таємницю компанії.

## ПРОКУРАТУРА ЯК КАРДІОГРАМА КРИМІНОГЕННОЇ СИТУАЦІЇ В КРАЇНІ

АВТОР

**Анна РОДЮК**,  
редактор «Юридичного  
журналу»



«Звичайно ж, я не ідеалізую реформу органів прокуратури. Та й взагалі будь-яка реформа має свої позитивні та негативні зміни, своїх прибічників та критиків. Але все одно маю надію, що система органів прокуратури буде функціонувати краще, ніж вона це робить сьогодні», – такими словами почав круглий стіл «Реформа правоохоронних органів: стратегії та інновації» заступник Генерального прокурора України **Давід Сакварелідзе**. Захід було організовано Асоціацією правників України спільно з Генеральною прокуратурою, в стінах якої пройшов 5 березня цього року.

Саме кардіограмою кримінальної ситуації в країні прокуратуру назвав Сакварелідзе, презентуючи розроблену концепцію реформи правоохоронних органів, адже 25 квітня набуває чинності нова редакція Закону України «Про прокуратуру»,

і як юридична спільнота, так і українське суспільство загалом повинні якомога швидше побачити оновлене, структуроване, професійне та чесне обличчя української прокуратури.

На сьогодні з усіх правоохоронних органів саме прокуратура зазнає найбільш нищівної критики та нарікань: відсутність професіоналізму та компетентності, байдужість, корумпованість, свавілля – це далеко не повний приклад тих «епітетів», що лунають вбік представників прокуратури. Але будь-яку ситуацію, якою б безнадійною вона не здавалась, можна змінити. А для цього необхідний чіткий план – стратегія і тактика, послідовність дій, очікувані результати.

Саме таке стратегічне «поле битви» за Україну як правову державу шляхом реформування органів прокуратури й презентував новопризначений заступник Генпрокурора. До речі, правники, що відвідали захід найпершими побачили запропоновану концепцію реформи перед офіційною її презентацією, що відбулась уже наступного дня, 6 березня, за участі Генерального прокурора України. В ролі доповідачів також виступили міжнародний експерт, Генеральний прокурор Грузії (2004-2013 рр.) **Зураб Адеїшвілі**, член



Парламенту Грузії (з 2012 р.), заступник Міністра юстиції Грузії (2010-2012) **Гіоргі Вашадзе**, експерт Фонду «Інновації та розвиток», Радник Адміністрації Президента України **Давид Кізірія**, а також Радник Адміністрації Президента України **Ірина Данько**. Модератором круглого столу був **Сергій Гребенюк**, голова Відділення АПУ в м. Києві, радник кримінально-правової практики ЮБ «Сгоров, Пугінській, Афанасьєв і Партнери».

Почав презентацію пан Сакварелідзе, звісно, з існуючих нині у системі прокуратури проблем, назвавши такі:

- зайві рудиментарні функції;
- дублювання, неефективний менеджмент-системи;
- розвинена бюрократія: за словами доповідача, в Україні на сьогодні припадає близько 30 прокурорів на кожні 100 тис. населення, в Росії – 22, Франції – всього три. Крім того, такою прокурорською «махіною» доволі складно керувати;
- ускладнені процедури розслідування, застарілі органи розслідування. Сама система проведення розслідувань є заплутаною на незрозумілому. «Збір доказів нагадує збір макулатури», – так лаконічно відгукнувся про роботу слідчих органів прокуратури Давід Сакварелідзе;
- замкнута система менеджменту кадрів та неефективна система мотивації;
- малоефективна система розвитку кадрів;
- відсутність механізму забезпечення якості, контролю і превенції. Тут доповідач детальніше зупинився саме на забезпеченні якості. У розвинених країнах працює такий орган, як Quality Assurance – Департамент забезпечення якості прокурорської діяльності. На сьогодні в органах прокуратури України донині є система надання методичних рекомендацій, які насправді ніхто не читає. «З особистої практики скажу, що методичні рекомендації – це детально розписана система дій для кожного конкретного випадку злочину: пограбування, шахрайство фінансові злочини, вбивство і т.д. Кількість рекомендацій на кожен конкретний випадок перевищує дві сторінки. Усі «йдуть» від Генерального Прокурора», – повідомив заступник Генпрокурора.
- відсутність єдиної практики та кримінальної політики;
- повна відсутність системи автоматизації.

Як бачимо, спектр проблем немаленький. Але реформа на те й реформа, що має комплексний підхід. Як одна проблема чи недолік має наслідком іншу, так і крок за кроком мають здійснюватись перетворення на краще. Стратегія оптимізації органів прокуратури, за словами Давіда Сакварелідзе, виглядає так: а) очистити систему

від корупції; б) знайти нових людей й мотивувати для чесної роботи; в) позбутись залежності від політичного впливу; г) досягнути відчуття суспільної відповідальності за свої дії.

Наступне питання, на якому загострив увагу доповідач, – це фінансування органів прокуратури. «Ми проти того, щоб у бюджеті була закладена якась верхня межа заробітної плати прокурора. Якщо людина працює чесно, то її роботу варто оплачувати високо. Ми зробимо все, щоб наші прокурори отримували високу зарплату, але тільки за якісну роботу», – наголосив пан Сакварелідзе. Він також наголосив на важливості преміювання за розкриття резонансних справ.

Також концепція реформи у фінансовому аспекті передбачає:

- розробку системи диференціації окладів;
- спрощення системи надбавок, а саме: скасування надбавки за вислугу років та зміну механізму нарахування надбавок;
- вдосконалення механізму преміювання та оцінки результатів роботи.

Так звану «формулу успіху» оновлення прокуратури заступник Генпрокурора надав для ознайомлення учасникам круглого столу. І перший крок для її досягнення полягає в оновленні організаційного розвитку. Тут мається на увазі звільнення органів прокуратури від зайвих функцій.

Щодо роботи кадрів прокуратури пропонується запровадити новий механізм набору (тестування), методи навчання та сучасну систему мотивації працівників.

Ще одна новація реформи полягає в новій системі розслідування – залучення до роботи іноземних експертів-практиків. «Як це виглядатиме: створюється окрема група для розслідування певної категорії справ, беремо кілька справ, підключаємо іноземних фахівців – як теоретиків, так і практиків, які будуть давати поради нашим слідчим, узагальнювати практику та швидко розслідувати справи подібного роду», – пояснив пан Сакварелідзе. Групи створюватимуться за такими категоріями справ: корупційні справи, відмивання грошей, незаконна легалізація майна та інші резонансні справи. Незабаром, за словами заступника Генпрокурора, цей проект буде пілотований.

Нова система навчання та рекрутингу – один із способів недопущення до роботи в органи прокуратури «нерадивих» кадрів. Передбачає собою чотириступінчасту систему відбору кадрів: професійний іспит, тест на навички, психометричний тест та співбесіда.

Також вагомі зміни Сакварелідзе пропонує внести в процедуру комунікації з громадськістю.

Зокрема йдеться про створення фронт-офісу, який вміщуватиме сучасну громадську приймальню, кімнати для зустрічей та місце координації свідків та потерпілих. «Більше не буде цієї бетонної стіни та закритих дверей, які «прикрашають» сьогодні стартову сторінку веб-сайту ГПУ та асоціюються в громадян із закритістю, відстороненістю та недоступністю самої прокуратури», – наголосив доповідач. До речі, щодо сайту – розробники концепції також додали ідею про постійну онлайн-присутність прокуратур: долучення до соціальних мереж, робоча гарячої лінії та інше.

Забезпечення та контролю якості роботи прокурорських органів Сакварелідзе пропонує покласти на окремий орган – Генеральну інспекцію.

Щодо проблеми відсутності системи автоматизації в органах прокуратури, грузинський експерт переконаний, що її впровадження здійснить позитивний вплив на роботу правоохоронних органів, позбавить від надмірної «забюрократизованості» діловодства. «Коли ця система запрацює, я, наприклад, будучи у Києві, зможу побачити, як ведеться та чи інша справа, скажімо, в Дніпропетровську, чим займається слідчий або прокурор. І це зекономить величезні ресурси», – навіть приклад доповідач.

Структуру прокуратури заступник Генпрокурора бачить у вигляді чотирьох основних підрозді-

лів з чітко розмежованими функціями, повноваженнями та відповідальністю: адміністративний блок, розслідування, нагляд за додержанням законів та забезпечення якості.

Як вже йшлося, на роботу прокурорів набиратимуть виключно на конкурсній основі.

Як відповідь на заяву Давіда Сакварелідзе щодо готовності співпрацювати, модератор заходу Сергій Гребенюк повідомив, що адвокатський корпус долучиться до розроблення переліку запитань для проходження тесту майбутніми прокурорами. Це буде гарантією того, що прокурори знатимуть положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та не нехтуватимуть правами захисників у своїй роботі.

Зазначимо, що вже після завершення презентації один з учасників круглого столу запитав у Гіоргі Вашадзе, за який період часу в Грузії вже відчувались зміни на краще після впровадження реформи, – «за півроку, рік чи, може, більше?» Грузинський експерт відповів, що перші позитивні зрушення були помітні вже через три місяці. Що ж, маємо надію, що Україна піде грузинським шляхом перетворень та звершень, адже помітно, що бажання та ентузіазм змінити функціонування всієї системи правоохоронних органів України помітне. Та наскільки благополучне завершення матимуть усі ці ініціативи, покаже тільки час...





Ubi jus, ibi  
remedium

Закон дає і право,  
і засіб для його  
захисту



ДУМКА НАУКОВЦЯ

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОЗНАКИ ОБҐРУНТОВАНОСТІ ПІДОЗРИ

### АНОТАЦІЯ

В статті автор аналізує обґрунтованість підозри як підстави для застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Проаналізовано міжнародне і національне законодавство й особливості його застосування у цій сфері. Визначено основні проблеми у цій формі правосуддя. Встановлено шляхи подолання таких проблем.

### АННОТАЦІЯ

В статье автор анализирует обоснованность подозрения в качестве основания для применения мер пресечения в уголовном производстве. Проанализировано международное и национальное законодательство и особенности его применения в этой сфере. Определены основные проблемы в данной форме правосудия. Установлены пути преодоления таких проблем.

### ANNOTATION

The author analyzes the validity of suspicion as a basis for application of preventive measures in criminal proceedings. Analyzed the international and national legislation and especially its application in this field. The main problem in this form of justice. The ways of overcoming these problems.

### КЛЮЧОВІ СЛОВА

підозра, обґрунтованість, правовий захист, суд, ухвала суду

### КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

подозрение, обоснованность, правовая защита, суд, определение суда

### KEYWORDS

suspicion, validity, legal protection, the court, the court's decision

АВТОР

#### Армен НЕРСЕСЯН,

к.ю.н., науковий співробітник  
Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького  
НАНУ, адвокат



Ухвалення нового Кримінально-процесуального кодексу України в 2012 році заклало початок нової віхи в розвитку національної кримінальної юстиції. Низка положень нового КПК України є беззаперечно прогресивними і відповідають європейським і світовим стандартам кримінальної юстиції. Однак часом складається зовсім протилежна ситуація, а кримінально-процесуальні норми ускладнюють захист прав і свобод особи, яку притягають до кримінальної відповідальності.

Чи не найскладнішою проблемою наразі є застосування запобіжних заходів до підозрюваного/обвинуваченого. Становлячи за змістом обмеження прав і свобод громадянина, який на момент застосування запобіжного заходу ще не визнаний винним у скоєнні злочину, вони фактично є первісною реакцією держави в особі суду (слідчого судді) на факт повідомлення особі про підозру. Враховуючи суб'єктивність повідомлення про підозру (яке фактично є лише початковою позицією сторони обвинувачення) та відсутність у новому КПК України можливості оскарження такого повідомлення про підозру, слід вважати, що застосування запобіжних заходів має бути вельми обережним та виправданим об'єктивною ситуацією.

Метою пропонованої статті є встановити правові проблеми забезпечення процесуальних прав особи, стосовно якої застосовують запобіжні заходи в частині обґрунтованості підозри та сформулювати пропозиції щодо вдосконалення цього інституту кримінальної юстиції.

Ст. 9 Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 року визначає, що ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання, а в ч. 1 ст. 11 зазначено, що кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинною доти, поки її винність не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, при якому їй забезпечують усі можливості для захисту [1].

У ст. 62 Конституції України визначено, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконно, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. У разі скасування вироку суду як неправосудного, держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням. [2]

В ч. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначено, що кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

а) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;

б) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;

в) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

г) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу;

д) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

е) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції [3].

Ці підстави, крім передбаченої п. «е», вочевидь, більше пов'язані з кримінальним провадженням. Водночас інституту запобіжних заходів в кримінальному провадженні більшою мірою відповідає підстава, передбачена п. «с». Однією з підстав для визнання законності арешту за цим пунктом є обґрунтована підозра.

У ч. 2 ст. 177 КПК України передбачено, що підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які забезпечують достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї статті (переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають вагоме значення для встановлення обставин кримінального правопорушення тощо). Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених цим кодексом [4].

КПК України не дарма ставить обґрунтованість підозри на перше місце серед підстав застосування запобіжних заходів, адже за умови відсутності оскарження повідомлення про підозру (порівняно із постановою про порушення кримінальної справи за КПК України 1960 року) питання обґрунтованості підозри виходить чи не на перший план.

Серед обставин, зазначених у ст. 178 КПК як такі, що мають враховуватись при обранні запобіжних за-

ходів, на перше місце поставлено вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення [4].

Аналізуючи цю норму, Вищий спеціалізований суд України визначає, що в такий спосіб встановленню підлягає обґрунтованість підозри органу досудового розслідування про вчинення кримінального правопорушення підозрюваним, обвинуваченим, а також звертає увагу слідчого судді, суду на те, що відповідно до положень ст. 198 КПК висловлені в ухвалі слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу висновки щодо будь-яких обставин, які стосуються суті підозри, обвинувачення, не мають преюдиціального значення для суду під час судового розгляду або для слідчого чи прокурора під час цього або іншого кримінального провадження [5, с. 17].

Отже, одним із завдань слідчого судді (суду) при розгляді клопотання слідчого/прокурора щодо застосування запобіжних заходів є попередня правова оцінка зібраних на момент подання такого клопотання доказів сторони обвинувачення.

Крім того, слід зауважити, що і власний правозахисний досвід автора, і досвід значної кількості інших адвокатів вказують на лише формальне дотримання слідчим суддею (судом) питання дослідження обґрунтованості підозри. При цьому, домінуючою є логіка слідчого судді: «застосувати запобіжний захід (взяти під варту, посадити під домашній арешт, встановити розмір застави), а суд при розгляді справи по суті розбереться». Така логіка є закономірним наслідком пострадянської моделі кримінального судочинства – судочинства карального, а не змагального типу – яке, на жаль, не підвладне законодавчим змінам.

Запобіжні заходи, особливо найтяжчий з них – тримання під вартою – часто використовується недобросовісними слідчими і прокурорами для тиску на підозрюваного з метою визнання ним своєї вини. При цьому, такі службові особи часто свідомо обирають для повідомлення про підозру найбільш тяжкий склад злочину (кваліфікований замість простого, чи особливо кваліфікований замість кваліфікованого), а то й взагалі кваліфікують діяння за іншим, тяжчим складом злочину, щоб мати підстави для застосування більш тяжкого запобіжного заходу. Численні випадки такого неналежного застосування запобіжних заходів під час Революції гідності 2013-2014 років стали вже історією, а судді, які ухвалювали такі рішення, попри норми закону і здоровий глузд, визнані «гідними» продовжувачами справи сталінських «трійок».

Суперечливе розуміння поняття «підозра» в частині її обґрунтованості не могло оминати і наукових робіт з цієї тематики. Приміром, професор О.В. Капліна визначає, що підозра – це обґрунтоване припущення слідчого та/або прокурора про причетність особи до

вчинення кримінального правопорушення, яке формалізоване у повідомленні про підозру та має бути перевірено для спростування або підтвердження [6, с. 241]. При цьому, автор не заперечує суб'єктивності підозри, зазначаючи, що підозра завжди суб'єктивна, оскільки виникає на підставі внутрішнього переконання слідчого та/або прокурора, яке формується відповідно до зібраних у кримінальному провадженні доказів, а також про те, що підозра – це ймовірне судження, припущення, попередній висновок про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення [6, с. 240]. Йдеться про обґрунтованість підозри виключно для сторони обвинувачення (слідчого і прокурора) з її суб'єктивною специфікою. Обґрунтування ж підозри для суду при застосуванні запобіжних заходів повинно мати більш глибокий характер, адже аргументи на його підтвердження в будь-якому випадку можуть бути спростовані стороною захисту.

Академік Грошевий Ю.М. та професор Шило О.Г. визначають, що при прийнятті слідчим суддею, судом рішення про застосування запобіжного заходу йдеться про ймовірний характер знання, що формалізується у відповідній ухвалі. Однак обґрунтування та вмотивування цього ймовірного знання конкретними фактичними даними дає змогу досягти переконання в необхідності обмеження права, яке випливає з неупередженого дослідження слідчим суддею, судом наданих відомостей і свідчить про досить високий ступінь імовірності можливої негативної поведінки особи, а тому й необхідності обмеження її прав таким способом [7, с. 224]. В той же час слід зауважити, що така ймовірність стосується переважно майбутньої поведінки підозрюваного, зокрема, ризиків, зазначених у ст. 177 КПК України, і аж ніяким не може стосуватись можливості отримання в майбутньому доказів вини особи. Суд має ухвалювати рішення щодо застосування запобіжних заходів лише на підставі доказів, наданих йому в клопотанні про застосування таких заходів.

Зважаючи на наведене, слід визначити такі ознаки обґрунтованості підозри:

1. Наявність факту повідомлення про підозру особі, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, сам по собі не означає обґрунтованості. Повідомлення про підозру є лише попередньою позицією (припущенням) сторони обвинувачення щодо причетності до злочину особи. Така позиція може знайти не лише своє логічне продовження у вигляді обвинувального акта, а й згодом може бути доповнена, змінена чи спростована доказами отриманими на досудовому слідстві, що означатиме зміну повідомлення про підозру згідно зі ст. 279 КПК України або закриття кримінального провадження в порядку ст. 284 КПК України.

2. Обґрунтованість підозри означає, що слідчий суддя (суд) станом на день винесення ухвали про застосування запобіжних заходів дослідив докази причетності підозрюваного до вчинення кримінального правопорушення, дав їм попередню правову оцінку, що має бути зафіксованим в ухвалі, та дійшов висновку про їхню достатність для обмеження встановлених законом прав і свобод людини і громадянина. Така правова оцінка суду, хоч і не має жодного преюдиціального значення, все ж має бути об'єктивною і враховувати позицію сторони захисту, зокрема, й щодо спростування обґрунтованості підозри.

3. Обґрунтованість підозри як підстава для застосування запобіжних заходів обов'язково має бути відображена в ухвалі слідчого судді (суду), причому із чітким зазначенням, з дослідження яких саме наданих доказів суд дійшов висновку про причетність підозрюваного до конкретного кримінального правопорушення. Традиційні формули на кшталт «слідчий суддя дійшов висновку про наявність обґрунтованої підозри» не є таким відображенням і свідчать про формальне дослідження цього питання в судовому засіданні.

Наостанок слід зауважити, що лише справді незалежний суд може належно, незважаючи на тиск сторони обвинувачення та інші позапроцесуальні чинники, здійснювати правосуддя в процесі застосування запобіжних заходів. Саме розбудова незалежної судової системи дозволить уникнути зловживань у цій сфері.

#### *Література:*

1. Загальна декларація прав людини // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-порталу Верховної Ради України [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
2. Конституція України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/Z960254K.html#63](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/Z960254K.html#63).
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року // Інтернет-проект «Право України» від Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://pravo.ligazakon.ua/document/view/MU50K02U?edition=2009\\_05\\_27#](http://pravo.ligazakon.ua/document/view/MU50K02U?edition=2009_05_27#).
4. Кримінальний процесуальний кодекс України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/T124651.html#1349](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T124651.html#1349).
5. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України від 04 квітня 2013 р. № 511-550/0/4-13 // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. – № 3 (12). – с. 9-27.
6. Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність / О.В. Капліна // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – №1. – с. 238-242.
7. Грошевий Ю.М., Шило О.Г. Підстави обрання запобіжних заходів за новим КПК України / Ю.М.Грошевий, О.Г. Шило // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – №1. – с. 220-226.

## ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ У ЗАКОНАХ ТА ТЕОРІЇ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ

АВТОР

**Володимир КЛОЧКОВ**,  
к.ю.н., доцент кафедри  
конституційного  
та адміністративного права  
Національного  
транспортного університету



Розвиток законотворчого процесу в Україні, необхідність правового забезпечення ефективної реалізації реформ та активізація боротьби зі злочинністю, потреба в точній відповідності схвалених законів Конституції, усунення із законодавства прогалин, які призводять до різномислених тлумачень, суперечать законам та підзаконним актам, сприяли активізації наукових розробок у певних галузях законодавства, зокрема, прокурорського нагляду.

Правильне визначення понять необхідне для того, щоб виключити як необґрунтоване розширення, так і невинуватене звуження їхнього змісту, що має важливе значення. Дуже важливим є дотримання понятійно-термінологічної визначеності. Це означає, що терміни та поняття у нових актах не повинні відрізнятися від тих, що вживаються в Конституції і законах України, нормативно-правових актах, які регулюють відповідну сферу діяльності і перебувають у системному зв'язку.

Слід мати на увазі, що суттєвим для будь-якого поняття є значення, яке розкриває його зміст. Тому необхідно знати етимологію і сутність кожного терміна. Якщо дотримуватися правил лінгвістики, то будь-яке слово має власний зміст. Порушення цього правила призводить до отождолення кількох понять (слів) та різного їх тлумачення.

Помилки, яких припускаються при підготовці проектів законів, наказів генерального прокурора України та інших нормативно-правових актів, методичних рекомендацій тощо, зводяться до порушення вимог того чи іншого закону логіки: закону тотожності, закону суперечності, закону виключення третього і закону достатньої підстави.

З метою підвищення ефективності роботи у цьому напрямі необхідно прагнути термінологічної точності, чіткості, простоти та лаконічності.

Вдосконалення правової термінології та вирішення її проблем неможливе без глибокої роз-

робки юридичних понять, їхнього аналізу і точного визначення.

Метою цього дослідження є розкриття теоретичних і практичних питань удосконалення правил і способів визначення критеріїв понять у прокурорському нагляді.

Питання об'єкта прокурорського нагляду є одним із недостатньо досліджених у прокурорсько-правовій науці та за своєю суттю є складним поняттям. Наразі вчені України, РФ, інших країн СНД та Балтії не сформулювали однозначного визначення об'єкта прокурорського нагляду.

Одні науковці свідомо не досліджують таку складну категорію, як об'єкт прокурорського нагляду. Другі стверджують, що предмет і об'єкт у науці й практиці прокурорського нагляду – поняття тотожні. Треті дослідники як об'єкт цього нагляду розглядають органи та посадових осіб, за виконанням законів якими наглядає прокурор. Четверті вчені зробили висновок, що об'єктами прокурорського нагляду є державні органи, підприємства, організації, установи. Крім того, деякі досвідчені працівники органів прокуратури України в усній формі пояснили, що цим об'єктом є історія діяльності прокуратури.

Проаналізувавши ці висновки, переходимо до їхніх конкретних тезисів. Зокрема, навіть відомий учений запропонував відмовитися від використання такого поняття [23, с. 117].

А.А. Чувилов зробив висновок: «Об'єкт прокурорського нагляду – наукова категорія, що досі не дістала однозначного визначення. Під об'єктом прокурорського нагляду слід мати на увазі державні органи, установи, організації, органи місцевого самоврядування, а також їхню діяльність, пов'язані з виконанням законів».

Басков В. І. до кола об'єктів прокурорського нагляду включив дотримання законів громадянами. Більше того, разом із президентом та урядом РФ з об'єктів прокурорського нагляду дослідник виключив уряди республік у складі РФ. П.І. Каркач вважає, що об'єктом прокурорського нагляду є «підприємства, організації, установи та інші юридичні особи, в яких проводяться прокурорські перевірки додержання і застосування законів».

У зв'язку з цим В.Г. Даєв обґрунтовано зауважив, що питання щодо об'єкта і предмета

нагляду є доволі заплутаними у термінології прокурорського нагляду.

Тому правильне вирішення питання про об'єкт прокурорського нагляду має важливе теоретичне і практичне значення.

Саме об'єкт дозволяє визначити соціальну сутність прокурорського нагляду, сприяє правильному визначенню сфери та меж прокурорського нагляду на стадії підготовки та в процесі прокурорської перевірки, а також відмежуванню його від суміжних галузей права.

Щоб обрати правильний підхід до дослідження проблеми об'єкта прокурорського нагляду і визначити однозначний напрям подальшого викладу, необхідно насамперед дослідити його етимологію та смислове навантаження, методологічного підходу до якого, на жаль, в юридичній літературі не приділено належної системної уваги.

Найважливішим для будь-якого поняття є значення, що розкриває його зміст. Тому необхідно знати етимологію і сутність терміна.

Слово «об'єкт» походить від латинського *objectus* – предмет. Матеріальний предмет пізнання і практичного впливу з боку людини (суб'єкта). Об'єкт права – явище, на яке спрямовуються дії права. Об'єкт (пізньолат. *objectum* – предмет, від лат. *icidau* вперед, протиставляю), що протистоїть суб'єкту в його предметно-практичній і пізнавальній діяльності. За змістом об'єкт – ім'я предмета або особи, на яку спрямована дія, виражена дієсловом. Об'єкт права, як про речі (предмети), щодо яких виникають суспільні відносини, регульовані тією або іншою галуззю права. В іншому словнику це слово пропонують тлумачити так: «1. Те, що існує поза нами і незалежно від нашої свідомості, зовнішній світ, матеріальна дійсність. 2. Явище, предмет, на який спрямована будь-яка діяльність».

Об'єкт правовідносин (англ. *object of legal relations*) – матеріальні, духовні та інші соціальні блага, які слугують задоволенню інтересів та потребам громадян та організацій і стосовно яких суб'єкти права вступають у правовідносини й здійснюють свої права і обов'язки.

У теорії права слушно розглянуто об'єкт як «ті явища (предмети) світу, що нас оточує, на котрі спрямовані юридичні права та обов'язки».

У зв'язку з цим обґрунтовано стверджується: «об'єкт – це не просто будь-який предмет природи, що включений у сферу діяльності людини. Він сам по собі як об'єктивна реальність існує незалежно від свідомості людини, а стає об'єктом, вступаючи у взаємодію з суб'єктом».

Ця обставина дає підстави зробити такий висновок. В процесі цієї взаємодії відбувається не лише індивідуалізація об'єкта пізнання прокурорського нагляду, а і встановлення його предмета, оскільки наявний взаємозв'язок та певна взаємозалежність.

П.В. Копнін слушно зауважує, що «розуміння категорій суб'єкта та об'єкта служить вихідним пунктом розуміння процесу пізнання».

Якщо об'єктом для норм права є вольова поведінка людей загалом як учасників суспільних відносин установленого виду, то конкретні правові відносини регламентують фактичне поведіння конкретних суб'єктів. Поведінка суб'єктів правовідносин є завжди в цьому сенсі його об'єктом. У зв'язку з цим об'єктом правовідносин є фактична поведінка його учасників.

Аналізуючи об'єкт прокурорських наглядових правовідносин, В.Д. Ломовський дійшов висновку, що їхній об'єкт не є щось стосовно юридичного змісту правовідносин, а тому він є елементом його структури.

В.В. Зезюлін стверджує, що досліджуване поняття має включати діяльність установленого законом кола громадян, пов'язану з виконанням ними законів та правових актів. Є думка, що об'єктом судового контролю за законністю та обґрунтованістю арешту є процесуальне рішення-постанова, санкціонована прокурором, про арешт підозрюваного або обвинуваченого.

М.В. Руденко вважає, що поняття об'єкта як виду державної діяльності за точним та однаковим виконанням законів має виражатися в діяльності нагляду, тобто, на що спрямовано, що піддається аналізу та оцінці.

Слід вказати, що в літературі, юридичній науці і на практиці немає єдиної думки і точного підходу щодо відмежування об'єкта й предмета, зокрема у сфері прокурорського нагляду, оскільки ці поняття перетинаються: «Предмет, об'єкт. Те або той, на що чи на кого спрямована та чи інша діяльність, думка, тощо».

У відповідних державах діють закони «Про прокуратуру», які не містять поняття «об'єкт». Зокрема, в Законі України «Про прокуратуру», Федеральному законі «Про прокуратуру Російської Федерації» та країн СНД немає статті, яка передбачала б визначення змісту поняття «об'єкт», оскільки, на наш погляд, законодавець передбачив і охопив це поняттям «предмет», і може бути терміном «завдання» прокурорського нагляду.

До того ж звертаю увагу, що не можна погодитись з висновками тих вчених, які вважають, що об'єкт і предмет прокурорського нагляду є тотожними.

Тому слід погодитися з аргументованим переконанням В.Я. Чеканова, який стверджує, що між поняттями «предмет» та «об'єкт» нагляду наявний найтісніший зв'язок. Але разом з тим кожне з них має самостійний зміст і характерну їм структуру, їх варто чітко розмежовувати.

Кримінальний кодекс України має об'єкт, до якого належать суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом та яким внаслідок скоєння злочину завдано шкоду. Без об'єкта злочину немає його складу.

У кожній науці, зокрема загальній, до якої належить юридична, є свій об'єкт і предмет дослідження. Об'єкт науки – це ті явища, які вивчає вона. Предмет науки – це те, що становить інтерес конкретної науки в конкретному об'єкті.

У методології наукових досліджень розрізняють поняття «об'єкт» та «предмет» пізнання. Об'єктом пізнання прийнято називати те, на що спрямована пізнавальна діяльність дослідника, а предметом пізнання – досліджувані з певною метою властивості, ставлення до об'єкта.

Зокрема, Л.А. Пономаренко обґрунтовано вважає, що об'єкт дослідження – це та частина матеріального світу, процес або явище, що породжує проблемну ситуацію, обрану для вивчення. Предмет дослідження – це розглянута сторона об'єкта дослідження, який перебуває в певних межах. Об'єкт і предмет дослідження як категорія наукового процесу співвідносяться як загальне і частина. В об'єкті виокремлюється та його частина, що є предметом дослідження.

Отже, можна зробити висновок, що предмет нагляду – це складові об'єкта нагляду.

Предмет прокурорського нагляду співвідноситься з об'єктом як частина з цілим, і зовнішніми межами першого відносно до другого стають межі нагляду. Необхідно мати на увазі, що предмет прокурорського нагляду порівняно з об'єктом є більш динамічною правовою категорією. Зміни суспільно-економічних та політичних відносин закономірно спричиняють зміни меж предмета прокурорського нагляду.

Відповідні статті ЗУ «Про прокуратуру» передбачають предмет прокурорського нагляду. Але якщо слідувати вимогам законів логіки та методології наукових досліджень, то має бути об'єкт, оскільки предмет – це його частина.

При цьому, слід мати на увазі, що кожна галузь або напрям прокурорського нагляду мають специфічний предмет, тобто додержання і правильне застосування законів і підзаконних актів у певній сфері суспільно-державних відносин.

Безперечно, об'єктом прокурорського нагляду є не будь-які суспільні відносини, а лише ті, що

перебувають під охороною та захистом закону, на підставі функцій та повноважень, передбачених Конституцією та ЗУ «Про прокуратуру».

Цей об'єкт має відповідати таким вимогам: бути не дуже вузьким і не широким; виконуватися за однією основою, яка має бути не довільним поняттям, а стосуватися суті поділу цілого; виключати несумісність понять.

Не можна погодитись із висновком, що об'єктом прокурорського нагляду є «державні органи, установи, організації, органи місцевого самоврядування, а також їхня діяльність, пов'язані з виконанням законів».

Конституція України суттєво обмежила функціональні повноваження, які здійснювали органи прокуратури відповідно до ст. 5 ЗУ «Про прокуратуру». Зокрема, з компетенції прокуратури були виключені нагляд за додержанням законів усіма органами, підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами та громадянами (тобто загальний нагляд), а також розслідування діянь, які мають ознаки злочину.

Тепер Закон України «Про прокуратуру» не передбачає цю функцію нагляду. Раніше автором розглядалися проблема об'єкта прокурорського нагляду. Тому не може бути об'єктом прокурорського нагляду, наприклад, Міністерство лісового господарства, оскільки до сфери діяльності прокуратури не входить проведення вирубки з метою поліпшення якісного складу лісів та лісорозведення.

Також не є об'єктом прокурорського нагляду Служба безпеки України, у структурі якої є розвідка, контррозвідка, військова контррозвідка, захист національної державності, спецпідрозділи з боротьби з корупцією та організованою злочинністю, оперативно-технічні, внутрішньої безпеки тощо.

Зокрема, прокурор обмежений у правах щодо надання документів на осіб, які є гласними і негласними працівниками, документації, яка зашифровує особу чи відомчу належність агентури, приміщень і транспортних засобів оперативних підрозділів, які провадять оперативно-розшукову діяльність.

Не здійснює прокуратура нагляду стосовно розвідників-нелегалів і спеціально завербованих таємних агентів, а також розвідників, які діють під прикриттям легальних структур та установ.

Обмеженням є право на безперешкодний вхід в усі приміщення органів, оскільки у приміщенні може бути спеціальна техніка, з якою працюють штатні негласні працівники, чи особи, котрі допомагають органам на конфіденційній основі. Прокурору не потрібно знати умови

вербовки, склад агентів та їхні паролі, оплату за цю діяльність, адресу та облаштування секретних об'єктів, конспіративної квартири, де оперативні працівники СБУ зустрічаються та отримують інформацію від агентури про злочини, які готуються або вчинені, а також про загрозу безпеці в країні. Не отримує прокуратура інформацію про негласного працівника, впровадженого в злочинну групу осіб, агентурну внутрішньокамерну розробку й агента, який перебував у камері з підозрюваним чи засудженим в ІТТ, СІЗО та місцях позбавлення волі про злочини, які готуються або скоєні, які не розкриті. На підставі відповідного закону, свідчення про осіб, які конфіденційно співпрацюють або співпрацювали з розвідувальним органом України, належність осіб до кадрового складу розвідувальних органів, а також форми, методи та засоби розвідувальної діяльності та інформаційно-штатна структура розвідувальних органів не належить до прокурорського нагляду.

Ці органи є лише об'єктом матеріального світу. Робота СБУ, яка належить до оперативнорозшукової діяльності, дізнання, досудового слідства, а також вживання заходів щодо узгодження дій правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю є предметом прокурорського нагляду, який передбачений ЗУ «Про прокуратуру». Тому неможливо поєднувати в одне ціле матеріальні та правові явища. Це можна пояснювати тим, що при здійсненні нагляду органи та посадові особи діють як учасники прокурорсько-наглядових правовідносин, тобто суб'єкти права, а тому не можуть бути об'єктами права.

В ЗУ «Про прокуратуру» не встановлено, що є метою прокурорського нагляду, але в ньому (ст. 4) визначене завдання. Зокрема, одним із завдань прокурорського нагляду є всебічне утвердження верховенства закону, зміцнення правопорядку та захист від неправомірних посягань.

У Федеральному законі «Про прокуратуру Російської Федерації» передбачена функція нагляду за дотриманням Конституції РФ та законності, що є видом її діяльності, яка направлена на вирішення цих завдань, а за своєю сутністю характеризується як визначений об'єкт ведення.

Тому можна зробити висновок, що законність необхідно розглядати як об'єкт прокурорського нагляду.

На підставі викладеного вище пропоную значити, що об'єктом прокурорського нагляду є сфера визначених законом суспільних відно-

син, направлених на забезпечення верховенства закону, єдності й зміцнення законності, захисту прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави.

Отже, після тривалих пошуків та дискусій цей варіант тлумачення поняття об'єкта прокурорського нагляду може бути усталеним і обґрунтованим.

Більше того, в новому ЗУ «Про прокуратуру», який набирає чинності через 6 місяців з дня його опублікування, необхідно передбачити відповідну статтю, присвячену об'єкту прокурорського нагляду.

Розглянувши об'єкт як родове поняття, переходимо до розгляду інших питань теорії та практики прокурорського нагляду.

В Україні триває пошук оптимальних правових форм діяльності органів прокуратури.

Реформування органів прокуратури має бути спрямоване на подальше вдосконалення її діяльності із забезпечення безперешкодної реалізації прав і свобод людини, підвищення рівня їхньої юридичної захищеності, доступності звернень до прокуратури кожної людини по захист своїх прав і свобод.

Таке реформування органів прокуратури та зміни законодавства України необхідно спрямувати на забезпечення високих європейських і світових стандартів захисту прав і свобод людини. І така діяльність не має призвести до руйнування того, що протягом тривалого часу добре слугувало людям та державі, воно має бути сумісним з історією, культурою та сприйматися народом України. У ньому не може бути механічного копіювання закордонних моделей, без оцінки історії створення, розвитку та діяльності органів прокуратури України.

Однак після довготривалих дискусій та нарад Верховна Рада України ухвалила новий ЗУ «Про прокуратуру». Цей документ великий, за змістом та формою суттєво відрізняється від попередніх таких законів. Він суперечить Конституції України, законам та підзаконним нормативним актам. Має технічні помилки, протиріччя між його нормами, правову невідповідність.

Україна ратифікувала Угоду про асоціацію з Європейським Союзом.

Міжнародні експерти зробили висновок, що не всі функції органів прокуратури України відповідають вимогам, які встановлені у демократичних країнах. Тому ВР України спочатку має прийняти проект Закону України про внесення змін до Конституції стосовно прокуратури, зокрема щодо функції її діяльності. Однак цього не було зроблено, а передчасно був ухвалений



вищевказаний закон, у якому суттєво обмежені функції прокуратури.

Більш того, Конституція України (ст. 3) проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права та свободи людей та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Виконання головного обов'язку держави значною мірою покладено на прокуратуру, згідно зі ст. 121 Конституції України.

Але після прийняття цього закону прокуратура була позбавлена конституційної функції нагляду за додержанням прав і свобод людини, зокрема, функції прокуратури щодо представництва інтересів громадян та держави в суді були обмежені.

Крім того, законодавець проігнорував рішення міжнародно-правових органів про діяльність прокуратур поза кримінально-правовою сферою, що зумовлено правовими та історичними традиціями.

Зокрема, Рекомендація №19, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 6 жовтня 2000 року, передбачає, що в окремих правових системах прокурори здійснюють повноваження і за межами кримінально-правової сфери. У пояснювальному меморандумі до цієї рекомендації наголошується, що відповідно до сфери компетенції Експертного комітету рекомендація обмежується виключно розглядом ролі державного прокурора в системі кримінального судочинства, хоча в деяких країнах на державних прокурорів можуть покладатися й інші важливі обов'язки, наприклад, у галузі цивільного чи комерційного права.

Восьма Конференція генеральних прокурорів країн Європи (2–3 липня 2008 року) у своєму заключному документі підтвердила висновки Будапештської і Московської конференцій про те, що в Європі є велика кількість різноманітних систем діяльності прокуратур поза кримінально-правовою сферою, що зумовлено правовими та історичними традиціями.

Держави-члени мають право самостійно визначати свої правові механізми і порядок їхнього функціонування (п. 5 заключного документа конференції). Роль прокуратури і обсяг її повноважень, включаючи сферу захисту прав людини і публічних інтересів, визначається законодавством держав-членів.

Тому ця функція прокуратури за своїм призначенням, змістом і метою не суперечить міжнародним нормам і стандартам у гуманітарній сфері та притаманна органам прокуратури у

багатьох країнах. Зокрема, аналогічну функцію виконують не тільки прокуратури держав СНД – Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Казахстану, Киргизії, Молдови, Росії, Таджикистану, Туркменії, Узбекистану, Балтії – Латвії, Литви, – а й певною мірою прокуратури Болгарії, Італії, Німеччини, Франції, Польщі, Угорщини, Румунії, Словацької Республіки, Хорватії (всього 37 країн із 47 країн – членів Ради Європи). Щодо останніх, а також Латвії та Литви, серйозних зауважень з боку європейських структур не висловлюється, незважаючи на те, що більшість із перелічених країн є членами Євросоюзу.

У висновку Європейської комісії «За демократію через право» на проект Закону України про внесення змін до Конституції стосовно прокуратури у п. 25 зазначено, що Венеціанська комісія усвідомлює той факт, що для України неможливо буде негайно відмовитись від будь-якої ролі прокуратури у сфері захисту прав людини.

Суттєвим обмеженням нового закону є позбавлення органів прокуратури повноважень із розгляду заяв і скарг громадян та здійснення їх особистого прийому, що не відповідає ЗУ «Про звернення громадян», який надає таке право громадянам.

Обмеженою є і функція органів прокуратури щодо нагляду за додержанням законів органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство. Звуження цієї функції негативно сприяє на охорону та захист прав і свобод людини.

На результативності діяльності органів прокуратури може позначитися скасування колегій як дорадчих органів, на яких розглядаються стан законності та питання діяльності органів прокуратури.

Адміністративно-територіальний устрій України залишився без змін.

Однак помилковим є створення місцевих прокуратур шляхом ліквідації районних та міжрайонних прокуратур та їхнього злиття з вищевказаними.

Є зауваження про введення нового порядку стосовно кандидатів на адміністративні посади до Генеральної прокуратури України та регіональних прокуратур. Така процедура добору, призначення на ці посади, притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності та заохочення, переведення їх на посаду, негативно впливатиме на якість та ефективність роботи, а також суперечить КЗпП України, відповідним його статтям, Конституції України.

Зокрема, в ч. 4 ст. 48 ЗУ «Про прокуратуру» передбачено, що рішення про накладення на прокурора дисциплінарного стягнення або рішення про неможливість подальшого перебування особи на посаді прокурора може бути схвалене не пізніше ніж за рік із дня вчинення проступку. Але ця норма нового закону суперечить КЗпП, відповідно до якого цей строк для інших осіб становить не більше 6 місяців.

Зміст цієї норми не відповідає і Конституції України в частині дотримання прав певної категорії громадян.

У п. 5, ч. 1 ст. 77 (повноваження кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів) ЗУ «Про прокуратуру» встановлено, що КДК ухвалює рішення про накладення дисциплінарного стягнення на прокурора місцевої прокуратури. Однак ухвалення таких рішень стосовно регіональних прокурорів та прокурорів Генпрокуратури України не передбачено.

В цій статті чітко не визначено, чи може член КДК України отримувати інформацію з матеріалів кримінального провадження, на яку поширюється таємниця досудового слідства, а також – державна таємниця.

Отже, можна підсумувати, що зміст нового ЗУ «Про прокуратуру» порушує права громадян, які гарантує ст. 22 Конституції України, де передбачено, що права і свободи гарантуються і не можуть скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до законів заборонено звужувати зміст і обсяг уже наданих прав.

Більше того, становлення демократичної держави допускає не звуження, а розширення реальних гарантій забезпечення конституційних прав і законних інтересів громадян.

Необхідність виконання органами прокуратури України правозахисної функції зумовлена історичними особливостями розвитку УРСР, а відтак і незалежної держави:

- рівнем сформованої роками правосвідомості громадян, суть якої зводиться до оскарження дій посадових осіб органів виконавчої влади і місцевого самоврядування через звернення не до суду, а до керівників вищого рівня та правоохоронних органів, зокрема прокуратури. З року в рік кількість направлених до органів прокуратури України звернень зростає, дві третини з яких якраз і становлять звернення з питань захисту прав і свобод людини і громадянина;

- відсутністю законодавства про надання безоплатної правової допомоги громадянам (за винятком кримінального процесу);

- простотою звернення до органів прокуратури. Ніякої процесуальної форми для цього зако-

ном не встановлено, не потрібно сплачувати і будь-які кошти, зокрема державне мито. Для звернення людини до суду необхідно дотримуватися встановленої законом процесуальної форми, тобто написати позовну заяву. Як свідчить практика, людина часто не в змозі самостійно написати таку заяву, для цього їй необхідна допомога адвоката, послуги якого є платними;

- швидкістю і економністю позасудового захисту прав і свобод людини. Звернення розглядаються в органах прокуратури в строк до одного місяця, в судах же цивільні справи можуть розглядатися місяцями, а в деяких випадках – роками.

Крім того, прокуратура може захищати права та законні інтереси одночасно необмеженого кола осіб.

Деякі правові поняття є не зовсім чітко сформульованими, а тому виникають різні тлумачення, що може позначатися на забезпеченні однакового застосування норм законів та підзаконних актів у прокурорській діяльності.

В новому ЗУ «Про прокуратуру» немає заголовка, який передбачає «визначення понять», що не зовсім правильно.

Це можна пояснити тим, що у відповідних законах України є «визначення основних термінів», що є актуальним. Наприклад, в ст. 3 КПК України (визначення основних термінів) вони передбачені, що є корисним для використання працівниками органів досудового слідства, прокурорам, суддям, адвокатам, студентам та викладачам.

Крім того, з цим законом працюють не лише прокурори та слідчі прокуратури, а і працівники Національної академії прокуратури України. Його читають та вивчають працівники інших правоохоронних органів, народні депутати, науковці, та викладачі, студенти вищих навчальних закладів та загалом широке коло читачів, яким корисно буде знати визначення понять.

Навіть у договорах про надання послуги доступу до мережі інтернет, а також в угодах банківського обслуговування та в договорах про надання послуг визначені терміни, що застосовуються у цих документах.

Важливим є і те, що відповідні норми важко розуміти, а тому їх по-різному тлумачать.

У зв'язку з цим пропоную в новому ЗУ «Про прокуратуру» передбачити статтю із заголовком: «визначення основних термінів».

Стаття 8 цього закону (ч. 3) передбачає, що у Генеральній прокуратурі України утворюються департаменти та відділи. Однак не зовсім є зрозумілою така структура, оскільки в радянські

часи та в роки незалежної України вона не була сформована. Більш того, ця норма не повністю відповідає ч. 3 ст. 10 Закону, передбачаючи структуру регіональної прокуратури з управління та відділів.

Для підтвердження цього тезису звертаю увагу на те, що раніше та нині в структурі Генпрокуратури України є управління (головні) та відділи. З врахуванням ієрархії таку структуру мають і прокуратури областей (АР Крим).

Крім того, у ст. 10 (регіональні прокуратури) ЗУ «Про прокуратуру» передбачено: «У системі прокуратури діють регіональні прокуратури, до яких належать прокуратури областей, АР Крим, міст Києва і Севастополя. Регіональну прокуратуру очолює прокурор області, та відповідно АР Крим, міст Києва і Севастополя». У ст. 7 (система прокуратури України) не передбачено прокуратури області, а тому виникає і різне тлумачення.

Вивчення регламенту Генпрокуратури, наказів та вказівок генпрокурора засвідчило, що в них немає визначення поняття форми та методів прокурорського нагляду. Відсутність обґрунтування наукового поняття і методичного підходу до цих термінів викликають різне тлумачення їх у теорії та на практиці прокурорського нагляду. У зв'язку з цим в проекті ЗУ «Про прокуратуру» або в указаних нормативно-правових актах необхідно зазначити: «форми та методи прокурорського нагляду».

З філософії відомо, що форма повинна відповідати змісту. Тому форми нагляду – це правові засоби реалізації повноважень прокурора, визначені законом, наказами та вказівками генерального прокурора.

Форми прокурорського нагляду слід поділяти на три групи: форми виявлення порушень закону; форми діяльності прокурора з усунення порушень закону; форми запобігання порушенням закону.

Сукупність науково обґрунтованих та перевірених на практиці методів застосування правових засобів становить методику прокурорського нагляду.

Методика – це способи, прийоми, шляхи реалізації нагляду повноважень прокурора.

З наукового та практичного боку постає і таке запитання. Вивчення матеріалів прокурорсько-слідчої практики, актів прокурорського реагування, докладних записок та довідок, публікацій у засобах масової інформації свідчить про те, що часто вживаються терміни «закон», «нормативно-правовий акт» та «правовий акт», часом як тотожні та однакові за своєю юридичною силою.

Але «закони в державі мають вищу юридичну силу щодо інших нормативно-правових актів. Всі нормативно-правові акти є підзаконними, вони повинні відповідати конституції та приймаються на основі і на виконання законів».

Слід розуміти, що підзаконний акт – правовий акт, який має меншу юридичну силу, ніж закон. Ухвалюється на підставі законів та на їхнє виконання. Вони не повинні суперечити законам. Якщо існують суперечності, то перевага віддається закону.

Можна дійти такого наукового висновку, що точніше буде, якщо в актах прокурорського реагування, у доповідних записках, довідках, інформаціях, повідомленнях, актах управління, де йдеться про прокурорський нагляд за додержанням та застосуванням законів, необхідно вказувати слова «закони та підзаконні нормативні акти».

До того ж у відповідних галузевих наказах генпрокурора необхідно вказувати, що органи прокуратури здійснюють нагляд за додержанням і застосуванням законів та підзаконних нормативних актів.

В науковій юридичній літературі терміни «мета» та «завдання» ототожнюються. Зокрема, вважається, що мета і завдання – категорії парні.

Однак поняття «мета» й «завдання» за своєю сутністю є різними. Під «метою» варто мати на увазі результат, на досягнення якого спрямована діяльність у цілому. Завдання – те, що необхідно зробити для цього. Вони більш конкретні та чисельніші, ніж мета.

У відповідних нормативних актах Генеральної прокуратури України та в ст. 4 ЗУ «Про прокуратуру» визначене лише завдання прокурорського нагляду. Але не вказано мету, яка передбачена в багатьох законах та підзаконних нормативних актах.

У зв'язку з цим пропоную до відповідної статті нового Закону України «Про прокуратуру» передбачити мету й завдання прокурорського нагляду.

До цього нового закону є інші зауваження та пропозиції, які необхідно ретельно вивчити.

Для вирішення цих питань пропоную у Генеральній прокуратурі України створити робочу групу для внесення пропозицій та зауважень до ЗУ «Про прокуратуру», які направити до суб'єкта законодавчої ініціативи для внесення змін та доповнень до нього.

В наказах генерального прокурора України, в теорії та на практиці вживаються терміни «галузь прокурорського нагляду», «основний напрям (напрямок) прокурорського нагляду», «вид

прокурорського нагляду» в одному значенні, що є неправильним, оскільки це різні поняття.

Зокрема, наказом генерального прокурора від 6 липня 1999 р. створено Інститут Генеральної прокуратури України з підвищення кваліфікації прокурорсько-слідчих кадрів та науково-практичних розробок з питань організації роботи на основних напрямів прокурорської діяльності.

Доречно буде вказати те, що автор вносив пропозиції з приводу того, що ця назва інституту є довгою та громіздкою. Необхідно керуватися тим, що кожна назва має бути якомога ємнішою. Що коротша назва, то вона ширша за своїм змістом.

Тому було запропоновано скоротити назву до Інституту Генеральної прокуратури України. Постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2002 р. при Генеральній прокуратурі України було створено Академію прокуратури при Генеральній прокуратурі України.

Однак автор вніс пропозиції, що і така назва академії є задовгою. При цьому, варто зважати на те, що академія входить до структури Генеральної прокуратури України на правах головного управління. Навіщо така довга назва, оскільки і так зрозуміло, що ця інституція перебуває при Генпрокуратурі. Тому запропонована інша скорочена назва: Академія прокуратури України. Відповідним наказом генпрокурора цей вищий державний навчальний заклад був перейменований і дістав таку назву: Академія прокуратури України. Відтак до назви додалось слово «Національна», далі за текстом цієї інституції.

Автор також звертався до Академії (раніше Інститут) прокуратури при Генеральній прокуратурі РФ з такими пропозиціями, яка має вже іншу назву.

У науці немає чіткого і вичерпного тлумачення змісту цих термінів. Відсутність визначення сприяє їхньому різному розумінню й тлумаченню. Тому пропоную такій рамочний зміст цих термінів.

Галузь прокурорського нагляду – це відмінність у здійсненні єдиного прокурорського нагляду в певній галузі законодавства, що регулює значне коло однорідних, самостійних груп суспільних відносин, на яку спрямовані повноваження прокурорів.

Узагальнюючи зазначене вище, зміст цього терміна має складатися з таких елементів.

Основні напрями – це відмінність у здійсненні єдиного прокурорського нагляду у пріоритетних галузях законодавства, на які спрямо-

вані організаційно-правові форми діяльності прокурорів.

З метою недопущення різного розуміння та тлумачення у регламенті Генеральної прокуратури України, галузевому наказі генпрокурора необхідно передбачити визначення цих термінів.

Кожного року кількість законів і підзаконних нормативно-правових актів, підручників, навчальних посібників зростає, яких загалом нараховується уже десятки тисяч. З метою економії часу на вивчення таких джерел їхні назви мають за можливістю короткими. Тому пропоную наукову ідею про мінімізацію назв цих джерел.

Але є закони та нормативно-правові акти, зокрема постанови уряду, накази міністрів, у тому числі правоохоронних органів, методичні рекомендації, підручники, навчальні посібники, монографії, які мають чималі назви.

Так, військової прокуратурою Центрального регіону України підготовані рекомендації під такою назвою: «Методичні рекомендації щодо розслідування кримінальних проваджень про викрадення, привласнення, вимагання, військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових речовин або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ним шляхом шахрайства або зі зловживанням службовим становищем» від 28.08.2014 року.

Навіть назви підприємств установ і організацій, у тому числі заводів та фірм, є громіздкими, зайвими.

Наприклад: «Державне підприємство «Київський державний завод «Буревісник». Але слова «державне підприємство» є зайвим.

Виниклі запитання і щодо таких назв: «Державна акціонерна холдингова компанія «Артем», (доречно буде вказати, що він не має слова «Київський»), а також: «ПАТ Київський завод «Радар», «Харківський бронетанковий завод».

Проте вищевказаний та нижчевказані заводи в радянські та в часи незалежності належать до оборонної промисловості. Є й інші заводи цієї, що провадять аналогічну діяльність та мають різні назви. Хоча вони упорядковані та входять до єдиного міністерства.

Таким чином в системі обороно-промислового комплексу немає єдиного підходу в назвах підприємств.

Тому керівництво Міністерства оборонної промисловості України до підготовки проєктів нормативно-правових актів має долучати

фахівців, які мають досвід нормотворчої діяльності.

Крім того, є назва «Державна пенітенціарна служба України». У зв'язку з цим виникає питання, а що в країні є приватна пенітенціарна служба? Ні. Ця служба є в складі МВС України, яка є державною. Тому вважаю, що з назви цієї служби термін «державна» необхідно викреслити, далі за текстом.

Виникли питання і до назви «Державна податкова адміністрація України». Наголошу, навіть у назві є слово «державна»? Зрозуміло, що цей орган не приватний. Крім того, термін «адміністрація» необхідно замінити на інше слово «служба», оскільки він є більш точним. Навіть у ЗУ «Про державну податкову службу в Україні» є такий термін. Тому пропоную інший варіант назви цього органу: «Податкова служба України». До того ж є обґрунтована тенденція присвоювати центральним апаратам правоохоронних органів такі назви. Наприклад: «Служба безпеки України», «Служба зовнішньої розвідки», «Державна пенітенціарна служба України». Але звертаю увагу, що не потрібно включати до найменування слово «державна».

Автор неодноразово у наукових статтях, на семінарах, конференціях пропонував розробити системний, єдиний підхід щодо назв органів влади та контролю, про порядок їхнього створення та розмежування повноважень.

Постало запитання щодо назви «Міністерство внутрішніх справ». Вважаю, що назва має визначати основну сферу діяльності. Це єдиний правоохоронний орган, який не має конкретного головного, ключового терміна, передбаченого ЗУ «Про міліцію». Більше того, терміни «внутрішніх справ» не зовсім точні щодо сутності назви та діяльності міліції. Зокрема, Конституційний Суд, Верховний Суд, Генеральна прокуратура, Служба безпеки, Державна податкова адміністрація, Міністерство юстиції мають конкретні назви органів, а їхня основна діяльність також належить до внутрішньої діяльності України.

Якщо постане запитання, що міліція розслідувала та розслідує злочини за кримінальними справами, а в зв'язку з цим така назва може відповідати?

Однак з таким тезисом не можна погодитися, оскільки за новим КПК України розслідуються злочини за кримінальними провадженнями.

Такі самі зауваження і до назви: «Державна прикордонна служба України». Виникло питання, а що є приватні такі кордони між державами? Навіщо вказувати термін «державна».

У цьому контексті виникло зауваження і до назви: «Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України». Ця назва є великою, а термін «регіональний» є зайвим, оскільки його зміст охоплює слово «Україна». Регіон – це частина держави, а тому є територією України. У зв'язку з цим термін «регіональний» необхідно викреслити, далі за текстом, за відмінком.

Є назви в законах, де є терміни, що дублюють один одного. Такий є ЗУ «Про фінансування послуг та державне регулювання ринків фінансових послуг». Є ЗУ «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні». Тому постало запитання, навіть додаточно вказувати термін «Україна», оскільки ясно, що цей документ діє лише на території України.

Для обґрунтування цього тезису встановлено, що є відповідний закон, де у назві вказано аж три слова «Україна». Навіщо?

Більш того, деякі назви в законах не конкретні, абстрактні, які повинні бути точними та ясними.

Слід звернути увагу і на те, що при виданні наказів про призначення на посаду вживаються терміни: «тимчасово виконуючий обов'язки» чи аббревіатура «тво». Термін «тимчасово» є зайвим та громіздким, який вживається нерідко в системі збройних сил України та правоохоронних органів, зокрема й прокуратури. Наприклад, наказом Київського міжобласного спецпрокурора наказано: «Клочкова В.Г. призначити тимчасово в.о. начальника слідчого відділу Київської міжобласної спецпрокуратури з 04.03.1995 р. з доплатою різниці в зарплаті».

У новинах 17.02.2015 на телеканалі «Інтер» за фактом затримання військового комісара у хабарі, інтерв'ю надав, як було вказано на телеекрані: «т.в.о. військового Ужгородського прокурора О. Крижановський».

Автор дещо обізнаний з проблемами оборонної промисловості та стан оборонноспроможності держави. Тому неодноразово наполягав, що не потрібно руйнувати оборонну промисловість та спецпрокуратуру, де працювали працівники високої кваліфікації.

Не подано визначення поняття терміна «вид», який вживається в деяких випадках як ключове. Необхідно мати на увазі, що основною систематичною одиницею є вид, який має сукупність подібних за особливостями обставини у певній сфері діяльності і однакові вимоги для цього. Тому поняття «вид прокурорського нагляду» – це вид державної діяльності, виражений метою та завданням, направлений на проведення

певних дій, які нвляють до повноважень прокурора.

Слід звернути увагу і на таке тлумачення: в юридичній літературі та засобах масової інформації, в документах прокурорської та слідчої практики є факти, коли «арешт» та «взяття під варту» вживаються як слова-синоніми.

Приміром, Л.В. Франк зробив висновок, що «арешт – запобіжний захід», і при застосуванні арешту як запобіжного заходу щодо підозрюваного слід дотримуватись умов та мотивів застосування, які передбачені для запобіжних заходів взагалі та взяття під варту зокрема. Крім того, він вбачає різницю між арештом підозрюваного та між взяттям під варту обвинуваченого.

При дослідженні цього аспекту Д.М. Бакаєв та І.П. Жилка дійшли висновку, що у законодавстві, наказах генерального прокурора України, юридичній літературі та практиці ці поняття вживаються як рівнозначні.

Підтверджуючи цю тезу, можна навести слова З.Д. Єникеева про те, що взяття під варту чи, інакше кажучи, арешт особи допускається законом за визначених підстав.

У ст. 176 КПК України не встановлено такого запобіжного заходу, як арешт, а наведені інші, у тому числі: тримання під вартою та домашній арешт. У ст. 583 цього кодексу передбачений тимчасовий арешт. Тому помилкове вживання в прокурорсько-слідчих документах та інших носіях інформації терміна «арешт» може сприйматися як запобіжний захід у вигляді тримання під вартою або домашній арешт та викликати інші асоціації та тлумачення.

Більше того, статті 170–175 КПК України передбачають арешт майна; ст. 261 – накладення арешту на кореспонденцію, а також в інших статтях вжитий цей термін. Згідно зі ст. 51 КК України «Види покарань» термін «арешт» вживається як вид кримінального покарання, а в ч. 2 ст. 371 КК України передбачена відповідальність за завідомо незаконні арешт або тримання під вартою. Отже, термін «арешт» у цих кодексах вживається у різних значеннях.

Стаття 29 Конституції України передбачає, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за мотивованим рішенням суду. За цією редакцією статті вбачається, що спочатку особа підлягає арешту, а потім тримається під вартою.

Слово «арешт» походить від лат. *arrestum* – судова постанова, від німецького *arrest* – акт, яким обмежуються свобода особи, і що є одним із запобіжних заходів кримінально-процесуального примусу.

Раніше автор на концептуальному рівні досліджував проблеми законності тримання під вартою, обґрунтовано відрізняв ці терміни у багатьох наукових працях. Брав участь у роботі семінарів та конференцій щодо вдосконалення законодавства з боротьби зі злочинністю і корупцією; був учасником робочих груп з розробки різних законопроектів.

Вніс пропозиції до багатьох законопроектів, підзаконних актів і методичних рекомендацій, зокрема до кількох проектів КПК. Можливо, це сприяло, що у відповідних статтях нового КПК України термін «взяття» замінено на слово «тримання» під вартою та вдосконалення порядку запобіжного заходу.

Оскільки Конституція України та норми КПК України передбачають термін «арешт», то виникає необхідність уникнення різних тлумачень і понять цього слова. Слід чітко визначити, що спочатку особу заарештовують (піддають арешту), тобто щодо неї застосовується запобіжний захід у вигляді взяття під варту, а потім вона утримується під вартою. Коли для підозрюваного чи обвинуваченого обрано такий запобіжний захід, не потрібно вживати щодо цієї особи термін «арешт».

Працівники правоохоронних органів та сфери наукової діяльності вживають слово «арешт» для того, що його набагато зручніше і легше писати або промовляти, ніж повну назву цього запобіжного заходу.

Однак необхідно мати на увазі, що кримінально-процесуальні документи, зокрема акти прокурорського реагування, мають чітко відповідати правовим нормам.

Викладене дає змогу зробити висновок, що запропоновані заходи позитивно впливатимуть на вирішення певних питань під час підготовки проектів законів та підзаконних актів, методичних рекомендацій, зокрема й підвищенню ефективності прокурорського нагляду.

#### *Список літератури:*

1. Клочков В. Г. Система органів державного нагляду та контролю (порядок створення та розмежування повноважень) / В. Г. Клочков // *Право України*. – 2010. – С. 204.
2. Клочков В. Г. Проблеми визначення поняття в законах та нормативно-правових актах / В. Г. Клочков // *Юридичний журнал*. – 2013. – № 9-10. – С. 43.
3. Басков В. И. Курс прокурорского надзора : учеб. для студ. юрид. вузов и фак. / В. И. Басков; Московский гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М. : Зерцало, 1998. – С. 117.
4. Чувилев А. А. Прокурорский надзор в Российской Федерации: Учебник / А. А. Чувилев; под ред. – М. : Юристъ, 2000. – 132, [4] с.

5. Басков В. И. Курс прокурорского надзора : учеб. для студ. юрид. вузов и фак. / В. И. Басков; Московский гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М. : Зерцало, 1998. – С. 117.
6. Каркач П.І. Організація роботи прокуратури міста, району. Методичний посібник з організації роботи в міських, районних прокуратурах / П. І. Каркач // Х. : Право, 2008. – С. 13.
7. Даев В. Г. Основы теории прокурорского надзора / Даев В. Г., Маршунов М. Н. – Л. : изд-во Ленингр. ун-та, 1990. – С. 62.
8. Словник іншомовних слів / Головна редакція Української Радянської Енциклопедії Академії наук УРСР. – К. : [б. в.], 1975. – С. 473.
9. Большая Советская энциклопедия : в 30-ти т. / глав. ред. А. М. Прохоров. – М. : Сов. энциклопедия, 1974. – Т. 18 : Никтоотолиты. – С.259.
10. Ожегов С. И. Словарь русского языка : около 53 000 сл. / С. И. Ожегов; общ. ред. Л. И. Скворцов. – 24-е изд., испр. – М.: ОНИКС 21 век : Мир и Образование, 2005. – С.428.
11. Алексеев С.С. Проблемы теории права. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – С.314.
12. Копнин П.В. Введение в марксистскую гносеологию. К.,1966. – С. 68.
13. Копнин П. В. Гносеологические и логические основы науки / П. В. Копнин / АН УССР. Ин-т философии. – М. : Мысль, 1974. – 568 с.
14. Теория государства и права / [И. Г. Александров, Ф. И. Калинин, А. В. Мицкевич, А. Л. Недавний]. – М. : Юрид. лит., 1968. – С. 552.
15. Хропанюк В.Н. Теория государства и права / В.Н. Хропанюк; под ред. В.Г. Стрекозова. – 2-е изд., доп. и испр. – М. : Дабахов, Ткачев, Димов, 1995. – С. 313.
16. Юридичний словник / за ред. акад. АН УРСР В. М. Бабія та ін. – К. : УРЕ АН УРСР, 1974. – С. 452.
17. Ломовский В. Д. Прокурорско-надзорные правоотношения / В. Д. Ломовский; отв. ред. В. А. Юсупов. – Ростов-на-Дону: изд-во Рост. ун-та, 1987. — С. 310.
18. Зезулин В. Б. О понятии компетенции // Вопросы криминологии, уголовного права, процесса и прокурорского надзора: сб. науч. трудов / Редкол. : Вышинская З. А., Добровольская Т. Н., Звирбуль В. К. (Отв. ред.), Ларин А. М., Мельникова Э. В., Рагинский М. Ю., Соловьев А. В. – М. : Изд-во Всесоюзного ин-та по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1975. – С. 299-300.
19. Клочков В. Г. Судебный контроль за соблюдением законности и обоснованности применения меры пресечения- заключение под стражу / В. Г. Клочков. – К. : НВТ «Правник», 1998. – С. 18, 24.
20. Руденко Н. В. Проблемы совершенствования прокурорского надзора за исполнением законов, направленных на обеспечение рационального использования вторичных материальных ресурсов в народном хозяйстве : дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / Н. В. Руденко. – Х., 1989. – 209 с.
21. Словарь иностранных слов. – М. : Рус. яз., 1988. – С. 228.
22. Чеканов В. Я. Прокурорский надзор в уголовном судопроизводстве / В. Я. Чеканов; отв. ред. Н. А. Акинча. – Саратов: изд-во Сарат. ун-та, 1972. – 188 с.
23. Як підготувати і захистити дисертацію на здобуття наукового ступеня : метод. поради / авт.-упоряд. Л.А. Пономаренко. – К. : Ред. «Бюлетеня Вищої атестаційної комісії України», 1999. – 80 с.
24. Клочков В.Г. Історія прокуратури. Яка вона ? / В.Г. Клочков // Ярмарок. – 2002. – № 5. – 31 січня. – С. 2.
25. Клочков В.Г. Проблеми прокурорського нагляду за додержанням конституційних прав і свобод людини / Клочков В.Г. // Монографія. – К. Видавництво Логос Україна, 2011. – С. 72-74.
26. Теория государства и права : учебн. / под ред. Рассолова М. М., Лучина В. О., Эбзеева Б. С. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – 640 с.
27. Мычко Н.И. Цели – задачи прокуратуры как критерии измерения эффективности ее деятельности / М.І. Мичко // Питання конституційно-правового статусу прокуратури України та удосконалення її діяльності : зб. наук. праць / відп. ред. Л.М. Давиденко, П.М. Каркач; Генеральна прокуратура України. Інститут підвищення кваліфікації. – Х. : [б.в.], 1999. – С. 101.
28. Клочков В.Г. Академія прокуратури України при Генеральній прокуратурі України : історія створення та розвиток / В.Г. Клочков // Міліція України. – 2005. – № 9. – С. 22-23; Клочков В.Г. Академія прокуратури України при Генеральній прокуратурі України / В.Г. Клочков // Великий енциклопедичний юридичний словник / ред. Ю.С.Шемшученко; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К.: Юридична думка, 2007. – С. 24.
29. Наказ Київського міжобласного спецпрокурора від 04.03.1993 р. // Особиста справа Клочкова В.Г. Генеральна прокуратура України.
30. Корж В.П. Участие прокурора в рассмотрении материалов о судебной проверки законности и обоснованности ареста: Учеб.-метод. пос. – Х.: ИПК Генеральной прокуратуры Украины, 1997. – С. 1 – 16.
31. Франк Л.В. Задержание и арест подозреваемого: Уголовное и криминалистическое исследование. – Душанбе, 1963. – С.46, 54.
32. Бакаев Д.М., Жилка И.П. Вопросы измерения и оценки эффективности деятельности прокурора по санкционированию ареста обвиняемого // Питання конституційно-правового статусу прокуратури України та удосконалення її діяльності: Збірник наукових праць / Ред. кол. Л.М. Давиденко, П.І.Каркач та ін.; Х., 1999. – С. 130.
33. Єникеев З.Д. Применение мер пресечения по уголовным делам. – Уфа. – С. 30.
34. Скибицький В.В. Арешт особи // Юридична енциклопедія: Т. 1: А. – К.: Українська енциклопедія, 2003, –С.36.
35. Клочков В.Г. Проблеми прокурорського надзора в забезпеченні законности и обоснованности применения ареста и содержания под стражей // Проблеми організації прокуратури і оптимізації її доцільності в сучасних умовах: Збірник наукових праць. – Х., 1998. – С. 160;
36. Клочков В.Г. Судебный контроль законности и обоснованности применения меры пресечения – заключение под стражу: Дис... канд. юрид. наук – К., 1998. – С. 93;
37. Клочков В.Г. Прокурорський нагляд за законністю і обґрунтованістю обрання та продовження строків тримання під вартою: Навч. пос. для студ. вищ. навч. закл. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – С. 36–37.

## ПРО ДЕЯКІ ТЕНДЕНЦІЇ В РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ВІДЧУЖЕННЯ ДЕРЖАВНОГО МАЙНА

АВТОР

**Ірина СЕЛІВАНОВА**,  
к.ю.н., доцент кафедри  
господарського права  
Національного юридичного  
університету ім. Я. Мудрого,  
радник юридичної фірми ILF



За радянських часів правова наука приділяла значну увагу дослідженням правових проблем державної власності й державного майна. На сучасному етапі ці питання розглядають такі науковці, як: І.В. Єршова, В.А. Устименко, Р.А. Джабраїлов, О.П. Підцерковний, Д.В. Задохайло, О.В. Шаповалова, Б.А. Дерев'янка, В.М. Коваль, А.М. Захарченко [1-5] тощо. Один зі способів відчуження державного майна – приватизацію – розглядали такі вчені, як Р.Ю. Биков [6], В.Ю. Алданов [7] та інші. Втім, досліджень тенденцій розвитку законодавства України з питань відчуження державного майна наразі не проводилось. Мета статті – заповнити ці прогалини у вітчизняній науці господарського права.

Історичний аналіз українського законодавства з питань відчуження державного майна дає підстави для висновку, що на початкових етапах його розвитку законодавець дозволяв різні способи відчуження держмайна. Характерними рисами багатьох з них були непрозорість, відсутність конкурентних засад відчуження і, відповідно, неадекватна оцінка державного майна, корупційна складова тощо. З процесом накопичення негативного досвіду застосування таких способів відчуження державного майна, до законодавця приходять і усвідомлення того факту, що вони не відповідають інтересам держави. Щоб усунути ці недоліки, законодавець поступово унеможливило застосування таких способів. Так, основними з таких, спочатку законодавчо дозволених, а в подальшому заборонених, способів, були:

А) відчуження державного майна шляхом створення державними підприємствами інших (малих) державних підприємств або господарських товариств. Це було відлунням наданого ще в 80-х роках минулого сторіччя права створювати так звані малі підприємства всім юридичним особам, зокрема, й державним підприємствам. Внаслідок цього держмаينو на цілком законних підставах відчужувалось на користь інших суб'єктів господарювання. Доволі показовим є приклад участі

державного підприємства у створенні господарського товариства, адже внесок державного підприємства до статутного капіталу товариства ставав власністю товариства (тобто відчужувався) без особливого контролю з боку центральних органів влади. Неможливість застосування цього способу встановлена декретом Кабінету Міністрів України «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств від 31 грудня 1992 року [8], який визначив, що держпідприємства (за винятком будівельних організацій, підприємств будівельної індустрії та будівельних матеріалів, які є засновниками господарських товариств, що здійснюватимуть проектування та перспективне будівництво за кордоном) не можуть бути засновниками підприємств будь-яких організаційних форм та видів, господарських товариств, кооперативів.

Б) До 1997 року активно застосовувався такий неконкурентний спосіб відчуження державного майна, як його викуп на умовах, визначених договором оренди. Можливість застосування такого способу була анульована внесенням змін до відповідних законів. Зокрема, Законом України «Про оренду державного майна» в редакції ЗУ від 15.09.1995 року (ст. 25) визначено, що приватизація об'єкта оренди здійснюється відповідно до чинного законодавства. Відтоді договір оренди не міг містити індивідуальних умов приватизації орендованого майна [9]. Додатково ЗУ «Про приватизацію державного майна» в редакції Закону України від 19.02.97 року (п. 9 ст. 17) [10] встановлюється, що орендар має право на викуп об'єкта оренди, якщо це було передбачено договором оренди, укладеним до набрання чинності Законом України «Про оренду державного майна». Орендар здійснює викуп об'єкта оренди відповідно до законодавства та договору оренди. Умови викупу (ціна, порядок, строки, засоби платежу) визначаються в договорі оренди. Ціна об'єкта оренди визначається відповідно до методики оцінки майна, що затверджує Кабмін.

В) До 2001 року активно використовувався такий спосіб, як відчуження державного майна на підставі судового рішення про стягнення грошового боргу з суб'єкта державного сектора економіки з подальшою, спричиненою відсутністю грошових коштів на рахунках підприємства, заміною способу виконанням судового рішення та



звернення стягнення на майно боржника. Такий алгоритм відчуження законодавець заборонив, прийнявши 29 листопада 2001 року ЗУ «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» [11]. Цим законодавчим актом був установлений мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств та господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25% (далі – *підприємства*), до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна.

Під примусовою реалізацією майна підприємств мається на увазі відчуження об'єктів нерухомого майна та інших основних засобів виробництва, що забезпечують провадження виробничої діяльності цими підприємствами, а також акцій (часток, паїв), що належать державі в майні інших господарських товариств і передані до статутних фондів цих підприємств, якщо таке відчуження здійснюється шляхом звернення стягнення на майно боржника за рішеннями, що підлягають виконанню Державною виконавчою службою; або шляхом продажу майна в процесі провадження справ про банкрутство, визначеного відповідними статтями ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» щодо визнання боржника банкрутом, відкриття ліквідаційної процедури і продажу майна підприємства.

Г) Фактично до 2012 року відбувалося неконкурентне, значною мірою корупційне відчуження державного майна, передбачене різними господарсько-правовими договорами, укладеними суб'єктами державного сектора економіки. З 2008 року Кабмін намагався взяти під контроль цей потік неконкурентного відчуження держмайна. Тож 7 травня 2008 р. Кабмін схвалив розпорядження «Питання укладення деяких договорів» [12], відповідно до якого для підвищення ефективності управління об'єктами державної власності, забезпечення прозорої процедури їхнього відчуження та недопущення порушення інтересів держави перед центральними органами виконавчої влади, іншими суб'єктами управління об'єктами державної власності, зокрема Національною та галузевими академіями наук було поставлено завдання забезпечити укладення підприємствами, установами й організаціями, що належать до сфери їхнього управління (віднесені до їхнього відання), господарськими товариствами, у статутному фонді яких частка держави перевищує 50%, договорів про спільну діяльність, договорів комісії, доручення, управління майном виключно на підставі відповідних рішень Кабінету Міністрів України.

11 квітня 2012 р. Кабінет Міністрів України затвердив Порядок укладення державними підприємствами, установами, організаціями, а також господарськими товариствами, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50%, договорів про спільну діяльність, договорів комісії, доручення та управління майном (далі – *Порядок укладання договорів*) [13], яким встановлено обов'язковий етап укладання таких договорів – ухвалення Кабміном рішення про погодження укладення договору. При цьому, для алгоритму укладання договорів, визначених цим нормативним актом, характерні такі риси, як невизначеність максимального терміну дії договору; ініціювання укладання договору суб'єктом господарювання, що виявив намір укласти договір, визначення ним умов та виду договору; відсутність обов'язкового проведення конкурсу з вибору партнера. Все це свідчить про те, що погодження Кабінетом Міністрів укладання такої угоди не гарантує відсутності корупційної складової, але робить її настільки значною, що сам договір втрачає економічну привабливість. Хоча it depends.

Наразі законодавець звів усі способи відчуження державного майна до двох незалежних процедур: а) приватизація; б) неприватизаційне відчуження. Вони відрізняються: а) джерелами правового регулювання, б) суб'єктами, що ухвалюють рішення про відчуження; в) процедурою відчуження; г) отримувачем коштів від відчуження державного майна. Розглянемо кожен з наведених відмінностей окремо.

#### А. Джерела правового регулювання

**Приватизація державного майна** – це платне відчуження майна, що перебуває у державній власності, зокрема, разом із земельною ділянкою державної власності, на якій розташований об'єкт, що підлягає приватизації, на користь фізичних та юридичних осіб, які можуть бути покупцями відповідно до закону, з метою підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів для здійснення структурної перебудови національної економіки.

Регулюється на законодавчому рівні, а саме: Законами України «Про приватизацію державного майна» від 04.03.1992 року, «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» від 06.03.1992 року, «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва» від 14.09.2000 року, «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» від 10.07.1996 року, «Про особливості

приватизації підприємств, що належать до сфери управління Міністерства оборони України» від 18.05.2000 року, «Про формування конкурентних засад у процесі приватизації акцій (часток, паїв), що належать державі у майні юридичних осіб» від 12.01.2005 року, «Про Державну програму приватизації на 2012–2014 роки» від 13.01.2012 року.

Неприватизаційне **відчуження державного майна** суб'єктами господарювання регулюють Господарський кодекс України (ст.ст. 75, 77, 141), Порядок відчуження об'єктів державної власності, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 року № 803 (далі – *Порядок відчуження*) [14], нормативними актами міністерств (відомств).

Порядок відчуження визначає, що **відчуження** – це передача права власності на майно юридичним чи фізичним особам за процедурами та у спосіб, що передбачені цим Порядком.

#### **Б. Суб'єкти, що приймають рішення і укладають відповідні угоди**

**Приватизація державного майна.** Серед суб'єктів приватизації, до яких ст. 6 ЗУ «Про приватизацію державного майна» зараховує: 1) державні органи приватизації; 2) покупців (їхніх представників) та 3) посередників, державну політику в сфері приватизації здійснюють державні органи приватизації, тобто ФДМУ, його регіональні відділення та представництва у районах і містах, органи приватизації в Автономній Республіці Крим, що становлять єдину систему державних органів приватизації в Україні.

Саме державні органи приватизації приймають всі рішення з питань приватизації, а саме визначають перелік об'єктів, що підлягають приватизації, організують процес підготовки об'єктів до приватизації, ухвалюють рішення про приватизацію конкретних об'єктів, визначають спосіб приватизації, організують процес визначення ціни об'єкта (укладають договори на проведення незалежної оцінки майна в процесі його приватизації) та укладення договору купівлі-продажу, контролюють виконання умов договорів купівлі-продажу державного майна, здійснюють продаж земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, та здійснюють інші повноваження.

**Суб'єктами неприватизаційного відчуження державного майна** є: 1) державне підприємство або інший суб'єкт господарювання, на балансі якого обліковується держмайна, а саме казенні підприємства, державні комерційні підпри-

ємства (їхні об'єднання), установи й організації; Національна та галузеві академії наук та 2) орган, уповноважений управляти державним майном (міністерство, відомство, до сфери управління якого належить підприємство, а у визначених законодавством випадках, також і ФДМУ).

Відчужувати майнові об'єкти, що належать до основних фондів, державне комерційне підприємство має право лише за попередньою згодою органу, до сфери управління якого воно належить. Рішення про надання згоди та погодження на відчуження майна приймається лише за умов, що відчуження майна не обмежує провадження суб'єктом господарювання виробничої та іншої діяльності та/або відповідно до економічних, технічних (або інших) показників подальше використання майна є неможливе та/або економічно недоцільне; відчуження майна не впливає на цілісність майнового комплексу суб'єкта господарювання або його структурного підрозділу.

## **Виконання Державної програми приватизації дасть змогу завершити широкомасштабний процес трансформації відносин власності та оптимізувати державний сектор**

Отже, на відміну від процесу приватизації, договори купівлі-продажу державного майна в процесі неприватизаційного відчуження укладає не ФДМУ, а державне підприємство (суб'єкт господарювання, на балансі якого обліковується таке майно), але з попередньої згоди міністерства, відомства, до сфери управління якого таке підприємство входить.

#### **В. Процедура відчуження**

**Приватизація здійснюється** згідно з визначеними в ЗУ «Про приватизацію державного майна» порядком (ст.12) та способами приватизації (ст. 15).

Загальний порядок приватизації державного майна передбачає такі етапи: опублікування списку об'єктів, які підлягають приватизації, в офіційних друкованих виданнях державних органів приватизації та місцевій пресі; прийняття рішення про приватизацію; опублікування інформації про прийняття рішення про приватизацію об'єкта; проведення аудиторської перевірки

фінансової звітності підприємства, що приватизується; проведення у випадках, передбачених законодавством, екологічного аудиту об'єкта приватизації; затвердження плану приватизації або плану розміщення акцій акціонерних товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації, та їхню реалізацію.

З метою раціонального та ефективного застосування способів приватизації об'єкти приватизації класифікуються за певними групами. Від того, до якої з них належить об'єкт, залежить і спосіб приватизації конкретного об'єкта. Такими наразі законодавець визначає: продаж об'єктів приватизації на аукціоні (зокрема, за методом зниження ціни, без оголошення ціни); продаж об'єктів приватизації за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону; продаж акцій (часток, паїв), що належать державі у господарських товариствах, на аукціоні, за конкурсом, на фондових біржах та іншими способами, що передбачають загальнодоступність та конкуренцію покупців; продаж на конкурсній основі єдиного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій акціонерного товариства при поданні покупцем визначених законом документів; викуп об'єктів приватизації; продаж акцій на міжнародних фондових ринках, у тому числі у вигляді депозитарних розписок; інші способи, які встановлюються спеціальними законами, що регулюють особливості приватизації об'єктів окремих галузей.

В свою чергу, неприватизаційне відчуження держмайна здійснюється єдиним способом – шляхом його продажу на аукціоні, який проводиться організатором аукціону, тобто на підставі договору купівлі-продажу. При цьому, аукціон проводиться за наявності не менш як двох учасників, якщо є лише один учасник, аукціон вважається таким, що не відбувся.

### Г. Отримувач коштів

Отримані від приватизації грошові кошти є джерелом поповнення Державного бюджету України. Відповідно до ЗУ «Про Державний бюджет України на 2014 рік» ФДМУ зобов'язаний був забезпечити в 2014 році надходження до держбюджету коштів, отриманих від приватизації державного майна у сумі, не менш як 17 000 000 тис. гривень. Надходження від приватизації державного майна в 2015 році, як одного з джерел фінансування дефіциту державного бюджету, відповідно до листа Фонду державного майна України від 11.09.2014 року №10-19-12236 [15], прогнозується на рівні 17 млрд гри-

вень. Для збільшення кількості коштів, одержуваних при приватизації об'єктів, планується прийняття проекту ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації», згідно з яким з переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, вилучається близько 1200 об'єктів. В січні 2015 року ФДМУ перерахував до державного бюджету 100,2 млн грн від приватизації державного майна, що становить 0,6% плану.

В свою чергу, при неприватизаційному відчуженні кошти, що надійшли від продажу державного майна, спрямовуються відповідно до вимог законодавства, за наявності у підприємства заборгованості з виплати заробітної плати – перш за все на цільове погашення такої заборгованості, а також на погашення заборгованості за податками і зборами (обов'язковими платежами) до бюджетів та державних цільових фондів, пов'язаних із заробітною платою, та інших. Суб'єкти господарювання зобов'язані подати суб'єкту управління, Фонду державного майна протягом 30 календарних днів з моменту реалізації майна *звіт за результатами відчуження та використання зазначених коштів* (п. 18 Порядку відчуження об'єктів державної власності).

Втім, останнім часом виокремлюється нова тенденція в розвитку законодавства з питань відчуження державного майна. Зокрема, Державна програма приватизації на 2012-2014 роки, затверджена Законом України від 13.01.2012 року [16] констатує, що приватизація як широкомасштабний соціально-економічний проект трансформації державної власності, реалізацію якого було розпочато в Україні 1992 року, мала за мету в стислі строки забезпечити стратегічні позиції приватної власності в національній економіці. Процес приватизації державного майна сприяв накопиченню об'єктів приватної власності, зробив незворотним ринкові перетворення. Водночас в Україні не сформувалася ефективна система відносин власності, яка забезпечила б оптимальне використання національного економічного потенціалу та сприяла б досягненню цілей і виконанню завдань соціально-економічного розвитку. Процес приватизації триває майже 20 років.

Законодавець планує, що виконання Державної програми приватизації дасть змогу завершити широкомасштабний процес трансформації відносин власності та оптимізувати державний сектор; створити умови для приватизації об'єктів державної власності, подальше перебування яких у державній власності є економічно

недоцільним; сприяти забезпеченню економічного зростання; зменшити частку державного сектора в економіці до 25-30% ВВП, зменшити навантаження на державу з управління державним сектором економіки, що забезпечить підвищення ефективності управління.

Під час третього етапу (2014 рік) передбачається завершення приватизації як широкомасштабного соціально-економічного проекту, підготовка пропозицій щодо внесення змін до законодавства в частині визначення функцій органів управління, включаючи ФДМУ, для забезпечення переходу від процесу приватизації до продажу об'єктів державної власності як функції з управління об'єктами державної власності.

Отже, законодавець запланував припинити найближчим часом застосування такого способу відчуження державного майна, як приватизація. Відповідно назване автором «неприватизаційне відчуження» стане основним способом відчуження держмайна.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що законодавство України з питань відчуження державного майна розвивалось відповідно до таких тенденцій:

До початку 2000-х років законодавець поступово виключає неконкурентні способи відчуження державного майна, звівши до 2007 року всі можливі алгоритми до двох основних – приватизаційне та неприватизаційне відчуження такого майна. Однак на найближче майбутнє законодавець запланував завершення приватизації та перехід від процесу приватизації до продажу об'єктів державної власності як функції з управління об'єктами державної власності. Тобто неприватизаційне відчуження має стати основним способом відчуження держмайна.

#### *Список використаної літератури:*

Ершова И.В. Проблемы правового режима государственного имущества в хозяйственном обороте. – М.: Юриспруденция. – 2001. – 304 с.

Устименко В.А. Некоторые аспекты конституционно-правового регулирования отношений публичной собственности. – Экономико-правовые исследования в XXI веке: правовые проблемы эффективного использования объектов публичной собственности: Материалы Седьмой международной научно-практической конференции (г. Донецк, 22-29 апреля 2011 г.) / науч. Ред. В.К. Мамутов; НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. -Донецк:Изд-во «Ноулидж» (донецкое отделение 2011. – с. 3-7).

Устименко В.А., Джабраилов Р.А. О роли публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития государства / Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины: материалы

Международ. науч.-практ. конф. (г. Донецк, 18 сентября 2012 г.) / НАН Украины, Институт экономико-правовых исследований; редкол.: Мамутов В.К. (научн. ред. и др.) – Донецк: Юго-Восток, 2012. – с. 8-23.

Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: монографія / Задихайло Д. В. – Харків: Юрайт, 2012. – 456 с.

Захарченко А. М. Поняття і склад суб'єктів господарювання державного сектору економіки. Экономика и право. – 2012. – №2. – с. 160-166. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.economiclaw.dn.ua/wp-content/uploads/2014/04/>.

Р.Ю. Биков «Ефективність приватизації державного майна в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=35>.

Алданов Ю. В. Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності.-Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://disser.com.ua/contents/37138.html>.

Декрет Кабінету Міністрів України «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств від 31 грудня 1992 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/24-92>.

Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про оренду державного майна» від 15.09.1995 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/326/95-%D0%B2%D1%80>.

Закон України «Про приватизацію державного майна» в редакції Закону України від 19.02.1997 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/89/97-%D0%B2%D1%80>.

Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» від 29.11.2001 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2864-14>.

Розпорядження Кабінету Міністрів України від 7.05. 2008 року «Питання укладення деяких договорів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/703-2008-%D1%80>.

Порядок укладення державними підприємствами, установами, організаціями, а також господарськими товариствами, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50 відсотків, договорів про спільну діяльність, договорів комісії, доручення та управління майном, затв. Постановою. Кабінету Міністрів України від 11.04.2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/296-2012-%D0%BF>.

Порядок відчуження об'єктів державної власності, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 р. N 803 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/803-2007-%D0%BF>.

Лист Фонду державного майна України від 11.09.2014 №10-19-12236 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.theinsider.ua/business/54d344f6c4d26/>.

Державна програма приватизації на 2012–2014 роки, затверджена Законом України від 13.01.2012 р. Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4335-17>.



**«Юстиніан»**  
**Видавництво**  
юридичної літератури

Видавнича організація «Юстиніан» надає ексклюзивні послуги з агрегації статей для публікації у наукових зарубіжних виданнях (**Польща**).

Вимоги до статей, що подаються для публікації у науковому зарубіжному виданні:

- відповідність статті стандартним вітчизняним («ВАКівським») вимогам до наукових публікацій;
- наявність анотації польською та англійською мовами;
- наявність наукової рецензії.

За більш докладною інформацією звертайтеся до офісу **Видавництва «Юстиніан»**.



04050, м. Київ, вул. Герцена, 17/25, оф. 91  
тел.: +38 (044) 230-01-73, факс: +38 (044) 230-01-74  
e-mail: journal@justinian.com.ua, edit@justinian.com.ua  
**www.justinian.com.ua**

Контактні особи: Анна Родюк, редактор «Юридичного журналу»;  
Ірина Омельченко, генеральний директор видавництва «Юстиніан»

## ДЕРЕГУЛЯЦІЯ ЧИ ЗАРЕГУЛЯЦІЯ

### Про що свідчить аналіз проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» у частині регулювання земельних відносин

АВТОР

**Павло КУЛИНИЧ**,  
д.ю.н., професор,  
завідувач відділу проблем  
аграрного та земельного  
права Інституту держави  
і права ім. В. М. Корецького  
НАН України



24 грудня 2014 р. Кабінет Міністрів України вніс на розгляд Верховної Ради України проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» з проханням прийняти якомога швидше. Прохання було почуте. Вже 28 грудня 2014-го ВР України прийняла законопроект у першому читанні. Наразі триває робота з підготовки остаточної редакції документа.

Законопроект є доволі масштабним і має суттєво вдосконалити правове поле для ведення господарської діяльності у багатьох сферах економіки України, включаючи й сільське господарство. Безперечно, більшість його положень є обґрунтованими і сприятимуть зменшенню кількості дозволів, які мають отримувати сільськогосподарські товаровиробники та інші суб'єкти аграрних відносин при провадженні господарської діяльності у сфері виробництва та реалізації сільськогосподарської продукції.

Водночас деякі положення цього документа, зокрема, ті, що стосуються регулювання земельних відносин, є спірними. Адже спрямовані не на спрощення, а на ускладнення правового регулювання земельних відносин і можуть призвести до негативних наслідків.

Наприклад, вважаємо необґрунтованими запропоновані зміни до ст. 93 Земельного кодексу України та до Закону України «Про оренду землі» у частині встановлення 7-річного мінімального обов'язкового строку оренди земель сільгосппризначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, фермерського господарства та особистого селянського господарства. По-перше, встановлення 7-річного мінімального обов'язкового терміну орен-

ди таких земель порушуватиме права селян як власників земель, які згідно з чинним законодавством мають право самостійно розпоряджатися своєю землею, зокрема, домовлятися з орендарями про строк оренди земельних ділянок, що їм належать. По-друге, встановлення такого тривалого обов'язкового строку оренди земель поставить селян-орендодавців у невідгідне економічне становище, оскільки встановлений на початку строку оренди розмір орендної плати з плином часу не відповідатиме реальним ринковим розмірам орендної плати, а селяни не зможуть протягом семи років передати свою землю в оренду іншому орендареві, який запропонує вищу плату.

Викликає сумнів доцільність проведення огульного, такого, що стосується всіх дев'яти категорій земель, спрощення порядку укладання договорів оренди землі. Зокрема, змінами до ст. 14 ЗУ «Про оренду землі» передбачається замінити Типову форму договору оренди землі, яка затверджена Кабінетом Міністрів України і є обов'язковою для відтворення у всіх договорах оренди земельних ділянок, на Примірний договір оренди землі, який хоч і затверджується Кабміном, але є не обов'язковим для застосування, а рекомендаційним, зразковим, тобто таким, положень якого можна не дотримуватися. При цьому, новою редакцією ст. 15 ЗУ «Про оренду землі» кардинально зменшена кількість істотних умов договору оренди землі: з одинадцяти до трьох. Передбачається, що для укладення договору оренди земельної ділянки достатньо зазначити у ньому такі умови: 1) об'єкт оренди (кадастровий номер, місце розташування та розмір земельної ділянки); 2) строк дії договору оренди; 3) орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, способу та умов розрахунків, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальності за її несплату.

Такий підхід до спрощення порядку укладення договорів оренди землі є цілком виправданим для земельних ділянок несільськогосподарського призначення. Однак він є неприйнятним для оренди земельних ділянок сільгосппризначення,

для використання яких є надзвичайно важливим встановлення та виконання обов'язків орендаря щодо збереження та відновлення родючості таких ділянок. На нашу думку, щодо оренди сільськогосподарських угідь доцільним є інший підхід, який полягає у максимально повному врегулюванні всіх аспектів використання таких земель як засобу аграрного виробництва з двох причин. По-перше, оренда таких угідь передбачає передачу власником сільськогосподарської ділянки у тимчасове володіння та користування на тривалий термін чужій особі (орендареві), що надає їй можливість максимально повно експлуатувати ділянку для отримання прибутку. Тому з метою недопущення погіршення якісних характеристик земельної ділянки у процесі її орендного використання важливо зафіксувати у договорі оренди сільськогосподарської ділянки якомога більше умов щодо володіння і користування нею, дотримання яких піддаються контролю як засобами, доступними орендодавцю землі, так і з використанням можливостей посадових осіб Державної сільськогосподарської інспекції України. Це дисциплінуватиме орендаря, що, своєю чергою, сприятиме забезпеченню раціонального використання та охорони орендованої ділянки та надасть змогу ефективно контролювати ступінь експлуатації ним родючості угідь. По-друге, в Україні основною категорією орендодавців земель сільськогосподарського призначення є селяни, які отримали їх у власність у процесі паювання земель колективних сільськогосподарських підприємств. Здебільшого селяни є недостатньо обізнаними у тонкощах оформлення договорів, зокрема і договорів оренди землі, та потребують додаткових джерел інформації про такі договори. Саме Типова форма договору оренди землі, у якій зафіксовані положення, що змушують сторони договору досягти згоди з 11 істотних його умов, виконує, крім всього іншого, функцію джерела інформації про те, яким має бути договір оренди земельної ділянки сільгосппризначення. Безперечно, деякі істотні умови у Типовій формі договору оренди землі сформульовані некоректно, а деякі не несуть смислового (договірного) навантаження. Однак мають залишатися ті умови, які покладають на орендаря обов'язок збереження та відновлення родючості земель, а орендодавцеві дають певні важелі за діяльністю орендаря з використання його (орендодавця) земельної ділянки.

Невиправданним є ще одне нововведення розробників законопроекту, яке полягає у встановленні лише однієї форми орендної плати за зем-

лю – грошової. Згідно з запропонованою новою редакцією ст. 22 ЗУ «Про оренду землі», орендна плата справляється виключно у грошовій формі. Однак далі у цій статті наведене інше твердження щодо форми орендної плати за землею. Зокрема, в ній зазначається, за згодою сторін розрахунки по орендній платі за землю можуть здійснюватися у натуральній формі.

Отже, якщо орендар такої згоди не дасть, то селянин отримуватиме орендну плату за свою землю лише грошима. Розрахунок у натуральній формі має відповідати грошовому еквіваленту вартості товарів за ринковими цінами на дату внесення орендної плати. Проведене Проектом «Агроінвест» дослідження близько 700 договорів оренди землі, укладених у 14 областях (70 районах) України, свідчить, що значна частина (понад 50%) селян – орендодавців землі виявили бажання отримувати принаймні частину орендної плати в натурі (сільськогосподарською продукцією), оскільки ведуть підсобне господарство і використовують таку продукцію для вигодовування худоби і птиці. А отримання ними орендної плати виключно грошима негативно позначиться на розвитку підсобних господарств селян, оскільки вони далеко не завжди матимуть змогу придбати необхідну продукцію на ринку.

Крім того, не зовсім послідовною є позиція розробників законопроекту у частині вдосконалення регулювання відносин щодо застосування сівозміни. Приміром, ст. 52 ЗУ «Про землеустрій» розробники законопроекту пропонують викласти у редакції, яка робить використання сівозміни справою добровільною – за бажанням сільськогосподарського товаровиробника. Однак, якщо останній виявить бажання застосувати сівозміну, то він буде зобов'язаний замовити землевпорядній організації розробку проектів землеустрою, що забезпечують еколого-економічне обґрунтування сівозміни та впорядкування угідь. Однак зважаючи на негнучкість таких проектів землеустрою (самі сільськогосподарські товаровиробники не мають права їх коригувати) та високу вартість послуг землевпорядних організацій на їхню розробку, сівозміна в Україні практично не застосовується. Ми пропонуємо альтернативний підхід до застосування сівозміни, який ґрунтується на таких положеннях: 1) сівозміни розробляються не як проекти землеустрою, тобто не землевпорядними організаціями, а самими сільськогосподарськими товаровиробниками; 2) сівозміни розробляються самими сільськогосподарськими товаровиробниками щорічно, до

початку сільськогосподарського року (січень – березень) у формі плану полів сільськогосподарського товаровиробника із зазначенням культур, які передбачається засівати на кожному полі; 3) проект сівозміни складається автономно щодо кожного поля: чергування культур має відбуватися лише в часі (а не в просторі, тобто не як оптимальне співвідношення культур у сівозміні, що є справою накладною і непотрібною); 4) примірник проекту сівозміни сільськогосподарський товаровиробник надсилає районному органу влади, який здійснює контроль за використанням та охороною земель; 5) використовуючи землі, сільськогосподарський товаровиробник має право вносити зміни до затвердженого ним же проекту сівозміни, враховуючи погодно-кліматичні умови, зокрема засуху, повінь тощо, та вчасно повідомляти про такі зміни органу влади; 6) орган влади має право періодично перевіряти відповідність використання сільськогосподарським товаровиробником полів затвердженому проекту сівозміни.

Отже, проведений аналіз дає підстави для висновку про те, що схвалення проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» без вищезазначених коректив завдасть непоправної шкоди сільськогосподарському земельному фонду країни та селянам – власникам сільгоспземель. Адже, надаючи орендарям сільськогосподарських земель безальтернативне право отримувати сільськогосподарські землі в оренду на тривалий строк (не менше семи років), звільняючи від обов'язку застосування сівозміни (навіть у її простій формі чергування культур) та позбавляючи селянина права контролювати стан родючості переданих ним орендареві угідь шляхом контролю виконання істотних умов договору оренди землі, розробники законопроекту фактично віддали селянські землі у безконтрольне тривале використання сільськогосподарських товаровиробників.





## ДО ПРОБЛЕМИ ПОШУКУ КОНЦЕПЦІІ ЗМІН БАЗОВОГО НОРМАТИВНОГО АКТА, ЩО РЕГУЛЮЄ ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ В УКРАЇНІ

АВТОР

**Алла ШИРАНТ,**  
адвокат, к.ю.н.



Базовий нормативний акт, який регулює трудові правовідносини в нашій державі – Кодекс законів про працю України, було прийнято ще у 1971 р. Як слушно зазначає Н. М. Хуторян: «Трудовий кодекс повинен адекватно відображати процеси, що відбуваються в суспільстві, тому багато в чому його стабільність безпосередньо залежить від стабільності суспільно-економічних процесів на цьому етапі розвитку нашої держави.» Проте чинний Кодекс законів про працю України адекватно не відображає соціальну дійсність країни. За останні сорок три роки цей документ не зазнав значних змін, незважаючи на суттєві соціально-економічні перетворення, які відбулися в Україні. У разі виникнення спорів між сторонами трудового договору суди застосовують положення Кодексу. До того ж суспільні відносини щодо реалізації особи своєї здібності до праці під потужним впливом умов життя постійно змінюються та належать до суттєвих суперечностей з нормативним положенням Кодексу, які залишаються сталими.

Необхідність внесення змін до трудового законодавства для суспільства є очевидним. У зв'язку з чим постає потреба визначитися як буде проходити реформування правового регулювання трудових відносин: шляхом прийняття нового базового нормативного акта, що регулює трудові відносини або внесення змін до чинного. Враховуючи соціальний контекст сьогодення, виправданим є внесення змін до чинного кодексу, які б виправляли недоліки практики застосування норм трудового законодавства та враховували інтереси працівників та роботодавців в нинішніх умовах. Слід визнати, що чинний Кодекс законів про працю України містить ефективну систему гарантій захисту прав працівника, що, як правило, послідовно реалізовується судами у процесі вирішення трудових спорів. Водночас слід визнати, що суди допускають неточності у застосування норм Кодексу законів про працю України, що призводить до зловживання трудовими правами працівниками та матеріальних збитків роботодавця.

Загальна тенденція видів вищих інстанцій у вирішенні трудових спорів свідчить про врахування судами положень ст. 3 Конституції України, яка передбачає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їхні 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.

Водночас слід зазначити, що час від часу захист прав працівника, зокрема, й вищими судовими інстанціями, здійснюється за рахунок порушення прав та інтересів роботодавця, що загалом є негативною системною тенденцією судового правозастосування, оскільки створює передумови для зловживання працівниками правами. А судова підтримка працівників, які зловживають трудовими правами, унеможливує реалізацію принципу доктрини розвитку трудового законодавства, про який слушно зазначає Н. М. Хуторян – оптимальне збалансування виробничої та захисної функції трудового права, оскільки матеріальний добробут працівників безпосередньо залежить від ефективності виробництва. Адже незаконне збагачення працівників за рахунок стягнення грошових сум з роботодавця внаслідок зловживання ними трудовими правами негативно впливає на реалізацію виробничої функції трудового права та свідчить про дискримінацію роботодавця.

Саме тому суди при розгляді трудових спорів повинні виважено підходити до їхнього вирішення та не надавати судового захисту працівникам, які зловживають своїми правами. Інакше такі судові рішення можуть грубо порушувати майнові права роботодавця та спричиняти незаконне збагачення працівників за рахунок останнього шляхом стягнення з роботодавця відповідних грошових сум. Наприклад, у разі визнання судом звільнення незаконним на підставі частини третьої ст. 40 Кодексу та стягнення суми оплати вимушеного прогулу у разі, якщо працівник не повідомляв роботодавця про свою хворобу та надав лікарняний тільки в судовому засіданні. Або коли наявне стягнення суми середнього заробітку за час затримки розрахунку (ст. 117 Кодексу) у разі, якщо працівник звертається до суду через кілька років після звільнення з вимогою про застосування до роботодавця штрафної, матеріальної відповідальності

згідно зі ст. 117 Кодексу на підставі того, що роботодавець при звільненні не здійснив з ним повний розрахунок з оплати праці. Зловживання працівником трудовими правами полягає в тому, що працівник у момент звільнення свідомо не заявляв роботодавцю свої додаткові (спірні) вимоги з оплати праці порівняно з тим, що йому виплатив роботодавець під час звільнення, розраховуючи на щомісячне збільшення суми штрафної, матеріальної відповідальності роботодавця за декілька років. Слід зазначити про те, що якщо працівник має додаткові вимоги щодо оплати своєї праці під час звільнення він повинен це заявити роботодавцю перед звільненням згідно зі ст. 116 Кодексу.

На жаль, суди застосовуючи до правовідносин сторін положення ст. 117 КЗпПУ, яка передбачає штрафну, матеріальну відповідальність роботодавця, не здійснюють належної кваліфікації правовідносин щодо встановлення вини роботодавця у невиконанні працівнику в день звільнення відповідних сум. Також слід визнати, що національна судова система не застосовує ст. 13 ЦВ України, яка забороняє зловживати правом і вказує, що у разі такого зловживання суд відмовляє особі у захисті.

Щодо неврахування судами у разі кваліфікації трудових правовідносин сторін такої складової відповідальності, як вина, яка прямо передбачена ст. 117 КЗпПУ, можна навести зміни, які відбулися у судовій практиці, щодо тлумачення положень зазначеної статті.

До початку 2014 р. під час вирішення трудових спорів суди застосовували правову позицію Верховного Суду України щодо періоду виплати середнього заробітку за ст. 117 Кодексу, яка була викладена ним у п. 20 Постанови Пленуму «Про застосування законодавства про оплату праці» від 24.12.1999. А саме: установивши під час розгляду справи про стягнення заробітної плати у зв'язку із затримкою розрахунку під час звільнення, що працівникові не були виплачені належні йому від підприємства, установи, організації суми у день звільнення, коли ж він у цей день не був на роботі, – наступного дня після пред'явлення ним роботодавцеві вимог про розрахунок, суд на підставі ст. 117 Кодексу стягує на користь працівника середній заробіток за весь період затримки розрахунку, а під час непроведення його до розгляду справи – по день постановлення рішення, якщо роботодавець не доведе відсутності у цьому своєї вини.

Тобто Верховний Суд України в 1999 р. дійшов висновку, що період, за який застосовується відповідальність за затримку розрахунку під час звільнення, обмежується датою постановлення рішення судом. Закономірно, що ця дія суду – постановлення рішення – може мати місце виключно у разі судово-

го розгляду трудового спору. Тобто обмеження періоду, за який застосовується відповідальність за ст. 117 Кодексу, датою постановлення рішення має місце у разі застосування судом норми матеріального права (ст. 117 Кодексу) до правовідносин сторін.

Із зазначеної вище правової позиції Верховного Суду України також однозначно слідує, що період застосування відповідальності до роботодавця згідно зі ст. 117 Кодексу може обмежуватися й датою фактичного розрахунку проте виключно у разі, якщо роботодавець здійснив розрахунок з працівником до винесення судом рішення у справі.

Отже, період відповідальності роботодавця згідно зі ст. 117 Кодексу обмежується: (1) або датою фактичного розрахунку з працівником у разі, якщо роботодавець розрахувався з працівником до винесення судом рішення у справі; (2) або днем постановлення рішення, якщо роботодавець не розрахувався з працівником до такого дня.

Зазначене тлумачення Верховного Суду України щодо порядку застосування ст. 117 Кодексу є виваженим та відповідає як цілям правового регулювання трудових відносин – досягнення справедливості, так і може сприяти реалізації принципу оптимального збалансування виробничої і захисної функції трудового права.

Як приклад послідовного застосування судом положень зазначеного тлумачення Верховного Суду України від 1999 р., доречно навести висновки Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, викладені ним у постанові від 18.07.2012. Щодо вимоги працівника застосувати до роботодавця відповідальність згідно зі ст. 117 Кодексу з дати постановлення рішення по дату фактичного розрахунку суд зазначив, що це, по суті, є повторним застосуванням передбаченої цієї нормою відповідальності, а тому застосовуватися не може.

Проте останнім часом судова практика почала змінюватися. 29.01.2014 Верховний Суд України у постанові у справі № 6-144цс13 змінив правила застосування ст. 117 Кодексу до правовідносин сторін. Суд у зазначеній постанові зазначив, що непроведення з вини роботодавця розрахунку з працівником у строки, визначені ст. 116 Кодексу є підставою для відповідальності, передбаченої ст. 117 зазначеного Кодексу, тобто виплати працівникові його середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку. Після ухвалення судового рішення про стягнення заборгованості із заробітної плати, роботодавець не звільняється від такої відповідальності.

Отже, Верховний Суд України принципово змінив підход до визначення періоду відповідальності роботодавця у разі затримки розрахунку з працівником під час звільнення: відтепер такий період обмежено виключно датою фактичного розрахунку, – факт ви-

несення рішення судом у справі вже не обмежує зазначений період.

Позиція Верховного Суду України від 2014 р. суттєво посилює правовий захист працівника. Проте після системного осмислення правових наслідків для правовідносин колишніх сторін трудового договору слід зазначити, що таке посилення захисту прав працівника має місце внаслідок надання відповідальності роботодавця ознак карності через обтяження конституційного права роботодавця на судово оскарження рішення.

Відтепер відповідальність за ст. 117 Кодексу застосовується судами не по день винесення рішення (як це зазначено у постанові Пленуму Верховного Суду України у 1999 р.), а по день фактичного розрахунку і після винесення рішення. Тобто роботодавець за своє право оскарження рішення платить працівнику середній заробіток, тобто за правомірне діяння (оскарження рішення) роботодавець несе відповідальність згідно зі ст. 117 Кодексу.

Проте у разі тлумачення правових норм, які встановлюють порядок застосування до роботодавця відповідальності, доцільно пам'ятати, що підставою матеріальної відповідальності є трудове правопорушення. Шкода, протиправність, вина, причинний зв'язок є елементами підстави, без цих елементів немає підстав, тобто самого трудового правопорушення. До того ж, ґрунтуючись на принципі правової визначеності, застосування відповідальності без вини може мати місце лише у разі, якщо це прямо передбачено в законодавстві. Слід наголосити, що подання апеляційної та касаційної скарги роботодавцем – це процесуальна гарантія захисту прав роботодавця, яке закріплена у Конституції України. Право на оскарження рішення не може бути обтяжене обов'язком сплатити працівнику за цей період суму середнього заробітку за кожен місяць такого оскарження. Також слід взяти до уваги, що процесуальне законодавство містить можливість зупинення судом касаційної інстанції виконання рішення (статті 328, 360-1 ЦПК України) на період розгляду касаційної скарги. Зазначене можна розглядати як спосіб захисту відповідача від понесення безпідставних матеріальних втрат внаслідок виконання ним незаконного рішення. Особливо слід наголосити, що за правомірне діяння не може бути покладена відповідальність. Таким чином, особа, яка користується правом на оскарження рішення, діє правомірно і у неї також відсутня вина за невиконання рішення у цей період. Тому в період оскарження роботодавцем рішення до нього не може бути застосована відповідальність, передбачена ст. 117 Кодексу. Але у разі невиконання роботодавцем рішення суду після закінчення його оскарження така відповідальність може бути до нього застосована.

У разі новації правового регулювання цього питання також доцільно врахувати та переосмислити фактичну неможливість повороту виконання рішення з трудового спору згідно зі ст. 239 Кодексу законів про працю України. Положення зазначеної статті значно обмежують майнові інтереси роботодавця, – оскільки у разі, якщо суд касаційної інстанції відмовить роботодавцю в зупиненні виконання рішення, і воно буде виконане, надалі суд винесе рішення на користь роботодавця, – роботодавець несе майнові збитки і в тому разі, якщо діяв згідно з трудовим законодавством. Зазначене також не сприяє реалізації принципу оптимального забалансування захисної та виробничої функції трудового права.

Отже, слід констатувати, що слушні правові висновки Верховного Суду України, які містяться в його постанові Пленуму № 13 «Про застосування законодавства про оплату праці» від 24.12.1999 (п. 20), на сьогодні Верховним Судом ігноруються, що свідчить про наявність стійкої тенденції тлумачення Верховним Судом України приписів ст. 117 Кодексу на користь працівника за рахунок порушення прав роботодавця. Зазначене створює умови для зловживання правами працівниками, що шкодить досягненню як цілей правового регулювання трудових відносин, так і меті судочинства – досягнення справедливості.

Тому доцільним є внесення змін до ст. 117 Кодексу щодо неможливості покладення на роботодавця відповідальності згідно зі ст. 117 Кодексу за період оскарження роботодавцем рішення суду: з дати винесення рішення по (1) дату закінчення касаційного оскарження рішення або (2) по дату винесення судом касаційної інстанції рішення про відмову в допуску заяви про перегляд справи Верховним Судом України або (3) по дату винесення рішення Верховним Судом України за результатами розгляду заяви про перегляд рішення згідно зі ст. 354 ЦПК України.

Наведене вище свідчить про те, що ефективність правового регулювання трудових відносин залежить, передусім від якості застосування (тлумачення) правових норм відповідними суб'єктами, зокрема і судами під час вирішення трудових спорів. Система гарантій трудових прав працівників, що містить Кодекс законів про працю України, повинна бути збережена. До того ж одним із шляхів покращення правового регулювання трудових відносин є внесення змін до трудового законодавства, які б унеможливили зловживання працівниками трудовими правами та забезпечували оптимальне збалансування виробничої та захисної функції трудового права, оскільки матеріальний добробут працівників безпосередньо залежить від ефективності виробництва.

## ТРУДОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ НА ШЛЯХУ ДО ЄС

АВТОР

**Артем ГРУЗИНОВ**,  
магістрант Академії  
адвокатури України



В Україні на рівні стандартів ЄС впроваджені засади та механізми запобігання та протидії дискримінації, врегульовані положення щодо захисту персональних даних, неплатоспроможності роботодавця, правового статусу іноземців та осіб без громадянства, колізійних норм у трудових відносинах, зайнятості населення. Шляхом вміщення до законів іншої галузевої належності, норм із соціально-трудова відносин, фактично здійснюється впровадження трудових стандартів ЄС.

Характерною рисою регулювання соціально-трудова відносин, у бувших соціалістичних республіках, було прийняття кодексів. За цією традицією український законодавець з 2003 р. у чергових читаннях розглядає і все ж має намір прийняти у цьому році довгоочікуваний Трудовий кодекс України.

Предмет трудового права має комплексний характер і регулює індивідуальні і колективні трудові відносини. Прийняті законодавчі акти, що регулюють колективні трудові відносини теж на рівні трудових стандартів ЄС. Український законодавець не облишив і регулювання індивідуальних трудових відносин. Прийняті законодавчі акти, що регулюють відносини з охорони праці (1992 р.), оплати праці (1995 р.), надання відпусток (1996 р.), професійного розвитку працівників (2012 р.), зайнятості населення (2012 р.), що нині викладені у новій редакції чи зі змінами. До недавнього часу і зокрема, травня 2014 р., до глав КЗпП України «Трудовий договір», «робочий час» принципові зміни не вносились. Український законодавець став як на шлях тривалої кодифікації, так декодифікації трудового законодавства України.

У ситуації, що склалась із прийняттям Трудового кодексу України, важливо врахувати комплексний характер предмету трудового права і відступити від традицій минулого століття – регулювати трудові відносини кодифікованим актом законодавства. У багатьох державах-членах ЄС індивідуальні трудові відносини регулює комплексний закон про трудовий договір. Цей

закон визначає права та обов'язки працівників та роботодавців, а також відповідальність роботодавця за невиконання свого обов'язку. Зокрема, в Законі Естонії «Про трудовий договір» передбачена адміністративна відповідальність із диференціацією санкції для роботодавців-фізичних осіб та роботодавців – юридичних осіб. Одним із таких випадків є невиконання роботодавцем свого обов'язку інформувати і консультувати працівників у разі колективних звільнень.

Державний нагляд у сфері трудових відносин здійснює Інспекція праці на умовах і в порядку передбаченому іншим комплексним Законом Естонії «Про гігієну і безпеку праці». Нині варто відступити і від інших традицій, характерних для соціалістичних республік і зокрема: визначати відповідальність роботодавця тільки у кодексах іншої галузевої належності, на відміну від відповідальності працівників; визначати правовий статус органів державного нагляду за дотриманням трудового законодавства законом, що має регулювати соціально-трудова відносини.

У деяких державах-членах ЄС, трудові спори, що виникають із трудового договору – індивідуальні трудові спори, вирішуються на умовах і у порядку, що визначає Закон про вирішення індивідуальних трудових спорів. Зазначу, що Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» був прийнятий ще у 1998 році.

В контексті взятих Україною зобов'язань, поступово наблизити трудове законодавство України до трудових стандартів ЄС, важливо здійснити кодифікацію прийнятих в Україні законів, що регулюють індивідуальні трудові відносини і у такий спосіб впровадити Директиви ЄС з питань трудового законодавства, недискримінація, здоров'я і безпека праці. Цей закон має регулювати тільки індивідуальні соціально-трудова відносини, визначати права та обов'язки працівників і роботодавців та їх відповідальність і може мати назву як Трудовий кодекс України, так і Закон України «Про трудовий договір».

Ратифікувавши Угоду про асоціацію між Україною з однієї сторони, а Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами з другої сторони, Законом України від 16.09.2014, Україна зобов'язалась поступово наблизити і трудове законодавство України до трудових стандартів ЄС.

До основних трудових прав працівників, відповідно до ч. 1 ст. 2 КЗпП України, належить право

громадян України на працю, яке включає: право на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру; право на вільний вибір професії, роду занять і роботи. Відповідно до вказаної частини ст. КЗпП України держава створює умови для ефективної зайнятості населення, сприяє працевлаштуванню, підготовці і підвищенню трудової кваліфікації, а при необхідності забезпечує перепідготовку осіб, вивільнюваних у результаті переходу на ринкову економіку. До основних трудових прав працівників, відповідно до ч. 2 ст. 2 КЗпП України, належить і право на матеріальну допомогу в разі безробіття. Варто відзначити, що у 1991 р. кодекс доповнено статтею 2-1 «Рівність трудових прав громадян України» (Закон № 871-12). Цим наголошено на значенні одного із основоположних принципів – недопущення дискримінації у сфері праці та занять, закріпленого Декларацією МОП щодо основних принципів та прав у світі праці від 18 червня 1998 року. Україна взяла на себе зобов'язання забезпечувати рівність трудових прав усіх громадян незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, а також роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин. Отже, до переліку обстав, що впливають на нерівність прав у сфері праці, можуть бути віднесені й «інші обставини». За ст. 21 Хартії ЄС про основоположні права 2007 р. (далі – *Хартія 2007 р.*) забороняється дискримінація любого роду, а також і за ознакою обмеженої працездатності, віку чи сексуальної орієнтації. У ст. 31 Хартії 2007 р. встановлено і право на справедливі та рівні умови праці. Трудові права гарантуються також на рівні держав-членів, наприклад, у ст. 2 Трудового кодексу Литовської Республіки (далі – *ТК ЛР*) визначений принципи правового регулювання трудових відносин. Застосовуються такі принципи: свобода у виборі праці; допомога держави для осіб при здійсненні права на працю; рівність суб'єктів трудового права незалежно від статі, сексуальної орієнтації, раси, національності, мови, походження, громадянства, віку, а також обставин не пов'язаних з діловими якостями працівника та інші принципи, визначені у цій статті кодексу. Поряд із принципом рівності, відповідно до умов праці і психофізіологічних властивостей працівників, застосовується і принцип диференціації. У ТК ЛР встановлено, що закони про працю визначають і правові основи зайнятості населення (п. 2 ст. 4). В Білорусі Трудовий кодекс Республіки Білорусь (далі – *ТК РБ*) був ухвалений у 1999 р. У ст. 4 ТК РБ встановлено, що тру-

довий кодекс регулює трудові відносини, засновані на трудовому договорі, а також відносини, пов'язані із забезпеченням зайнятості (п. 5). У ст. 16 ТК РБ (Глава 2 «Укладання трудового договору») вказані випадки, у яких забороняється необгрунтована відмова від укладання трудового договору з громадянами.

У ст. 13 ТК РБ окремо зауважена заборона **примусової праці** і розкритий зміст цього поняття. Також вміщено і окрему статтю щодо заборони дискримінації у сфері трудових відносин, розкриті ознаки дискримінації. Зазначено, що особи, які вважають, що вони зазнали дискримінації у сфері трудових відносин, мають право звертатись до суду з відповідною заявою щодо усунення дискримінації (ст. 14 ТК РБ). В Естонії, Закон про трудовий договір, набрав чинності 01.07 2009 р. У ст. 3 цього закону, що має назву «Принцип рівного ставлення» передбачено, що роботодавець має забезпечити працівнику захист від дискримінації, додержуватися принципу рівного ставлення і сприяти рівності у правах відповідно до Закону про рівне ставлення і Закону про гендерну рівність. Дія Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 6 вересня 2012 року (із змінами від 13.05.2014 р.) поширюється і на трудові відносини, зокрема, застосування роботодавцем принципу розумного пристосування (ст. 4). Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» був ухвалений 2005 р. Отже, відповідно до міжнародних трудових стандартів, проголошено право громадян України на працю і рівність трудових прав – недопущення дискримінації щодо праці та занять.

У 1995 р. КЗпП України був доповнений ст. 5-1, якою були проголошені гарантії забезпечення права на працю працездатним громадянам, які постійно проживають на території України (Закон № 263/95-ВР). Крім того, у назві ст. 2 КЗпП України слова «та обов'язки» були виключені. Перше речення ч. 2 ст. 2 КЗпП України було викладене в такій редакції: «Працівники реалізують право на працю шляхом укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації або з фізичною особою». Відповідно до ст. 5-1 КЗпП України держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України, вільний вибір виду діяльності та ще п'ять гарантій забезпечення права громадян на працю. Ці гарантії держава надає працездатним громадянам, які постійно проживають на території України. Ратифікувавши у 1968 Конвенцію МОП про політику в галузі зайнятості № 122, Україна зобов'язалась проголошувати і

провадити як головну мету активну політику, спрямовану на сприяння повній, продуктивній і вільно вибраній зайнятості. Ця політика має за мету забезпечувати: по-перше, «роботу для всіх, хто готовий стати до роботи і шукає роботу, та щоб ця робота була якомога продуктивнішою; по-друге, свободу вибору зайнятості і найширші можливості для кожного працівника здобути підготовку та використовувати свої навички і здібності для виконання роботи, до якої він придатний, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних поглядів, іноземного походження чи соціального походження». На той час правові, економічні та організаційні основи зайнятості населення України і його захисту від безробіття, а також соціальні гарантії з боку держави в реалізації громадянами права на працю регулювались ЗУ «Про зайнятість населення» 1991 р. (втратив чинність на підставі Закону України від 05.07.2012). Отже, у ст. 2 КЗпП України проголошено основні трудові права працівників, до яких належить і право громадян України на працю, і право на матеріальну допомогу в разі безробіття, а у ст. 5-1 КЗпП України шість гарантій забезпечення права громадян на працю. Обов'язки працівників були визначені у ст. 139 КЗпП України.

Відповідно до ст. 43 Конституції України, держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. Згідно зі ст. 43 Конституції України, кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Використання примусової праці забороняється. Зазначу, що Конвенція МОП про примусову чи обов'язкову працю № 29 була ратифікована Україною 1956 року. В ст. 46 Конституції України закріплено, що громадяни мають право на соціальний захист, що включає «право на забезпечення їх і у разі безробіття з незалежних від них обставин». Правові, фінансові та організаційні засади загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття визначив Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» від 2 березня 2000 р. Цей закон розроблений вже відповідно до Конституції України та Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Тож після схвалення Конституції України зміни не були внесені до ст. 2 КЗпП України, ст. 2-1 КЗпП України,

ст. 5-1 КЗпП України. Конституційна заборона примусової праці як міжнародний трудовий стандарт, стандарт права ЄС, має бути реалізований у трудовому законодавстві України.

На ринку праці діють соціальні регулятори, встановлені державою у нормативних правових актах, які визначають, в інтересах суспільства, державну політику у сфері зайнятості населення. Конкретне регулювання правових, економічних і організаційних умов зайнятості населення і гарантії у сфері зайнятості населення нині визначає ЗУ «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 р. (надалі – *Закон 2012 р.*). На відміну від ЗУ «Про зайнятість населення» 1991 р., Закон 2012 р. визначив: **по-перше**, засади реалізації державної політики у сфері зайнятості населення та трудової міграції; **по-друге**, гарантії держави щодо захисту права громадян на працю; **по-третє**, гарантії реалізації права громадян на соціальний захист від безробіття. Тож Закон 2012 р. та інші нормативні правові акти, прийняті на його виконання, реалізують політику держави, яка має за мету сприяти здійсненню прав громадян на повну, продуктивну і вільно обрану зайнятість. Законодавство України щодо зайнятості населення формується під впливом міжнародних стандартів.

Закон 2012 р. належить до категорії так званих комплексних актів – відносини у сфері зайнятості населення регулюються Конституцією України, Законом 2012 р, а також КЗпП України, Господарським та Цивільним кодексами України, Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», іншими актами законодавства (ст. 2). Отже, правове регулювання відносин у сфері зайнятості в Україні здійснюється нормативними правовими актами різної галузевої належності.

Закон України 2012 р. визначив важливі терміни щодо зайнятості та суб'єктів відносин у сфері зайнятості населення (ст. 1). Зокрема, термін «зайнятість» розтлумачений доволі широко, як не заборонена законодавством діяльність осіб, пов'язана із задоволенням їхньої особистих та суспільних потреб з метою одержання доходу (заробітної плати) у грошовій або іншій формі, а також діяльність членів однієї сім'ї, які провадять господарську діяльність або працюють у суб'єктів господарювання, заснованих на їхній власності, зокрема безоплатно (п. 7 ст. 1). Якщо КЗпП України проголосив право на працю, то у Законі 2012 р закріплено право на зайнятість – кожен має право на вільно обрану зайнятість (ст. 3). На відміну від ст. 2 КЗпП України, що проголосувало право на працю, у ст. 3 Закону 2012 р. закріплено

право на зайнятість – кожен має право на вільно обрану зайнятість. Якщо у ст. 2 КЗпП України встановлено, що працівники реалізують право на працю шляхом укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації або з фізичною особою, право на зайнятість забезпечується шляхом встановлення відносин, що регламентуються трудовими договорами (контрактами), провадження підприємницької та інших видів діяльності, не заборонених законом. Законом 2012 р. перераховані і конкретні категорії осіб, які визнаються зайнятими (ст. 4). Наприклад, особи, які на законних підставах працюють за кордоном і мають доходи від такої зайнятості, батьки – вихователі дитячих будинків сімейного типу, прийомні батьки, якщо вони отримують грошове забезпечення відповідно до законодавства. Принципова відмінність сучасного підходу до питання зайнятості полягає у визнанні свободи праці. На відміну від КЗпП України, в Законі 2012 р. закріплено, що примушування до праці у будь-якій формі забороняється, а добровільна незайнятість особи не може бути підставою для притягнення її до відповідальності. Варто відзначити, що у ст. 5 Хартії 2007 р. встановлено «Ніхто не може залучатись до примусової чи обов'язкової праці» отже, трудове право регулює тільки одну із форм зайнятості – трудову. Право на працю, за КЗпП України, реалізується шляхом укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації або з фізичною особою.

Якщо у ст. 5-1 КЗпП проголошені гарантії забезпечення права громадян на працю, то у ст. 5 Закону 2012 р. визначені гарантії у сфері зайнятості населення і гарантується комплекс прав щодо зайнятості. Зокрема, встановлено, що держава гарантує у сфері зайнятості вільне обрання місця застосування праці та виду діяльності, вільний вибір або зміну професії (п.1 ст. 5). У ч.1 ст. 6 Закону 2012 зазначено, що кожен має право на вільний вибір місця, виду діяльності та роду занять, яке забезпечується державою шляхом створення правових, організаційних та економічних умов для такого вибору. Однак у ч. 2 цієї статті передбачено, що реалізація права на вибір місця, виду діяльності та роду занять здійснюється за допомогою: 1) самостійного забезпечення особою своєї зайнятості; 2) звернення з метою працевлаштування до роботодавця або за сприяння центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції; 3) звернення суб'єкта господарювання, який надає послуги з посередництва у працевлаштуванні. Отже, у ст. 6 Закону 2012 р. визнано право кожного на вибір місця, виду діяльності та роду занять та методи реалізації цього права. У ч.1 ст. 2 КЗпП України проголошено тільки право громадян України на працю – не для «кожного». Варто зазначити, що Хартія 2007 р. визнає право на свободу професійної діяльності та право на працю (ст. 15) та свободу підприємництва (ст. 16).



До Закону України 2012 р. вміщено розділ VII «Застосування праці іноземців та осіб без громадянства в Україні». Право на зайнятість в Україні мають іноземці та особи без громадянства (ст. 42). Процедуру видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства затверджено Постановою Кабінету Міністрів України. Громадяни України мають право здійснювати трудову діяльність за кордоном, якщо така діяльність не заборонена законодавством України та держави перебування (ст. 10). Отже, в Україні поступово впроваджуються право на свободу пересування і проживання (ст. 45 Хартії 2007 р.). Варто зауважити, що за Хартією 2007 р. свобода пересування і проживання може надаватись і вихідцям із третіх країн, які законно проживають на території будь-якої держави – члена ЄС. Правовий простір ринку праці має допускати можливість зміни його меж у зв'язку із трудовою міграцією населення як у межах території України, так і за її межами. Між тим, досі не ухвалений ЗУ «Про зовнішню трудову міграцію».

У ст. 29 Хартії 2007 р. визнано право на безоплатні послуги щодо працевлаштування. До частини III «Індивідуальні трудові відносини» ТК ЛР вміщено окремий розділ XI «**Працевлаштування**». Визначено, що особи право на працю здійснюють, безпосередньо укладаючи трудові договори з роботодавцями чи за посередництва організацій із працевлаштування.

За ст. 91 ТК ЛР **безробітними** визнаються працездатні особи працездатного віку, які не працюють, не навчаються у денних навчальних закладах, не мають достатніх засобів для проживання, зареєстровані територіальною біржею праці за місцем проживання як такі, що здійснюють пошук роботи і готові прийняти пропозицію щодо працевлаштування чи навчитись професії. Спеціальний закон визначає форми і порядок надання для безробітних послуг і допомоги з працевлаштування.

Відповідно до ст. 92 ТК ЛР **безробітним**, які мають чи можуть мати складності у пошуку роботи внаслідок недостатньої кваліфікації чи досвіду роботи, тривалого безробіття чи втрати працездатності, може бути надана додаткова допомога при прийнятті їх на роботу. На біржі праці **додаткова допомога** надається таким особам: інвалідам, особам від 16 до 25 років, які вперше починають трудову діяльність, безробітним із тривалим періодом безробіття, тривалість якої із дня реєстрації на біржі праці більше двох років; особам, яким виходу на пенсію за віком залишилося не більше п'яти років; матері чи батькові, який вихо-

дує дитину у віці до восьми років, а також іншим особам, визначеним у цій статті кодексу.

У ст. 5-1 КЗпП України однією із гарантій забезпечення права громадян на працю проголошено безоплатне сприяння державними службами зайнятості у доборі підходящої роботи і працевлаштуванні відповідно до покликання, здібностей, професійної підготовки, освіти, з урахуванням суспільних потреб. У п. 6 ст. 5 Закону 2012 р. право на безоплатні послуги щодо працевлаштування передбачене: 1) безоплатне сприяння у працевлаштуванні, обранні підходящої роботи; 2) одержанні інформації про ситуацію на ринку праці та перспективи його розвитку. Зокрема, у ст. 12 Закону 2012 р. установлено, що кожен має право на безоплатне одержання інформації про пропонування і попит на робочу силу, зокрема про вільні робочі місця (посади), можливості та умови працевлаштування на території України і за кордоном, професійну орієнтацію, професійне навчання та інші послуги, передбачені законодавством. Зазначу, що окремий розділ IV «Сприяння зайнятості населення» закону регулює правовідносини щодо сприяння зайнятості населення (ст. 24–31). Визначені заходи щодо сприяння зайнятості населення, до яких належать забезпечення відповідності рівня професійної кваліфікації працездатних осіб потребам ринку праці, стимулювання діяльності роботодавців, спрямованої на створення нових робочих місць та працевлаштування безробітних, розширення можливостей для підвищення конкурентоспроможності молоді та інші. У постанові Кабінету Міністрів України визначений механізм організації громадських та інших робіт тимчасового характеру, а також фінансування їхньої організації. Отже, навчання громадян, організація громадських та інших робіт тимчасового характеру є формою сприяння зайнятості населення. Причиною їхнього застосування є неможливість працевлаштування окремих категорій громадян на роботу, яка вимагає високого рівня кваліфікації. Таким чином, діяльність щодо пошуку підходящої роботи є основною формою сприяння працевлаштуванню населення.

Категорії «зайнятість» і «працевлаштування» тісно пов'язані – що ефективнішим працевлаштування, то ефективнішою є і зайнятість населення. Закон України 2012 р. визначає термін «працевлаштування» як комплекс правових, економічних та організаційних заходів, спрямованих на забезпечення реалізації права особи на працю (п. 15 ст.1). Працевлаштування визнано способом сприяння досягненню повної, продуктивної та вільно обраної зайнятості, надання



уповноваженими органами допомоги як громадянам у пошуку роботи, певного виду зайнятості, так і роботодавцям у доборі необхідних працівників. У п. 2 ст. 6 Закону України 2012 р. визначені фактично два способи працевлаштування. Зокрема, реалізація права на вибір місця, виду діяльності та роду занять здійснюється за допомогою: 1) самостійного забезпечення особою своєї зайнятості; 2) звернення з метою працевлаштування до роботодавця або за сприяння центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, чи суб'єкта господарювання, який надає послуги з посередництва у працевлаштуванні. Отже, безоплатне сприяння у працевлаштуванні, обранні підходящої роботи є однією з гарантій у сфері зайнятості населення.

Закон 2012 р. установив правила, які стосуються посередництва у працевлаштуванні в розділі VI «Послуги з посередництва у працевлаштуванні». Зокрема передбачено, що діяльність суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва у працевлаштуванні за кордоном, підлягає ліцензуванню і регулюється законами України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про зовнішньоекономічну діяльність» та іншими законодавчими актами України (ст. 38). Регулюються правовідносини щодо діяльності суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця (ст. 39). Порядок видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 20 травня 2013 р. № 359, однак ця постанова ще не набрала чинності. В Литві бути посередником стосовно роботи громадян за кордоном – виключне право держави, що здійснює біржа праці Литви. Інші підприємства, установи і організації можуть надавати посередництво щодо працевлаштування громадян за кордоном, лише маючи ліцензії, видані уповноваженою урядом інституцією (ст. 90 ТК ЛР). Варто зазначити, що Україна не ратифікувала Конвенцію МОП про приватні агентства зайнятості № 181. Приватне агентство зайнятості означає будь-яку фізичну або юридичну особу, незалежну від державної влади, яка надає одну чи більше з послуг ринку праці.

У ст. 5-1 КЗпП України проголошено надання підприємствами, установами, організаціями відповідно до їхніх попередньо поданих заявок роботи за фахом випускникам державних вищих навчальних, професійних навчально-виховних закладів. У ст. 28 Закону 2012 р. передбачена дер-

жавна підтримка молодих працівників, залучених до роботи в селах і селищах. Постановою Кабінету Міністрів України визначений правовий механізм надання одноразової адресної допомоги молодим працівникам, залученим до роботи в селах і селищах і затверджений перелік професій (спеціальностей, напрямів підготовки), за якими надається одноразова адресна допомога молодим працівникам, залученим до роботи в селах і селищах. Отже, у цьому випадку реалізуються і гарантії забезпечення права громадян на працю, проголошена у ст. 5-1 КЗпП України щодо компенсації відповідно до законодавства матеріальних витрат у зв'язку з направленням на роботу в іншу місцевість. У ст. 29 Закону 2012 р. передбачене розширення можливостей для підвищення конкурентоспроможності молоді. Порядок укладення договору про стажування студентів вищих та учнів професійно-технічних навчальних закладів на підприємствах, в установах та організаціях та Типову форму договору про стажування студентів вищих та учнів професійно-технічних навчальних закладів на підприємствах, в установах та організаціях теж затверджено постановою Кабміну України.

У ст. 5-1 КЗпП України гарантією забезпечення права громадян на працю проголошене безоплатне навчання безробітних нових професій, перепідготовку в навчальних закладах або у системі державної служби зайнятості з виплатою стипендії. У ст. 5 Закону 2012 р. передбачена як професійна орієнтація з метою самовизначення та реалізації здатності особи до праці (п. 3), так і професійне навчання відповідно до здібностей та з урахуванням потреб ринку праці (п. 4), а також підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за робітничими професіями (п. 5). Правовідносини щодо професійної орієнтації та професійне навчання врегульовані в окремому розділі Закону 2012 р. (ст. 32-35). Затверджений порядок надання послуг з професійної орієнтації осіб. З метою організації надання соціальних послуг визначений порядок професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації зареєстрованих безробітних. Для раціонального використання коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття затверджений порядок добору навчальних закладів для організації професійного навчання зареєстрованих безробітних та їхнє проживання в період навчання. Порядок підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за робітничими професіями затверджений постановою Кабінету Міністрів України. Отже,

в Україні визначені правові механізми щодо професійної орієнтації та професійного навчання.

У ст. 5-1 КЗпП України гарантією забезпечення права громадян на працю проголошено і компенсацію відповідно до законодавства матеріальних витрат у зв'язку з направленням на роботу в іншу місцевість. Гарантії і компенсації при переїзді на роботу в іншу місцевість установлені ст. 120 КЗпП України. У ч. 4 ст. 120 КЗпП України визначено, що гарантії і компенсації особам при переїзді їх в іншу місцевість у зв'язку з направленням на роботу в порядку розподілу після закінчення учбового закладу, аспірантури, клінічної ординатури або в порядку організованого набору, встановлюються законодавством.

У ст. 5-1 КЗпП України гарантією забезпечення права громадян на працю проголошено і правовий захист від необгрунтованої відмови у прийнятті на роботу і незаконного звільнення, а також сприяння у збереженні роботи. У ст. 5 Закону 2012 р. гарантії у сфері зайнятості населення стосуються: 1) захисту від дискримінації у сфері зайнятості; 2) необгрунтованої відмови у найманні на роботу; 3) незаконного звільнення. Установлене і право особи на захист від проявів дискримінації у сфері зайнятості населення (ст. 11). Однак не вважається дискримінацією здійснення заходів щодо додаткового сприяння у працевлаштуванні окремих категорій громадян. Недопущення дискримінації визнано у ст. 21 Хартії 2007 р. У ст. 11 Закону 2012 р. теж передбачено, що держава гарантує особі право на захист від будь-яких проявів дискримінації у сфері зайнятості населення за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, членства у професійних спілках або інших об'єднаннях громадян, статі, віку, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Однак ст. 2-1 КЗпП України й досі має назву «Рівність трудових прав громадян України» (Кодекс доповнено ст. 2-1 згідно із Законом від 20.03.1991). Варто відзначити, що загальну систему рівного ставлення у сфері зайнятості та професійної діяльності визначає Директива Ради № 2000/78/ЄС від 27.11.2000 р. У ст. 30 Хартії 2007 р. визнано право на захист у разі незаконного звільнення. Відповідно до ст. 13 Закону 2012 р. кожен має право на оскарження рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання, фізичних осіб, що застосовують найману працю, а також дій або бездіяльності посадових осіб, що призведе-

ли до порушення права особи на зайнятість, відповідно до законодавства. Отже, в Законі 2012 р. регулюються і юрисдикційні правовідносини щодо зайнятості населення. Однак не розкривається зміст права кожного на оскарження.

У ст. 43 Конституції України встановлено, що кожен має право на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом. Відповідно до ч. 1 ст. 2 КЗпП України право на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру, належить до основних трудових прав працівників. У п. 2 ст. 5 Закону 2012 р. держава також гарантує у сфері зайнятості – одержання заробітної плати (винагороди) відповідно до законодавства і визнає це право однією із гарантій зайнятості.

Відповідно до п. 7 ст. 5 Закону 2012 р. держава також гарантує у сфері зайнятості: соціальний захист у разі настання безробіття. У п. 6 ст. 1 Закону 2012 р. визначено, що державне регулювання зайнятості – формування і реалізація державної політики у сфері зайнятості населення з метою створення умов для забезпечення повної та продуктивної вільно обраної зайнятості і соціального захисту в разі настання безробіття. У п. 21 ст. 1 Закону 2012 р. визначено, що соціальний захист у разі настання безробіття – комплекс заходів, що передбачений загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням на випадок безробіття та законодавством про зайнятість населення. Право особи на соціальний захист у разі настання безробіття та напрями його реалізації установлені у ст. 9 Закону 2012 р. Відповідно до ст. 15 Закону 2012 р. державна політика зайнятості населення ґрунтується на таких принципах. По-перше, сприяння ефективному використанню трудового потенціалу та забезпечення соціального захисту населення від безробіття (п. 4). По-друге, забезпечення соціального захисту осіб у разі настання безробіття (п.7). По-третє, посилення соціального та правового захисту громадян України, які працюють за кордоном, у тому числі шляхом активізації міжнародного співробітництва, укладення міжнародних договорів, що стосуються питань захисту прав трудових мігрантів (п. 8). Основними напрямками державної політики у сфері зайнятості населення є: 1) міжнародне співробітництво у сфері забезпечення соціального захисту громадян України, які працюють за кордоном; 2) захист внутрішнього ринку праці шляхом регулювання залучення до роботи іноземних працівників. Держава забезпечує реалізацію політики у сфері зайнятості населення і шляхом соціального захисту громадян у разі настання безробіття.

Безробіття є проблемою для України. В Законі України 2012 р. термін «безробіття» визначений як соціально-економічне явище, за якого частина осіб не має змоги реалізувати своє право на працю та отримання заробітної плати (винагороди) як джерела існування. Зареєстровані безробітні, відповідно до ч. 2 ст. 44 Закону 2012 р., мають право на матеріальне забезпечення на випадок безробіття та соціальні послуги відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» (далі – *Закон 2000 р.*) та Закону 2012 р.

Видами забезпечення за Законом 2000 р є: допомога з безробіття, у тому числі одноразова її виплата для організації безробітним підприємницької діяльності, допомога на поховання у разі смерті безробітного або особи, яка перебувала на його утриманні.

Допомога з часткового безробіття, відповідно до ст. 47 Закону 2012 р., надається застрахованим особам у разі втрати ними частини заробітної плати внаслідок вимушеного скорочення передбаченої законодавством тривалості робочого часу у зв'язку із зупиненням (скороченням) виробництва продукції без припинення трудових відносин. Зазначу, що окремі положення Директиви 98/59/ЄС від 20.07.1998 р. втілені в ст. 48 Закону 2012 р. і зокрема відносно показників колективного (масового) вивільнення працівників, заходів з їхнього запобігання та з мінімізації негативних наслідків, які встановлюються колективними договорами та угодами, укладеними на національному, галузевому та регіональному рівнях.

В Законі 2012 р. визначені терміни «безробітний» та «зареєстрований безробітний». Безробітною визнається особа віком від 15 до 70 років, яка через відсутність роботи не має заробітку або інших передбачених законодавством доходів як джерела існування, готова та здатна приступити до роботи. Зареєстрованим безробітним визнається особа працездатного віку, яка зареєстрована в територіальному органі центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, як безробітна і готова та здатна приступити до роботи. Отже, ознаками зареєстрованим безробітного є: 1) працездатність (суттєва ознака); 2) реєстрація як безробітного; готовність та здатність приступити до роботи (формальні ознаки). У ст. 49 Закону 2012 р. установлені і особливі гарантії для окремих категорій безробітних, які втратили роботу у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці та умови її надання.

В Україні зберігається тенденція зростання безробіття і заборгованості з виплати винагороди за працю. За даними Державного центру зайнятості та Державної служби статистики рівень безробіття населення віком від 15 до 70 років визначений за методологією МОП, в Україні в середньому зріс з 7,6% у I півріччі 2013 року до 8,6% у I півріччі 2014 року економічно активного населення, а заборгованість з виплати заробітної плати зростає з 753 млн грн станом на січень 2014 року до 2,205 млн грн (з них 995 млн грн заборгованість в Донецькій обл.) станом на листопад 2014 року.

Відповідно до п. 9 ст. 5 Закону 2012 р. держава також гарантує у сфері зайнятості додаткове сприяння у працевлаштуванні окремих категорій громадян. Категорії громадян, що мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню, визначені у ст. 14 Закону 2012 р. Наприклад, до категорій громадян, що мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню, належать: 1) діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування, особи, яким виповнилося 15 років та які за згодою одного з батьків або особи, яка їх замінює, можуть як виняток прийматися на роботу; 2) молодь, яка закінчила або припинила навчання у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, звільнилася зі строкової військової або альтернативної (невійськової) служби (протягом шести місяців після закінчення або припинення навчання чи служби) і яка вперше приймається на роботу; 3) особи, яким до настання права на пенсію за віком відповідно до ст. 26 ЗУ «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» залишилося 10 і менше років; 4) особи, звільнені після відбуття покарання або примусового лікування та деякі інші особи.

У 1988 р. КЗпП України було доповнено главою III-A «Забезпечення зайнятості вивільнюваних працівників». У ст. 49-2 КЗпП України визначений порядок вивільнення працівників. У 1999 р. ця глава кодексу доповнена 49-4. «Зайнятість населення». Нині ця стаття, із змінами від 05.04.2001 р., визначає правовий механізм інформування професійних спілок і проведення власником або уповноважений ним орган з професійними спілками консультації щодо заходів із запобігання колективних (масових) звільнень, чи зведенню їхньої кількості до мінімуму або пом'якшення несприятливих наслідків будь-якого звільнення. Право трудящих на отримання інформації і проведення консультацій на рівні підприємства, установлену у ст. 27 Хартії 2007 р. Працівники мають право на інформування і консультування (ст. 47 ТК ЛР). Умови і порядок надання інформації і консультування визначається

у колективних договорах. Інформування і консультування охоплює і інформацію щодо: наявного стану, структури трудових відносин і можливих змін зайнятості; передбачених для використання заходів у тому випадку, коли можливе зменшення чисельності працівників. Відповідно до ст. 128 Закону про трудовий договір Естонії (в редакції від 01.01.2013) невиконання роботодавцем (юридичною особою) обов'язку інформування і консультування при відмові від трудових договорів зі значною кількістю працівників карається грошовим штрафом у розмірі до 1300 євро. Відповідно до ст. 129 Закону про трудовий договір Естонії (в редакції від 01.01.13) невиконання роботодавцем (юридичною особою) обов'язку інформування і консультування при переході підприємства карається грошовим штрафом у розмірі до 1300 євро.

У ст. 50 та ст. 51 Закону 2012 р., розділі IX «Соціальний діалог на ринку праці», детально врегульовані питання соціального діалогу на ринку праці, участі роботодавців і професійних спілок та їхніх об'єднань у забезпеченні зайнятості населення. У цих статтях фактично теж впроваджені положення Директиви 2002/14/ ЄС від 11 березня 2002 р., яка визначила процедуру інформування і консультування працівників. Участь роботодавців у забезпеченні зайнятості населення може здійснюватись у різних формах і, зокрема, у формі додержання умов договорів, які регулюють трудові відносини.

Відповідно до ст. 13 КЗпП України у колективному договорі встановлюються взаємні зобов'язання сторін щодо регулювання виробничих, трудових, соціально-економічних відносин, зокрема: зміни в організації виробництва і праці; забезпечення продуктивної зайнятості. У ст. 364 ТК БР встановлено, колективний договір може містити положення про забезпечення зайнятості, підготовку, підвищення кваліфікації, перепідготовку, працевлаштуванні вивільнюваних працівників (п. 7). До колективного договору підприємства можуть бути включені умови щодо набуття професії, спеціальності, підвищення кваліфікації, перекваліфікації і пов'язаних з цим гарантій і пільг (ч. 2 ст. 61 ТК ЛР).

Отже, реформування законодавства про зайнятості населення України відбувається під впливом міжнародних трудових стандартів та права ЄС. Україна послідовно провадить політику сприяння реалізації прав громадян на повну продуктивну і вільно обрану зайнятості та створення на ринку праці України таких умов, які б поєднували гнучкість у працевлаштуванні та захищеності особи. Однак є й суттєві розбіжності у регулюванні відносин на ринку праці законодавством у

сфері зайнятості населення і трудовим законодавством України. Навіть після прийняття Конституції України до ст. 2 КЗпП України, ст. 2-1 КЗпП України, ст. 5-1 КЗпП України зміни не вносились.

Правовий механізм захисту прав працівників у випадку колективного звільнення (Директива 98/59/ЄС від 20.07.1998), банкрутства (Директива 2008/94/ЄС 22 жовтня 2008 р.) чи передачі підприємств, бізнесових структур або частин підприємств або бізнесових структур (Директива 2001/23/ЄС від 12 березня 2001 р.) частково впроваджений у трудовому законодавстві України. Однак необхідно докласти зусиль для подальшого вдосконалення трудового законодавства України й повністю впровадити трудові стандарти права ЄС щодо забезпечення політики зайнятості, гідної праці, гендерної рівності та недискримінації, соціального діалогу, безпечних та здорових умов праці в Україні.

### КОРОТКІ ВИСНОВКИ

КЗпП України проголошує право на працю і на матеріальну допомогу в разі безробіття. Закон 2012 р. – право на зайнятість.

Право на працю реалізують за допомогою укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації або з фізичною особою. Зайнятість населення забезпечується шляхом встановлення відносин, що регламентуються трудовими договорами (контрактами), провадження підприємницької та інших видів діяльності, не заборонених законом.

КЗпП України проголошує гарантії забезпечення права громадян на працю, які держава гарантує працездатним громадянам, що постійно проживають на території України. Закон 2012 р. – гарантії у сфері зайнятості населення.

КЗпП України проголошує рівність трудових прав громадян України. Закон 2012 р. визначає комплекс прав особи у сфері зайнятості населення і зокрема:

- право на вибір місця, виду діяльності та роду занять;
- право на професійну орієнтацію;
- право на професійне навчання;
- право на соціальний захист у разі настання безробіття;
- право на трудову діяльність за кордоном;
- право на захист від проявів дискримінації у сфері зайнятості населення;
- право на доступ до інформації у сфері зайнятості населення.

Держава надає у сфері зайнятості певні гарантії, зокрема й додаткове сприяння у працевлаштуванні окремих категорій громадян.

## ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ВИЧЕРПАННЯ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

АВТОР

**Андрій ОЛЕФІР**,  
к.ю.н., асистент кафедри  
цивільного, господарського  
та екологічного права  
Полтавського юридичного  
інституту Національного  
юридичного університету  
ім. Я. Мудрого



### 1.1. Поняття та ознаки принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності

Як відомо, відносини, які виникають під час реалізації інноваційного циклу, тобто в процесі розроблення, створення, впровадження та розповсюдження інноваційних об'єктів, становлять предмет інноваційної політики держави. Своєю чергою, інноваційний цикл складається з попередньої та ринкової стадій, які містять низку етапів. Фактично на кожному з цих етапів як результат провадження внутрішньофірмової чи міжфірмової інноваційної діяльності створюється певний оборотоздатний нематеріальний або матеріальний об'єкт, що має цінову визначеність і ринкову вартість. Якщо на доринковій стадії інноваційного циклу базовим предметом трансферу є інноваційні продукти чи їхні структурні елементи – об'єкти права інтелектуальної власності (ІВ), технічна документація, дослідні зразки тощо, які суб'єкти господарювання – покупці мають намір доопрацювати і потім реалізувати споживачам або застосувати у власному виробництві, то на ринковій стадії – готова до комерційного використання інноваційна продукція як об'єкт речового права.

Дисперсія інноваційної функції призводить до того, що держави дедалі частіше орієнтуються не на формування суто національних інноваційних циклів, а починають спеціалізуватися на окремих виробничих процесах, внаслідок чого зростає внутрішньогалузева торгівля. Водночас, попри високу ліквідність нематеріальних активів технологічної сфери, конкуренція та психологія споживання забезпечують випереджальний розвиток матеріального виробництва товарів проміжного і кінцевого ступенів обробки, їхніх компонентів. Це відбувається на тлі поділу виробничих процесів на більшу кількість стадій (так званого подрібнення), що, залежно від наявності чинників виробництва, розміщуються в

різних країнах, транснаціоналізації та зменшення кількості вертикально інтегрованих підприємств у межах однієї держави [69, с. 29–32], застосування різних підприємницьких стратегій і очікувань щодо повернення інвестицій, неоднакового фінансового та виробничого потенціалу тощо [28, с. 42]. Зрештою, на сучасному етапі експортна чи імпортна залежність від реалізації інноваційної продукції є ознакою будь-якої економіки, інтегрованої в глобальний ринок.

Якщо інноваційна праця пов'язана насамперед зі створенням інновацій, то інноваційне підприємство – з їхньою комерціалізацією [28, с. 42]. Інноваційне підприємство – це суспільний, технічний, економічний процес, що за допомогою практичного використання винаходів, корисних моделей, промислових зразків, ноу-хау призводить до створення кращих технологій і товарів [5]. Під комерціалізацією результатів інноваційної діяльності мають на увазі, по-перше, ринкову стадію інноваційного циклу, що включає виробництво і розповсюдження нової продукції, по-друге, процес асигнування коштів на інновації та поетапний контроль за їхніми витратами, включаючи оцінювання та передачу завершених (освоєних у промислових умовах) результатів інноваційної діяльності [18], по-третє, взаємовигідні комерційні дії всіх учасників процесу стосовно перетворення результатів інтелектуальної праці на ринковий товар [4]. Метою господарської діяльності, що провадиться на цьому етапі інноваційних відносин, є одержання прибутку за рахунок використання об'єктів права інтелектуальної власності у власному виробництві, передачі прав на їхнє використання іншим юридичним чи фізичним особам [4]. Найбільш ефективна комерціалізація результатів інтелектуальної діяльності можлива саме на ринковій стадії, адже реалізація готової продукції кінцевого споживання дає змогу виробникам одержати максимальні прибутки. При цьому, комерціалізація інноваційних об'єктів передбачає їхнє використання не лише в комерційних, а й у некомерційних цілях.

Попри те, що об'єктами господарського обігу на інноваційному ринку виступають як інноваційна продукція кінцевого ступеня обробки, виробництво якої та використання в сфері господарювання є стратегічним завданням інноваційного

процесу, так і інноваційний продукт або інноваційні об'єкти (згідно з термінологією проекту Інноваційного кодексу України [39, с. 99]), що крім об'єкта права інтелектуальної власності також містять проектну документацію, результати науково-дослідних, дослідно-конструкторських, технологічних робіт (зразки, інші прикладні результати в матеріальній формі), все ж таки, саме об'єкти права інтелектуальної власності становлять ключовий інформаційний ресурс, необхідний для створення нововведень, та є основним продуктом доринкової стадії інноваційного циклу. Такий висновок пов'язаний передусім із тим, що стосовно їхнього змісту чи форми – прикладного знання, на відміну від інших матеріальних і нематеріальних активів, законодавчо встановлені спеціальні механізми юридичної охорони від неправомірного використання. Переконливим доказом цього також є визнання науковцями того, що об'єкти права ІВ є обов'язковими елементами інноваційних об'єктів, на основі яких останні створюються [39, с. 100, 101].

У сфері господарського права предметом ринкового обігу є майнові права інтелектуальної власності, передбачені в ст. 424 ЦК України, які диференціюються за тривалістю дії, територією поширення, формою реалізації та обсягом передачі (як виключні та невиключні права). Для забезпечення ринкової комерціалізації правовласники використовують об'єкти права ІВ шляхом виготовлення продуктів із застосуванням запатентованих винаходів, нанесення на них товарних знаків, застосування (використання на практиці) таких продуктів, пропонування їх для продажу, продаж, імпорт (ввезення) або зберігання в цих цілях тощо. Незважаючи на звичність формулювання, що правовласник має право на власний розсуд дозволяти чи забороняти іншим особам використовувати результати його інтелектуальної діяльності, у вітчизняній правовій традиції ці питання досліджуються однобічно, залишаючи поза увагою значну кількість проблем теоретичного і практичного характеру.

Монопольний статус правовласників має зазнавати обмежень з метою гарантування балансу приватних і публічних інтересів: організації розумних меж монополії, сприяння розвитку всіх сфер господарювання на конкурентних засадах. Так, у ст.ст. 13, 17, 30 Угоди ТРІПС щодо виключних прав на об'єкти авторського права, товарні знаки і патенти передбачена можливість застосування у певних випадках винятків і обмежень, які не суперечать звичайному використанню цих об'єктів і не призводять до надмірної шкоди законним інтересам власника прав, третіх сторін.

Ці обмеження можуть бути умовно розподілені на два види. До першого належать ті, що не потребують спеціального дозволу від правовласника на таке використання, з урахуванням встановлених законом обмежень. Вони ґрунтуються на доктрині вільного використання об'єктів права інтелектуальної власності, яка покликана сприяти оборотоздатності інноваційних об'єктів на ринку, обмежуючи нерациональні економічні переваги правовласників. Йдеться про право попереднього користування, некомерційне використання, використання з науковою метою і в порядку експерименту, використання в конструкції транспортного засобу іншої держави, використання (застосування) об'єкта в особистих цілях, без мети одержання прибутку або за надзвичайних обставин (виробництво і продаж запатентованого виробу заборонені), правовий режим вичерпання прав. Також до цього виду зараховують випадки, передбачені спеціальним законодавством, наприклад, у сфері авторського і патентного права: повідомлення новин і коментарів новин, вільне відтворення опублікованих праць в одиничних екземплярах без мети одержання прибутку, використання з комерційною метою винаходу будь-якою особою, яка придбала продукт, виготовлений із застосуванням запатентованого винаходу, і не могла знати, що цей продукт був виготовлений чи введений в обіг з порушенням прав, наданих патентом. До другого виду, навпаки, зараховують примусове ліцензування, зокрема, щодо технологічних удосконалень, невикористаних патентів і у зв'язку з суспільною необхідністю. Ці обмеження не вимагають погодження з боку власника прав ІВ, хоча і наявні деякі механізми врахування його інтересів. Вони застосовуються в порядку проведення спеціальних адміністративних процедур, базові вимоги до яких закріплені в міжнародно-правових документах.

Застосовуватися зазначені обмеження і винятки з виключних прав на об'єкти права інтелектуальної власності мають з дотриманням таких загальних правил: (1) передумовою вжиття таких заходів є законне введення об'єкта права інтелектуальної власності в господарський обіг; (2) право користування виникає з позадоговірних (нормативних) підстав і є безумовним (не потребує дозволу правовласника чи уповноваженого органу публічної влади) чи умовним (потребує дозволу уповноваженого органу публічної влади); (3) суб'єкт господарського права набуває право на користування об'єктом в обсязі, виправданому та достатньому для досягнення цілей його вилучення; (4) законодавчо встановлені винятки є вичерпними і не підлягають розширеному тлумаченню.

ченню; (5) особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть зазнавати будь-яких обмежень.

Загалом законодавча регламентація таких господарсько-правових засобів має суттєві як концептуальні, так і практичні недоліки, зокрема, чітко не визначені підстави та легальні способи використання об'єктів права ІВ за кожною з процедур. Водночас з-поміж згаданих господарсько-правових засобів використання об'єктів права ІВ на першочергову увагу заслуговує правовий режим вичерпання прав, якому властиві варіативність нормативних конструкцій, масштабність правозастосування, порівняно з іншими засобами, та сприяння активізації трансферу охороноспроможної продукції, з метою подолання технологічної відсталості вітчизняної економіки та розвитку соціальної сфери.

Вичерпання прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що в праві США має назву «право першого продажу» [12], є господарсько-правовим принципом, згідно з яким після першої реалізації (випуску на ринок) продукту, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, правовласник не має права забороняти покупцям використовувати цей товар у господарській діяльності, що провадиться в законний спосіб.

У спеціальній літературі викладені такі погляди на це явище. На думку В. Добринської, вичерпання прав – це право власника правомірно придбаного екземпляра твору вільно відчужувати цей екземпляр, без дозволу правовласника і виплати йому винагороди. Тобто після первинного введення в цивільний обіг екземплярів твору правомочність правовласника контролювати їхню подальшу комерційну експлуатацію на вторинному ринку вичерпується. Від правильності встановлення змісту цієї концепції в рамках конкретного правопорядку залежить і правильність вирішення питання про те, якою мірою та на яких умовах можна на законній підставі вільно перепродавати екземпляри творів, зокрема, в комерційних цілях [12]. І. Кириченко зауважує, що сутність вичерпання прав полягає у втраті правовласником права здійснювати нагляд за долею товару, що містить об'єкт авторського права, за умови правомірного введення товару в цивільний обіг. У такому разі автору належать лише суб'єктивні (немайнові) права на об'єкт авторського права, а майнові, пов'язані з конкретним товаром, що правомірно потрапив до цивільного обігу, втрачаються [12]. П. Меггс і О. Сергеев дотримуються позиції, згідно з якою вичерпання прав відбувається лише тоді, коли конкретна копія твору продана з дозволу правовласника та

за загальним правилом може перепродаватися без будь-яких обмежень принаймні в тій країні, в якій вона була продана. За законодавством багатьох країн, якщо мав місце правомірний продаж запатентованого продукту, то патентні права вичерпуються [27]. Вітчизняні дослідники права інтелектуальної власності цьому питанню уваги майже не приділяють, обмежуючись констатацією базових положень у контексті розгляду інших правових інститутів: принцип вичерпання прав означає, що будь-яка особа, яка стала законним власником інтегральної мікросхеми або виробу, який її містить, може вільно розпоряджатися ними, не вимагаючи спеціального дозволу правовласника. Права автора топографії інтегральної мікросхеми чи іншого правовласника вичерпуються контролем над введенням її в цивільний оборот, але не поширюються на випадки фактичного використання інтегральної мікросхеми і виробів, що її містять, іншими особами, які одержали їх на законних підставах [38, с. 540]. На думку В. Дмитришина, автор вичерпує своє право на отримання авторської винагороди, отримавши її в ціні першого продажу такого примірника твору [11]. Інші фахівці зауважують значну складність проблеми використання винаходів, корисних моделей чи промислових зразків після їхнього впровадження в господарський обіг і зазначають: «Суть так званого принципу вичерпання прав полягає в тому, що виключні права на результати інтелектуальної власності не поширюються на будь-які дії з використання матеріальних об'єктів, створених і розповсюджених самим власником або з його дозволу. Мова йде про те, що на проданий виріб, виготовлений на основі винаходу, корисної моделі чи промислового зразка, право інтелектуальної власності винахідника чи автора промислового зразка не поширюється. І це, зрозуміло, логічно. Проте цю норму інколи тлумачать як припинення прав винахідника чи автора промислового зразка при продажу чи будь-якому іншому відчуженні виробів, виготовлених на основі винаходів, корисних моделей чи промислових зразків» [35, с. 85, 86].

В Україні, як і в світі, режим вичерпання прав застосовується щодо більшості об'єктів права інтелектуальної власності, про що йтиметься далі. ГК України це питання не регламентує, а в ч. 3 ст. 426 ЦК України закріплено, що використання об'єкта права ІВ іншою особою здійснюється з дозволу особи, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірного використання без такого дозволу, передбачених законом. Отже, вітчизняний законодавець питання вичерпання

прав на об'єкти права інтелектуальної власності зараховує до сфери дії спеціальних законів.

З огляду на те, що особливості застосування принципу вичерпання прав в господарських відносинах в юридичній літературі системно не розглядалися, необхідно з'ясувати їх, зарахувавши до загальної та спеціальної груп. Якщо до першої належать риси, притаманні всім видам прав на об'єкти ІВ, що можуть вичерпуватися, то до другої – специфічні риси, властиві деяким видам об'єктів таких прав.

Регулювання цих господарських відносин здійснюється в рамках спеціального нормативного режиму, що передбачає взаємодію комплексу правових засобів. Питанню юридичної природи правового режиму приділяється певна увага в спеціальній літературі. О. М. Вінник розглядає правовий режим як елемент будь-якої господарської системи, поряд із суб'єктами, майновою базою, нормативною й інформаційною системами [6, с. 14]. В.М. Гайворонський зазначає, що правовий режим майна – це встановлений правовими засобами порядок і умови придбання майна, здійснення суб'єктами господарювання правомочностей володіння, користування, розпорядження ним, реалізації функцій управління майном, його правової охорони [49, с. 417]. На думку В.М. Пашкова, під правовим режимом варто мати на увазі певний порядок регулювання суспільних відносин, що виникає як результат дії комплексу взаємопов'язаних правових засобів: норм права, способів правового регулювання, правовідносин, суб'єктивних прав і обов'язків, ступеня відповідальності [34, с. 10]. Є.О. Харитонов зауважує, що законодавство встановлює правила поведінки суб'єктів правовідносин при використанні тієї чи іншої речі, тим самим визначаючи межі та умови використання речі, якою має бути поведінка людей щодо неї, тобто її правовий режим [51, с. 255]. Інші дослідники визначають правовий режим як цілісну систему регулятивного впливу [42, с. 116].

Попри специфічність правового режиму, встановленого в інноваційних відносинах, у його юридичній конструкції помітні суттєві недоліки, про які вже згадувалося. Це необґрунтованість, неузгодженість і суперечливість норм спеціальних законів, недостатня структурованість їхнього змісту, прогалини в регулюванні суб'єктивних прав і обов'язків суб'єктів господарювання. В такій ситуації важко переоцінити регулятивне значення категорії «вичерпання прав», як одного з ключових принципів організації господарського життя, про що свідчить відсутність на товарному ринку такого предмета угод, який би не містив

у своєму складі принаймні одного об'єкта права інтелектуальної власності. Тобто універсальна за предметом правова природа, всезагальне застосування в сфері господарювання та важливе регулятивне значення правового режиму вичерпання прав дають змогу схарактеризувати його як одну з засад, на яких ґрунтується ринкова конкуренція. В спеціальній літературі принципи характеризують як найбільш загальні вимоги, що ставляться до суспільних відносин та їхніх учасників, а також як вихідні керівні засади, відправні установлення, що виражають сутність права і впливають з ідей справедливості та свободи, визначають загальну спрямованість і найсуттєвіші риси чинної правової системи [13, с. 197]. В.В. Лаптев як принципи господарського розглядає керівні засади, що визначають характер правового регулювання сфери господарювання. Ці керівні засади самі по собі мають економічний зміст, що закріплено на правовому рівні. У зв'язку з цим маємо єдність економічного змісту та правової форми цих принципів [20, с. 172, 173]. Інші науковці ведуть мову про принципи господарського права як основоположні засади, що пронизують увесь масив правових норм, забезпечуючи цілеспрямоване регулювання всіх рівнів господарської діяльності [23, с. 6]. Слід зважати і на те, що не природа і людство погоджуються з принципами, а навпаки принципи є правильними лише настільки, наскільки вони відповідають природі й історії [56, с. 15].

Щодо загальних ознак принципу вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності, то їхнє визначення є виправданим у зв'язку з тим, що, попри відмінності в режимах охорони, їхнє пояснення і нормативне врегулювання можуть не лише полегшити розуміння чинних нормативних приписів, а й зменшити вірогідність негативних тлумачень законодавства.

До загальних ознак застосування принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності в господарських відносинах належать такі.

По-перше, майнове право використовувати об'єкт права ІВ поширюється на виготовлення правовласником (чи за його згоди) продукту з застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі чи промислового зразку, застосування такого продукту, пропонування для продажу, продаж, майновий найм, зберігання в зазначених цілях, нанесення на нього охоронюваних знаків, а також відтворення, копіювання, оприлюднення та зміну об'єктів авторського права тощо. На самостійності кожної з правових форм використання промислового зразка (виготовлення, імпорт, продаж



і використання виробу, в якому застосований певний промисловий зразок) наголошено в п. 6 оглядового листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 04.04.2012 р., згідно з яким здійснення зазначених дій іншими суб'єктами господарського права без дозволу правовласника заборонене законом. На забезпечення дотримання цього правила спрямований такий приватноправовий засіб, як виключне право правовласника забороняти іншим особам використовувати охоронюваний об'єкт без його згоди, за винятком випадків, коли таке використання не визнається законом порушенням його виключних прав. Зокрема, вичерпання прав на об'єкт права ІВ відбувається за умови, якщо товар, в якому застосований цей об'єкт, введено в господарський обіг правовласником (чи за його згоди).

Під «введенням в господарський обіг» варто розуміти господарські операції першого продажу (передачі майнових прав) правовласником (чи з його дозволу) товару, в якому застосований інноваційний об'єкт, третій особі. Виготовлення і зберігання товару для цілей продажу, передача його між підприємствами правовласника (чи іншої уповноваженої особи) в рамках виробничого циклу не вичерпують виключних прав на цей товар. На це вказує і п. 47 рекомендацій Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10.06.2004 р., згідно з яким пропонування для першого продажу товару з нанесеним знаком, який використовується без дозволу його власника, є порушенням прав на знак. Зберігання ж продукції зі знаком, що використовується без дозволу його власника, визнається порушенням прав на знак, якщо воно здійснюється з метою введення такої продукції в господарський обіг.

Щодо вже введеного в господарський обіг продукту, в якому застосований охоронюваний об'єкт права ІВ, то законними набувачами, без спеціального дозволу правовласника, можуть здійснюватися такі господарські операції: повторне введення в господарський обіг шляхом продажу чи дарування, пропонування для продажу, застосування в господарській діяльності (окремо чи в конструкції з іншими виробами), надання в безоплатне користування, зберігання в цих цілях, відтворення об'єкта інтелектуальної власності, зафіксованого на матеріальному носії, а також нанесення знаків на пакунок чи вивіску, де здійснюється продаж та інші подібні випадки, перед-

бачені спеціальним законодавством. При цьому, заборонено без спеціального дозволу правовласника перетворювати, змінювати, створювати копії чи в інший спосіб розмножувати об'єкт права ІВ чи продукт (окрім похідних від нього), в якому він застосований, або передавати його в майновий найм (прокат). Ці та інші майнові права вичерпання не підлягають, а реалізуються тільки на підставі спеціального дозволу (ліцензії) правовласника чи уповноваженої ним особи.

Отже, зміна власника виробу, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, що відбулася після законного введенням його в господарський обіг правовласником (чи за його згоди), не призводить до порушення майнових прав інтелектуальної власності та не потребує одержання нової згоди чи сплати винагороди бенефіціару. До речі, Верховний суд США у справі *Quality King Distributors Inc. v. L'anza Research International Inc.* (1998 р.) підтвердив, що сенс концепції першого продажу полягає в тому, що правовласник, ввівши товар у цивільний обіг, відмовляється від права контролювати його реалізацію. З-поміж майнових прав інтелектуальної власності, що належать правовласнику, в результаті застосування принципу вичерпання прав, останній втрачає деякі елементи права на заборону використання об'єкта права ІВ іншими особами щодо конкретної продукції, виготовленої з застосуванням такого об'єкта, зберігаючи за собою решту правомочностей. Наприклад, згідно з Законом України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р., якщо здійснено перший продаж виробу, що містить інтегральну мікросхему, власник свідоцтва про реєстрацію відповідної топографії інтегральної мікросхеми здійснює контроль за дотриманням цим набувачем правил використання виробу і має право забороняти виготовляти будь-які вироби, що містять таку інтегральну мікросхему, копіювати топографію інтегральної мікросхеми, виготовляти інтегральні мікросхеми з застосуванням даної топографії та інше незаконне використання.

Тож принцип вичерпання прав, точніше той обсяг майнових прав, що підлягають вичерпанням, є обов'язковою умовою існування товарного ринку в умовах використання сучасних інструментів захисту прав інтелектуальної власності, запобігаючи загостренню конфліктів інтересів між правовласниками і споживачами. Як відзначає О.В. Дзера, саме у процесі динаміки реалізується оборотоздатність об'єктів прав, які можуть перебувати в статичній й динамічній [50, с. 210]. Динаміка внутрішнього товарного ринку забезпечується

тим, що правовласники не використовують право інтелектуальної власності для контролю цін на товари, в яких застосовано об'єкти права інтелектуальної власності, протягом всього їхнього життєвого циклу, адже подальші власники, за винятком прямих договорів з дистриб'юторами, вільні у формуванні цінової політики, зазнаючи обмежень лише з боку ринкової кон'юнктури. Змова правовласника не з одним, а більшістю таких суб'єктів господарського права про підтримання певного рівня цін вважатиметься порушенням антимонопольного законодавства. Також правовласник не має права забороняти перепродаж нових чи тих, що були у використанні, товарів, хоча це обмежує реалізацію нової продукції. Відсутність у законодавстві принципу вичерпання прав призвела б до формування не лише виробничої, а й збутової монополії правовласників: всі черги покупців товару, при виробництві якого було використано об'єкт права інтелектуальної власності, укладали б з правовласниками складні договори про розподіл інтелектуальних прав. Тому цей принцип знайшов відображення і в ст. 42 Конвенції ООН Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, згідно з якою продавець зобов'язаний поставити товар вільним від будь-яких прав чи домагань третіх осіб, що ґрунтуються на промисловій власності або іншій інтелектуальній власності, про які на момент укладення договору продавець знав чи не міг не знати, за умови, що такі права чи домагання ґрунтуються на промисловій власності або інтелектуальній власності.

Відносини з використання об'єктів права інтелектуальної власності, що включають виконання робіт, надання послуг, виробництво і реалізацію товарів, є господарсько-виробничими і розвиваються на договірній основі між такими суб'єктами господарського права: (1) правовласниками, виробниками, торговельними і комерційними посередниками з приводу надання дозволів на використання об'єктів права інтелектуальної власності, на виробництво і розповсюдження товарів, виготовлених із застосуванням об'єктів права інтелектуальної власності; (2) виробниками, торговельними і комерційними посередниками, які провадять господарську діяльність на підставі ліцензій правовласників і реалізують ці товари на іноземних, національному ринках, (3) між цими суб'єктами та суб'єктами господарського права, що не мають укладених із правовласниками зобов'язань і купують такі товари для застосування у виробництві чи продажу, (4) відносини, в яких здійснюється подальший господарський обіг продукції, виготовленої з використанням об'єктів права інтелектуаль-

ної власності. При цьому, один суб'єкт господарювання може бути одночасно і власником прав на інноваційний об'єкт, і виробником продукції з його використанням, і дистриб'ютором цієї ж продукції. В п. 10 оглядового листа Вищого господарського суду України «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок та прав на раціоналізаторську пропозицію» від 14.02.2007 р. зазначено, що суб'єктом використання промислового зразка в розумінні ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 р. може бути не лише виробник, а й будь-яка інша особа, що застосовує річ, виготовлену запатентованим способом.

Зрозуміло, що, наприклад, власник свідоцтва на знак для певного товару не завжди є суб'єктом господарювання, що провадить діяльність з його виробництва чи дистрибуції, тому суб'єкти господарського права можуть вважатися економічно пов'язаними з правовласником для цілей вичерпання прав останнього на підставі договірних (ліцензійні, дистриб'юторські чи інші відносини, предметом яких є використання об'єкта права інтелектуальної власності) чи корпоративних відносин майнового чи управлінського контролю. Тобто це суб'єкти господарювання, що на законній підставі володіють правом першого введення в обіг продукту, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності.

З боку правової регламентації інноваційної діяльності в Україні питання вичерпання прав на об'єкти права ІВ постає на етапі комерціалізації її результатів, коли на ринок випускаються нові конкурентоспроможні товари. З цього приводу варто зробити два уточнення, по-перше, предметом зазначених господарських відносин є насамперед інноваційна товарна продукція, а в окремих, визначених у спеціальному законодавстві, випадках, інноваційний продукт, по-друге, об'єктом правового регулювання є саме перший продаж продукції для цілей вичерпання прав ІВ стосовно неї, а також здійснення інших правомочностей щодо цієї продукції, зокрема, й контролю за провадженням експортно-імпортних операцій, якщо в державі імпорту діє національний принцип вичерпання прав.

По-друге, при першому відчуженні права власності на товар, у якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, правовласник поряд із передачею речових прав на нього втрачає і певні права ІВ щодо контролю подальшого обігу цього об'єкта, але покупець такого продукту майнових прав інтелектуальної власності не набуває, одержуючи лише комплекс речових прав. Те саме

стосується знаків чи таких об'єктів авторського права, як комп'ютерні програми, використання яких новим власником передбачає здійснення певних дій щодо самого результату інтелектуальної діяльності – нематеріального об'єкта (нанесення знака на вивіску в місці продажу товару, відтворення комп'ютерної програми), з метою задоволення його потреб. Зрештою, в цьому і полягає формалізація феномену «інтелектуальна власність», зв'язок нематеріального з матеріальним. В історичному сенсі поняття «інтелектуальна власність» засноване на природничо-правових поглядах французьких просвітників, відповідно до яких права на твір органічно належать його автору (не можуть бути відокремлені) та існують незалежно від державного визнання цих прав. У такому контексті право інтелектуальної власності розглядають як «змістову кальку», перекладення юридичної конструкції права на матеріальну річ, що виникає у творця речі, в площину відносин у нематеріальній сфері, духовному виробництві [19]. Водночас беззаперечним є факт того, що монополія інтелектуальної власності вже вийшла за межі нематеріальних об'єктів. Прикладом цього є виключне право власника патенту на промисловий зразок забороняти іншим особам виробляти або пропонувати для продажу товар, виготовлений із застосуванням запатентованого промислового зразка. Якщо ж узяти до уваги об'єктивне матеріальне вираження інтелектуальної власності, то, хоча право власності та право інтелектуальної власності, з огляду на різні предмети та цілі регулювання, не збігаються, розподіл майнових прав інтелектуальної власності (повна або часткова передача, надання в користування) чинить прямий вплив на товарні відносини: призводить до змін у структурі власності на засоби виробництва і продукти, виготовлені на підставі таких нематеріальних активів. Тому володіння правами інтелектуальної власності насамперед забезпечує функціонування виробничого сектору економіки, а речовими – товарного ринку.

Вичерпання відбувається щодо деяких майнових прав на об'єкт ІВ, застосований у конкретному продукті, а не щодо прав інтелектуальної власності на цей об'єкт у цілому чи певної товарної групи. По-перше, новий власник, не набуваючи жодних прав інтелектуальної власності, одержує лише стандартні речові правомочності, що дають йому змогу користуватися нематеріальним продуктом чи річчю у загальновизначений спосіб, з урахуванням законодавчих обмежень щодо захисту прав інтелектуальної власності в інтересах правласника (одне з таких обмежень закріплене в ч. 6 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав

на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р.). По-друге, предмет угоди купівлі-продажу виробу, виготовленого з застосуванням об'єкта права інтелектуальної власності, як правило, не передбачає трансферу (чи надання в користування) прав інтелектуальної власності, що може бути оформлене окремим зобов'язанням, наприклад, для регулювання відносин між правласником і офіційним дистриб'ютором тощо. Зокрема, згідно з п. 26.1 рекомендацій ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10.06.2004 р., під способом використання твору мають на увазі конкретні права, що передаються за авторським договором, тобто умова щодо обсягу прав, які передаються, становить сутність договору. По-третє, майнові права інтелектуальної власності є неподільними відносно чисельних матеріальних об'єктів, створених з їхнім застосуванням. Це дає змогу правласникам відтворювати такі об'єкти будь-яку кількість разів, не обмежуючи власну нематеріальну монополію. По-четверте, майнові права інтелектуальної власності виникають на формальній підставі щодо певного нематеріального об'єкта, визначеного в ст. 420 ЦК України.

Принцип вичерпання права з семантичного боку може бути пов'язаний не лише з виробами, в яких застосовано об'єкти права інтелектуальної власності, а й з передачею виключних прав інтелектуальної власності, але теоретично ці відносини є різними і поняття «принцип вичерпання прав» змістовно та доктринально асоціюється саме з першим продажем продукції, що містить об'єкти права інтелектуальної власності.

По-третє, з'ясувати господарсько-правову природу принципу вичерпання прав неможливо без пояснення ознак предмета такого вичерпання. Якщо об'єктом вичерпання є визначені законом майнові права інтелектуальної власності, то предметом – конкретно визначена продукція в речовій (цифровій) формі, в якій застосовані результати інтелектуальної діяльності. Останні можуть по-різному застосовуватися в продукті: технологія виробничого процесу (спосіб виробництва) чи господарського використання; елемент виробу, що забезпечує його використання за функціональним призначенням; конструкція чи візуальні ефекти, що визначають зовнішній вигляд промислового виробу; генетичний матеріал, що забезпечує стале відтворення живих організмів; візуальне позначення товару. Тому помилковою є позиція дослідників, на думку яких винахід, корисна модель і промисловий зразок є товаром і тому можуть бути об'єктом будь-яких цивільно-

правових правочинів [35, с. 85, 86]. Науковці заважають, що в ст. 419 ЦК України, згідно з якою право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного, законодавець закріпив такий принцип: право інтелектуальної власності – це одна категорія, а право власності на матеріальний об'єкт (виріб), в якому втілений твір, винахід, корисна модель тощо – зовсім інша категорія. Відповідно суб'єкти права інтелектуальної власності – це одна категорія, а власники речей – це інша категорія суб'єктів права [38, с. 66]. Зрештою, ситуації, пов'язані з застосуванням принципу вичерпання прав, не можуть бути пояснені з погляду речового права, адже в останніх зміна власника, якщо інше не зазначено в договорі, означає набуття ним прав, необхідних для реалізації щодо цієї речі будь-яких правомочностей власника.

Отже, інноваційна продукція, визначена як індивідуальними, так і родовими ознаками, потрапляє до вільного господарського обігу, якщо щодо кожної одиниці (партії) такої продукції застосовано принцип вичерпання прав. У цьому контексті в юридичній конструкції принципу вичерпання прав наявні елементи як права інтелектуальної власності, так і речового права, коли на обсяг майнових прав ІВ впливає зміна права власності.

Для вичерпання прав на предмет, що містить об'єкт інтелектуальної власності, він має бути готовим для споживання продуктом, який не потрібно доопрацьовувати для використання за призначенням. Інакше для проведення відповідних змін або перетворень необхідно використовувати ліцензійні механізми. До винятків належить реалізація інтегральних мікросхем, виготовлених із застосуванням зареєстрованої топографії (ч. 2 ст. 17 ЗУ «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р.), а також будь-якого матеріалу сорту, сорту та одержаного безпосередньо з них продукту (ст. 45 ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р.). У цьому контексті в формулюванні «вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності», що, як правило, використовується в спеціальній літературі, простежується певна умовність, адже вичерпання відбувається не щодо об'єкта права інтелектуальної власності в цілому, а щодо майнових прав, пов'язаних із контролем за використанням конкретного предмета. Зокрема, в п. 58 рекомендацій Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10.06.2004 р. і п. 84 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики

вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. наголошено на тому, що після першого введення в обіг виробу, виготовленого з застосуванням запатентованого промислового зразка, власником патенту чи з його спеціального дозволу, не визнаються порушення прав, що надаються патентом, подальші операції з продажу і перепродажу саме цього конкретного виробу або партії таких виробів. Якщо ж до моменту цього введення в обіг власник патенту вже здійснював операції з аналогічними партіями товару, вони не можуть братися до уваги.

По-четверте, всі без винятку суспільні явища, навіть нематеріальні, мають пряму чи опосередковану матеріальну форму свого буття: передача патенту на винахід не може бути здійснена без надання відповідної документації та зразків, уся цифрова інформація в мережі інтернет зберігається на матеріальних носіях, про фактичний стан такого блага, як здоров'я людини, свідчать медичні характеристики органів і систем людського організму. З цією проблемою правознавці стикаються з давніх часів: давньоримські юристи вели мову про речі в широкому значенні – як частину світу, відокремлену чи невідокремлену від інших частин, здійснюючи поділ речей на тілесні (*res corporeales*) – ті, що мають матеріальний субстрат, і безтілесні (*res incorporeales*) – ті, що не мають матеріального субстрату [51, с. 254]. Науковці не випадково звертають увагу на велику кількість відмінностей між сферою духовного виробництва і майновими відносинами, виділяючи з-поміж них строки існування та зміст прав на об'єкти духовного виробництва, наявність територіальних обмежень цивільного обігу тощо [19].

Щодо основних об'єктів господарсько-виробничих відносин – товарів, послуг і результатів робіт, саме угоди купівлі-продажу товарів є класичним прикладом застосування принципу вичерпання прав. Зокрема, згідно з ч. 3 ст. 31 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р., не визнається порушення прав, що випливають з патенту, введення в господарський обіг виготовленого з застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі) продукту будь-якою особою, яка придбала його без порушення патентних прав. Або не визнається порушення прав, що надаються патентом, введення в цивільний оборот виробу, виготовленого із застосуванням запатентованого промислового зразка, після введення цього виробу в цивільний оборот власником патенту чи з його спеціального дозволу (ЗУ «Про охорону прав на промислові

зразки» від 15.12.1993 р.). Відповідно предметом вичерпання прав є товари, про що свідчить вказівка на «продукти» і «вироби». Проте це твердження ґрунтується не лише на семантичному значенні слів [10, с. 679, 786, 787] і відповідному понятійному апараті чинного законодавства (дефініція поняття «товари» закріплена в п. 30 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р.). З огляду на певну відносність і нестабільність категоріального апарату, зокрема, те, що блага, які продаються і купуються в умовах ринкової економіки, економісти називають товарами і послугами (часто просто товарами, продуктами, продукцією) [55, с. 19], необхідно навести додаткове юридично-змістове обґрунтування наведених висновків, виокремивши деякі ознаки послуг і результатів робіт як об'єктів цивільних прав.

В різних видах правовідносин об'єкт відіграє неоднакове значення. У відносинах, де головним є юридичний обов'язок активного характеру, питання про об'єкт збігається з питанням про матеріальний зміст цих відносин. Якщо об'єктом є матеріальне чи нематеріальне благо, що відокремлюється від поведінки суб'єкта, то в таких випадках значення об'єкта відносин є суттєвим, оскільки саме щодо нього законом встановлюється особливий правовий режим і засоби захисту [51, с. 103]. Згідно зі ст. 177 ЦК України, об'єктами цивільних прав, зокрема, є результати робіт і послуги.

Відповідно до Коментаря до ЦК України, послуга – це дії чи діяльність, здійснювані за замовленням, що не мають матеріального результату (деякі послуги можуть мати матеріальний результат, але він невіддільний від самої дії чи діяльності) [52; 21]. На думку В.М. Пашкова, якщо тлумачити норму ст. 901 ЦК України буквально, то можна зробити висновок, що послуга не має результату взагалі і невідомо, чи є вона дією (діяльністю), чи ні. Підхід законодавця необґрунтовано звужує обсяг розуміння послуг, фіксуючи обмежувальну ознаку «споживається в процесі вчинення певної дії чи здійснення певної діяльності», тобто встановлює часові межі впливу послуги на її одержувача шляхом прямої вказівки на це, тим самим заперечуючи будь-який подальший корисний вплив послуги [32, с. 61, 63]. Фахівці зауважують, що за загальним правилом послуга не має речового результату, їй притаманні риси неосяжності і цим вона кардинально відрізняється від найбільш поширених об'єктів цивільних прав – речей. Послуга проявляється в її ефекті, який сприймають переважно на рівні почуттів. Поряд із цим, помітна інша ознака – важкість відокремлення і невід-

дільність від джерела, що також непритаманна речам [45]. Інші дослідники дотримуються позиції, згідно з якою особливістю послуг як об'єктів цивільних прав є надання їх у сфері предметно-практичної діяльності за відсутності результату в формі речі або товару, придатного для продажу. Не створюючи нового уречевленого результату, послуга, наприклад, транспортна, призводить до досягнення економічного результату і певних змін в уречевлено-предметному світі: вантажі та пасажери переміщуються в просторі. Ще однією властивістю послуги є синхронність надання й отримання. Одержання її замовником і процес надання послуги виконавцем зазвичай збігаються в часі, однак ефект послуги може зберігатися певний, можливо, нетривалий час. В окремих випадках допустиме одержання ефекту від послуги зі збігом певного проміжку часу з моменту завершення процесу її надання [19]. Фахівці в сфері державного управління зауважують, що річ і послуга є не антиподами, а складовими одного континууму [46].

Враховуючи вищезазначені ознаки послуг, їхній адресний і конкретний характер, обумовленість конкретними життєвими обставинами, виявляється, що кожна послуга має мету, а діяльність із надання послуг не може оцінюватися як самоціль. Якщо послуга відповідає вимогам щодо якості та досягнена мета, з якою вона надавалася, закономірним є корисний ефект від її надання. Тому в будь-якому випадку корисний ефект від надання послуги має результатом вплив на нематеріальні блага особи. До послуг із нематеріальним результатом можна зарахувати послуги, при наданні яких соціально-корисні дії виконавця не створюють змін у матеріальному світі.

У зв'язку з тим, що створення речі не є метою, з якою надається послуга, матеріальний результат послуги може доповнювати корисний ефект від її надання або бути невід'ємною характеристикою таких дій. Попри те, чи йдеться про класичні («чисті») послуги, що мають лише нематеріальний результат, чи послуги в широкому розумінні, сама послуга (нематеріальний об'єкт) не може бути предметом вільного ринкового обігу – передаватися від одного суб'єкта до іншого. Предметом такої передачі може бути технологія надання такої послуги (передача чи дозвіл на користування правами на об'єкти інтелектуальної власності) або матеріальні об'єкти, що використовуються для надання послуг. Своєю чергою, договірною підставою для провадження суб'єктом господарювання діяльності з надання певної послуги є передача чи надання в користування йому майнових прав на інноваційні

об'єкти. Також матеріальне забезпечення громадян і господарських організацій зазвичай супроводжується комплексом супутніх послуг. Тому від відносин із надання послуг необхідно відрізнити відносини з задоволення нематеріальних благ осіб певними товарами, що не споживаються в процесі вчинення певних дій виконавцем. При цьому, самостійне значення мають товар і послуги, за допомогою яких цей товар поставляється одержувачу чи обслуговується в процесі використання.

Такий об'єкт цивільних прав, як результати робіт, відображені в нематеріальній формі, наприклад розробка певного інноваційного об'єкта, не може бути предметом вичерпання прав, натомість їхні матеріальні результати фактично є товарами. На думку дослідників, особливістю підрядної діяльності, науково-дослідницьких, дослідно-конструкторських і технологічних робіт, порівняно з наданням послуг, є те, що їхнім результатом є майно, яке може бути предметом товарного обігу. Водночас неприпустимо отожднювати результати робіт із речами, оскільки за відсутності поняття «роботи» неможливо уявити об'єкт підрядних відносин, що розвивається, і як наслідок підрядну діяльність, що за характером правового регулювання суттєво відрізняється від купівлі-продажу готових товарів. Тому саме «роботи» як творчу стадію в об'єкті, що розвивається, законодавець виокремлює як об'єкт цивільних прав у підрядних відносинах. Звідси випливає, що «роботи» варто розглядати саме як майнові об'єкти цивільних прав, оскільки майнову ознаку вони набувають внаслідок товарності їхніх результатів, спроможних бути предметом угод [19]. Тому в ст. 177 ЦК України згадуються саме «результати робіт», а не «роботи». Науковці наголошують, що якщо йдеться про договірні роботи, послуги і ті, що виробляються та надаються для замовників, відмінність між поняттями «робота» і «послуга» не простежується, а їхнє розмежування є значною мірою безперспективним. Річ у тім, що з позицій послугонадавача відповідна дія є роботою, а для послугоотримувача – послугою [3, с. 229].

По-п'яте, права на об'єкти ІВ, щодо яких відбувається вичерпання, мають забезпечуватися спеціальними господарсько-правовими засобами публічної охорони та підтверджуватися відповідними охоронними документами. Щодо таких об'єктів права інтелектуальної власності, як наукове відкриття, раціоналізаторська пропозиція, порода тварини, комерційна таємниця, які можуть бути використані при створенні нових продуктів, режим вичерпання прав не діє, адже

відсутні відповідні нормативні приписи в спеціальному законодавстві, а режим правової охорони, що на практиці гарантується лише за допомогою вжиття правовласниками організаційних і майнових заходів, реально діє лише на етапі розробки певного продукту, не захищаючи в подальшому інноваційний об'єкт від зворотного інженерингу. Іншою особливістю договорів про передачу майнових прав на комерційну таємницю є те, що предметом таких угод є право на використання знань і досвіду, а не право власності на матеріальний об'єкт. Водночас комерційна таємниця може бути виражена як у нематеріальній (надання навчальних послуг, консультацій), так і матеріальній (зразки виробів, непатентовані промислові зразки, технічна документація, інструкції) формі.

По-шосте, в одному товарі може бути застосовано як один, так і декілька різних за видами об'єктів права інтелектуальної власності. Виключні права на них можуть належати одному чи більшій кількості суб'єктів господарського права, але виробнику чи суб'єкту, який уперше відчужуватиме товар, в якому застосовані такі об'єкти, обов'язково належать необхідні для введення в господарський обіг права, делеговані правовласником. Хоча спеціалісти часто невиправдано зводять проблему вичерпання прав до однотипних випадків, коли товар має лише один вид об'єктів права інтелектуальної власності (це товарні знаки, географічні зазначення, об'єкти авторського права, щодо яких найбільш поширена практика незаконного відтворення), в п. 2.3 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. зазначено, що один матеріальний об'єкт може поєднувати ознаки декількох самостійних об'єктів права ІВ: знака для товарів і послуг, промислового зразка, об'єкта авторського права тощо. Показовим є рішення Верховного суду Канади в справі *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.* (2007 р.), в якому суд встановив, що позивач, інвестувавши значну суму коштів у рекламу товарного знака і провівши закупку відповідно до канадського законодавства, почав зазнавати збитків у зв'язку з імпортом цього товару відповідачем. Тому, пославшись на особливості оформлення пакування, що містило оригінальні зображення, які було визнано об'єктами авторського права, позивач домогся задоволення позову.

На підставі цієї закономірності зробимо кілька важливих висновків. По-перше, якщо в певному предметі застосовано кілька об'єктів права інтелектуальної власності, то вичерпання прав на

них відбувається на однаковій підставі, незважаючи на диференційований зміст цих прав. Якщо щодо одного з них встановлена заборона на здійснення певних господарських операцій, то така заборона поширюється на матеріальний об'єкт у цілому. По-друге, у вітчизняному законодавстві закріплений плюралізм інноваційних об'єктів, стосовно яких застосовується принцип вичерпання прав (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, сорти рослин, топографії інтегральних мікросхем, знаки для товарів і послуг, об'єкти авторського права). Водночас для всіх видів охороноспроможних об'єктів права ІВ у спеціальному законодавстві мають бути викладені однотипні, недвозначні та зрозумілі правила застосування принципу вичерпання прав. По-третє, принцип вичерпання прав не має обмежувати чи невіправдано розширювати суспільне призначення об'єктів права інтелектуальної власності, забезпечуючи змістовий зв'язок між адекватністю застосованих правових засобів і цілями господарсько-правового регулювання.

### 1.2. Види принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності

На сучасному етапі світова економічна система переважно представлена технологічними ланцюгами організації масового виробництва, що користуються конкурентними перевагами від транснаціонального розміщення виробничих мереж і організації збуту товарів [14, с. 9]. Тому пояснення господарсько-правових характеристик принципу вичерпання прав у територіально обмеженому значенні – стосовно господарських операцій, здійснених на території України, є недостатнім, оскільки ті з них, що є підставою для застосування цього принципу, можуть проводитися і в порядку експортно-імпорتنих операцій.

Здавалося б, після реалізації товару права на нього мають вичерпатися назавжди, оскільки неможливо продати будь-що вперше двічі, але з огляду на комплекс чинників (гарантування гіпертрофованих (псевдоприватних) інтересів правовласників, на що передусім спрямоване міжнародно-правове регулювання; кожна держава, з огляду на суверенний статус, визначає режим вичерпання прав, що діятиме на її території; специфічні переваги та недоліки різних режимів вичерпання прав), держави мають право обмежувати імпорт продукції, що містить об'єкти права інтелектуальної власності. Наприклад, в умовах дії національного режиму вичерпання прав законодавець фактично розглядає імпорт та експорт товарів, на які нанесено знак для товарів та послуг, як окремі способи використання цього знака, пра-

ва на які не вичерпуються під час першого продажу і тому потребують одержання спеціальної згоди власника свідоцтва на знак для товарів та послуг. П. Меггс і О. Сергеев звертають увагу на проблемність ситуацій, пов'язаних із застосуванням цього принципу в міжнародній торгівлі, вказуючи, що складнощі виникають тоді, коли захищені авторським правом книжки продаються на міжнародному ринку [27]. У зв'язку з тим, що виключні (майнові) права інтелектуальної власності, попри низку укладених міжнародних договорів, мають насамперед територіальний характер, відносини, пов'язані з застосуванням принципу вичерпання прав, у різних державах регулюються неоднаково.

На основі ідеї державного суверенітету та під впливом автаркічних моделей економічного розвитку історично першою виникла національна концепція вичерпання прав. Проте з часом вона поступово стала предметом гострих дискусій і як наслідок з'явилася міжнародна концепція. Її появі сприяли: розвиток міжнародної торгівлі та поява транснаціональних підприємств, які отримують надприбутки, зловживаючи режимом національного вичерпання прав; гармонізація законодавства різних країн у сфері охорони інтелектуальної власності, що передбачає гарантування високих стандартів захисту інтересів правовласників, у результаті чого запроваджуються ліберальні правові режими, в умовах яких бенефіціари (правовласники) не зазнають збитків від розширення сфери та інтенсифікації використання інноваційних об'єктів; збільшення розриву між державами за рівнем суспільного добробуту й актуалізація питань соціального забезпечення громадян. Проміжною між національною і міжнародною концепціями вичерпання прав є регіональний режим, який діє в міждержавних економічних і митних союзах. Отже, залежно від території поширення принцип вичерпання прав може бути національним, міжнародним і регіональним.

Міжнародно-правові договори в сфері інтелектуальної власності регулюють це питання, як правило, диспозитивно. Згідно зі ст. 6 Угоди ТРІПС жодне положення в цій Угоді не використовується для вирішення питання про вичерпання прав ІВ. Це надає державам-учасникам право на власний розсуд запроваджувати ту чи іншу концепцію вичерпання прав. Попри широкомасштабність Угоди ТРІПС у цьому та решті питань, ЄС і США все ще наполягають на підвищенні міжнародних стандартів захисту інтелектуальної власності. Більший, порівняно з вимогами Угоди ТРІПС, стандарт захисту має назву

«ТРИПС-плюс» і представлений системою міжнародних договорів у рамках СОТ, а також двосторонніми угодами про вільну торгівлю та асоціацію [61]. Цей напрям політики ЄС визначають промислові групи, зокрема, технологічно розвинена фармацевтична промисловість [65]. Оскільки країни – учасниці Європейської патентної конвенції, США і Японія володіють 83% світових патентів [66], вжиття відповідних заходів розглядається як «життєво необхідний елемент», від якого залежить їхня конкурентоспроможність. За умовами договорів ТРИПС-плюс ІВ власності, надають торговельні преференції країнам, які розвиваються, в обмін на забезпечення останніми високого рівня охорони прав інтелектуальної власності. В законах ЄС навіть закріплений спеціальний механізм, згідно з яким суб'єкти господарювання приватного права мають оскаржувати до органів влади ЄС торговельну практику інших держав і якщо буде підтверджено, що держава не забезпечила належного рівня охорони інтелектуальної власності, ЄС матиме право застосувати до неї пропорційні санкції [61]. Західні науковці звертають увагу на те, що на сучасному етапі в деяких угодах ТРИПС-плюс є положення, спрямовані на заборону паралельного імпорту, що може позбавити держави, які розвиваються, змоги купувати лікарські засоби за найбільш вигідними цінами [66; 62] та суттєво обмежити систему правових засобів регулювання економіки, які необхідно використовувати в національних інтересах повною мірою, доки відповідні поступки з боку розвинених держав мають місце в міжнародних договорах.

Відповідно до ст. 160 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС сторони вільні щодо встановлення режиму вичерпання прав інтелектуальної власності. Також у п. 5 Дохійської декларації про Угоду ТРИПС і громадське здоров'я передбачено, що результатом дії положень Угоди ТРИПС щодо вичерпання прав інтелектуальної власності є те, що кожна держава-член може вільно встановлювати власний режим без будь-яких застережень. Згідно зі ст. 6 Договору ВОІВ про авторське право, положення цього Договору не впливають на свободу держав-учасниць визначати, якщо вони є, умови, за яких вичерпання права застосовується після першого продажу або іншої передачі права власності на оригінал або примірник твору з дозволу автора.

Тож принцип вичерпання прав інтелектуальної власності, закріплений у ст. 6 Угоди ТРИПС, є одним із небагатьох гнучких господарсько-правових засобів СОТ. По-перше, він надає широке і безумовне звільнення від застосування інших

норм Угоди ТРИПС, за винятком ст.ст. 3 і 4 цієї Угоди, що стосуються національного режиму і недискримінації, державам під час ухвалення рішень з приводу регулювання внутрішнього режиму вичерпання прав. По-друге, питання вичерпання прав, урегульовані в національному законодавстві, не можуть бути предметом оскарження в рамках СОТ.

На думку дослідників, положення деяких угод про вільну торгівлю про те, що вибір режиму вичерпання прав необхідно здійснювати з урахуванням Угоди ТРИПС, можуть спричинити проблеми під час їхнього тлумачення, оскільки в цьому разі вже не діє «широке звільнення». Таке застереження ставить право держави визначати на власний розсуд режим вичерпання прав у залежність від незазначених положень Угоди, що суперечить «широкому звільненню» [60]. На думку інших фахівців, проблеми можуть виникнути під час тлумачення й інших положень двосторонніх угод, особливо це стосується країн, що розвиваються. Деякі угоди покладають на держави обов'язок забезпечити охорону інтелектуальної власності за «найвищими міжнародними стандартами», «чесно і справедливо», а також «ефективно», без будь-якого уточнення, що мається на увазі під цими стандартами та про які саме угоди йдеться як про міжнародні – багатосторонні, двосторонні чи регіональні. Наприклад, ст. 39.1 Угоди про асоціацію між ЄС і Тунісом зобов'язує сторони забезпечити належну й ефективну охорону прав інтелектуальної, промислової та комерційної власності згідно з найвищими міжнародними стандартами, що охоплює відповідні заходи гарантування цих прав [68]. У Дохійській декларації про Угоду ТРИПС і громадське здоров'я є вказівки на забезпечення державами-учасницями режиму найбільшого сприяння.

Вказівка на те, що держава здійснює вибір режиму вичерпання прав з урахуванням положень Угоди ТРИПС, може мати два варіанти тлумачення. По-перше, держава на власний розсуд встановлює режим вичерпання прав на підставі ст. 6 Угоди ТРИПС. По-друге, це право поставлено в залежність від конкретно визначених або всіх положень Угоди, що свідчить про зобов'язання держави запровадити національну концепцію вичерпання прав з метою створення найширших гарантій захисту прав ІВ та лібералізації міжнародної торгівлі. Все ж таки, спробуємо передбачити, що з урахуванням комплексності змісту Угоди ТРИПС та спрямованості її приписів на розвиток міжнародної торгівлі другий сценарій здається більш вірогідним. Під «міжнародними стандартами охорони права інтелектуальної власності», на



нашу думку, маються на увазі багатосторонні угоди, чинні на момент взяття державою відповідного зобов'язання. Проте, зважаючи на значну суспільну значущість питань, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності та різними ступенями соціально-економічної корисності для держав-учасниць від застосування одних і тих самих правових засобів, про певний рівень світових стандартів у цій сфері говорити неправильно. Водночас із боку забезпечення високих вимог до механізму правового захисту інтересів прав власників Угоди ТРІПС і систему багатосторонніх договорів ВОІВ слід оцінювати як міжнародні стандарти регулювання відносин у сфері ІВ.

Диспозитивність вибору державами територіальних моделей принципу вичерпання прав, надана приписом ст. 6 Угоди ТРІПС, призводить до прогнозованих наслідків – багатоманітності правового регулювання. В ЄС щодо всіх об'єктів права інтелектуальної власності діє регіональна концепція вичерпання прав. Згідно зі ст. 3 і 36 Договору про заснування Європейських співтовариств, виключне право є вичерпаним, якщо товар законно вперше введений в обіг на території ЄС. Це положення дубльоване в спеціальних Директивах ЄС. Принагідно зауважимо одностипність і високу структурованість нормативних приписів цих документів, що є позитивним. Відповідно до Угоди про єдині принципи регулювання в сфері охорони і захисту прав інтелектуальної власності від 09.12.2010 р., в Митному союзі РФ, Білорусі та Казахстані діє регіональний принцип вичерпання прав. У ст. 11 Патентного закону РФ від 23.09.1992 р., ст. 1487 ЦК РФ і ст. 23 Закону РФ «Про товарні знаки, знаки обслуговування і найменування місць походження товарів» від 23.09.1992 р. закріплено, що вичерпання прав, заснованих на патенті чи на реєстрації товарного знака, настає після введення товару в цивільний обіг на території РФ правовласником чи за його згодою (не є порушенням виключного права на товарний знак використання цього товарного знака іншими особами стосовно товарів, що були введені в цивільний обіг на території РФ безпосередньо правовласником чи за його згодою). Тобто стосовно держав, які не є учасниками Митного союзу, в РФ діє національний режим вичерпання прав, хоча планується перехід до міжнародної концепції. В законодавстві США запроваджений національний принцип вичерпання прав, але допускаються винятки за наявності економіко-правового зв'язку між імпортером та правовласником. Аналогічного підходу дотримується Тайвань, де, на відміну від Південної Кореї, такі винятки не передбачені. В Швейцарії акти «Про

авторські права», «Про товарні знаки» і Патентний акт не регламентують порядку надання дозволу чи заборони імпорту товарів, захищених правом інтелектуальної власності, але судова практика підтверджує дію в державі міжнародної концепції вичерпання. В Японії міжнародний принцип вичерпання прав закріплений на законодавчому рівні. В КНР поряд із міжнародним принципом вичерпання прав діє спеціальний механізм контролю, спрямований на те, щоб споживач міг визначити, чи певний товар ввезено в країну як паралельний і чи не є він підробленим. Також поширена практика врегулювання цих питань на рівні двосторонніх міждержавних договорів (Договори про вільну торгівлю, укладені США з Австралією, Марокко тощо) [31; 2].

Згідно з національною концепцією вичерпання прав виключні права на об'єкт права ІВ, застосовані у готовому товарі, визнаються вичерпаними на території певної держави, якщо цей товар було введено в обіг на її території правовласником чи з його дозволу (кількість продажів такого товару за межами держави імпорту юридичного значення не має). В протилежному випадку правовласник має право перешкоджати імпорту та обігу товару на території держави, в яку він був імпортований третьою особою без належного дозволу на провадження такої діяльності. Відповідно в рамках цього підходу застосування принципу вичерпання прав обмежене внутрішньодержавним суверенним ринком. Наприклад, суб'єкт господарювання є власником свідоцтва на знак для товару «Х» у державах «А» і «Б». Якщо в державі «А» встановлено національний принцип вичерпання прав на знаки для товарів і послуг, то товар, на етикетку якого законно нанесено знак «Х», після першої реалізації на території держави «А» може бути перепроданий у цій же державі суб'єктами господарювання без спеціального дозволу правовласника. Якщо ж він був уведений в обіг в державі «Б», в державу «А» може бути імпортований виключно з дозволу правовласника.

Теоретичним обґрунтуванням національного режиму вичерпання прав, окрім специфічних економічних переваг (згідно з економічною теорією, монополіст одержить найбільш високий прибуток, якщо розділить ринки на сегменти і встановить диференційовані ціни для кожного з них [27]), слугує, по-перше, територіальний характер дії виключних (майнових) прав інтелектуальної власності (за територією чинності (реєстрації) відповідних прав). На підставі того, що межа вичерпання прав збігається з територією їхньої дії (суверенною територією держави), можна зробити висновок, що застосування цього ж

принципу до відносин з вичерпання прав є слушним. Наприклад, якщо майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку, що пройшли національну реєстрацію та захищаються в межах території України, мають виражений територіальний характер, то і до вичерпання цих прав слід застосовувати національний режим. По-друге, оскільки в просторовому значенні внутрішній суверенітет держави обмежується її територією, вичерпання прав в одній державі автоматично не призводить до вичерпання прав в іншій, адже йдеться про різні правопорядки. Принцип вичерпання прав не може застосовуватися в міжнародному масштабі, крім регіональних міждержавних об'єднань, доки не запроваджено відповідних систем первинної (прямої) міжнародної реєстрації прав ІВ.

Все ж таки, ці міркування не є достатньо переконливими принаймні з огляду на те, що подолання означеної відокремленості правопорядків підпадає під компетенцію національних законодавців і є питанням забезпечення тих чи інших публічних інтересів. Сумніви з приводу справедливості принципу національного вичерпання прав виникають передусім тому, що його застосування призводить до багаторазового введення в обіг одного й того самого продукту, в якому застосовані об'єкти права інтелектуальної власності, внаслідок чого правовласники одержують економічно необґрунтовану винагороду, що перетворює систему захисту прав інтелектуальної власності на «світову митницю». Натомість, згідно з ч. 2 ст. 66 Угоди ТРІПС, розвинені країни-члени повинні забезпечити стимули для підприємств та організацій на їхніх територіях з метою сприяння та стимулювання передачі технологій найменш розвиненим країнам-членам, з тим, щоб надати їм можливість створити міцну і життєздатну технологічну базу. В Декларації міністрів СОТ від 14.11.2001 р. наголошено, що розвиток і поглиблення багатосторонньої торгівлі потребує реального доступу на іноземні ринки, диверсифікації виробничої та експортної бази держав.

Використання об'єктів права інтелектуальної власності у господарських відносинах забезпечує стимулювання наукової, творчої та інноваційної діяльності, ідентифікацію товарів на ринку, підтвердження їхніх якісних властивостей тощо. На підставі такого суспільного призначення інноваційні об'єкти проникають в усі сегменти товарного ринку. Тому слід вести мову про поліфункціональність об'єктів права ІВ, втілених в інноваційній продукції. Водночас відповідно до п. 5 оглядового листа ВГСУ «Про практику застосування господарськими судами законодав-

ства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 30.06.2009 р., а також положень оглядового листа ВГСУ «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 14.12.2007 р., використання промислового зразка «етикетка» не лише для виготовлення та розповсюдження етикеток, а й для позначення певних товарів виходить за межі правового захисту, що надається власникові патенту, згідно з п. 2 ст. 20 ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 р.

Зазначені функції виконуються під час першого продажу продукції або нанесення товарного знака на неї, а в подальшому – під час подальших циркуляцій на ринку забезпечуються спеціальними засобами правової охорони (ст.ст. 16 і 432 ЦК України). Натомість встановлення національного принципу вичерпання прав надає об'єктам права ІВ невластивої, тобто не пов'язаної з їхнім раціональним використанням у сфері господарювання, функції регулювання імпорتنних операцій, а отже, обмеження міжнародного обігу товарів протягом їхнього життєвого циклу. Тож у співвідношенні гарантованих державою публічних і приватних інтересів відбувається суттєвий дисбаланс на користь останніх.

Сутність міжнародної концепції полягає в тому, що вичерпання майнових прав інтелектуальної власності відбувається після першого введення в обіг продукції правовласником (чи за його згодою) у будь-якій державі світу. Тому правовласник, одного разу реалізувавши інноваційну продукцію, позбавляється права перешкоджати її імпорту та продажу на території іншої країни, де відповідні права дістали правову охорону. Наприклад, не є порушенням виключного права правовласника (уповноважених ним осіб) на реєстрований в Україні товарний знак ввезення в Україну та пропонування до продажу оригінальних товарів, вироблених, маркованих цим товарним знаком і законно введених в обіг правовласником (за його згоди) в іншій державі, суб'єктом господарювання, який не має договірної чи організаційної зв'язку з власником свідоцтва на товарний знак і придбав їх на первинному чи вторинному ринках.

Про затвердження міжнародної концепції вичерпання прав свідчить констатація в тексті закону факту введення в обіг продукту, коли не йдеться про державу, на території якої має бути здійснений перший продаж, а також такі ознаки: (а) відсутність вказівок на обов'язковість першого продажу (введення в господарській обіг) продукту саме на території України дає підстави

стверджувати, що це може бути як Україна, так і будь-яка інша держава; (б) господарська операція «ввезення на митну територію України» (імпорт) не визнається окремим способом використання об'єкта права ІВ, що потребував би дозволу правовласника, або вжито словосполучення «введення в цивільний оборот», яке охоплює максимально широке коло господарських операцій, зокрема імпорт; (в) заборона імпорту певної продукції з метою запобігання порушенням інтересів правовласника. Зокрема, Вищий арбітражний суд РФ у рішенні № ВАС-5318/11 від 10.05.2011 р. визнав ввезення товару на територію РФ окремим способом використання товарного знака. Якщо ж відсутні риси, що вказують на застосування міжнародного принципу вичерпання прав, це означає, що в державі встановлено національний або регіональний принципи відповідно.

В основу такої концепції, на відміну від попередньої, покладено ідею про пріоритетність «принципу першого продажу» перед «територіальним принципом»: якщо вичерпання прав відбулося в одній країні, це має означати вичерпання прав і в міжнародному масштабі. В рамках цього підходу забезпечується вільний рух товарів між державами і режим найбільшого сприяння вільній торгівлі. Натомість обмеження каналів торгівлі є правовим засобом посилення охорони ІВ та справляє негативний вплив на соціально-економічний стан держав, що розвиваються. Європейський суд справедливості ще 1974 року в рішенні у справі *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.* (1974 р.) визнав, що заборона імпорту продукту, в якому використано винахід за патентом, без дозволу правовласника, не відповідає нормам європейського законодавства про вільний рух товарів.

Для більш повного розуміння цього питання слід розглянути приклад з судової практики США. Хоча в законодавстві цієї держави є норма про те, що імпорт на територію США без дозволу правовласника копій творів, придбаних за межами території США, є порушенням виключного права на розповсюдження творів, Верховний суд США у справі *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* (2013 р.) дійшов висновку, що продаж законно виданих за межами США книжок захищено правилом першого продажу: якщо власник авторських чи суміжних прав у будь-якій державі світу вводить в обіг екземпляри свого твору (чи фонограми), то він втрачає право контролювати їхнє подальше розповсюдження, навіть при повторному ввезенні до США. Суд звернув увагу на те, що в формулюванні «власник копії твору, правомірно виготовленої відповідно до чинного закону, чи

будь-яка інша особа, уповноважена таким власником, має право без дозволу правовласника продавати чи в будь-який інший спосіб відчужувати таку копію» основний акцент зроблено на словосполученні «відповідно до чинного закону», що вказує не на географічний критерій, а на спосіб створення твору (критерій законності) і саме в сенсі позагеографічного розуміння цієї норми зрозумілий її зміст – боротьба з піратством. Суд також встановив, що незалежно від використовуваних конструкцій, закон все ж має територіальні межі дії, це не заперечує обґрунтованості таких висновків, оскільки американський закон застосовується до всіх творів, незалежно від місця їхнього створення. Ухвалюючи таке рішення, Суд взяв до уваги низку історичних і філософських міркувань, зокрема, те, що жоден основоположний принцип авторського права не передбачає того, що правовласник наділяється повноваженням розділяти внутрішній і зовнішній ринки, встановлювати різні ціни на ідентичні товари.

Згідно з регіональною концепцією вичерпання прав перший продаж у межах території одного регіону (міждержавного союзу, наприклад, у будь-якій державі – члені ЄС) виробу, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, тягне за собою вичерпання права на подальше розповсюдження цього виробу в межах регіону. В ч. 2 ст. 4 Директиви 2001/29/ЄС цей принцип сформульований так: у Співтоваристві право на розповсюдження, пов'язане з оригіналом твору чи його копіями, вичерпується лише у випадку першого продажу або іншої першої передачі правовласником чи за його згодою власності на цей об'єкт у Співтоваристві. Ця концепція фактично відображає застосування комплексного режиму вичерпання прав, коли, з одного боку, міжнародний режим діє стосовно внутрішнього товарообігу між союзними державами, а з другого, національний – стосовно виробів, вперше введених в обіг в інших державах. Про неї також можна вести мову як про перехідний (від національної до міжнародної моделі) режим регулювання принципу вичерпання прав, який запроваджується на підставі міждержавної угоди. З цього приводу цікавими є висновки Європейського суду справедливості в справі *Laserdisken ApS v. Kulturministeriet* (2004 р.). По-перше, норми ст. 4 Директиви 2001/29/ЄС, в якій закріплений регіональний принцип вичерпання виключних прав, не порушують міжнародно-договірних зобов'язань та є правомірними. По-друге, для вичерпання права мають бути виконані дві умови: оригінал твору чи його копії мають бути розміщені на ринку ЄС безпосередньо

правовласником чи за його згодою; якщо копія твору за згоди власника авторських прав продана чи в інший спосіб передана іншій стороні в рамках Європейського економічного простору, то вона може бути розповсюджена далі.

Тож і національній, і міжнародній, і регіональній концепціям вичерпання прав притаманна суттєва варіативність, що означає можливість закріплення винятків із загальних правил і застосування диференційованих підходів, зокрема, щодо різних видів об'єктів права інтелектуальної власності та суб'єктів господарського права, що їх використовують, тощо. Попри таку гнучкість господарсько-правового механізму, на думку деяких науковців, проблемою є одночасне існування неоднакових режимів вичерпання прав у різних країнах [12], про що свідчить застосування різних концепцій вичерпання прав [2]: у 40% держав діє національне вичерпання, у 33% – регіональне і в 27% – національне [63]. На дискусійності тематики наголошує І. Кириченко, яка пише: «Тема співвідношення принципу вичерпання прав автора, принципів національного режиму і найбільшого сприяння в міжнародному праві, а також їхнього впливу на паралельний імпорт і правомірність обігу авторських творів, у цілому є невичерпною, щодо неї відбуваються наукові дослідження та тривають обговорення в усьому світі» [12]. Зважаючи на закріплене в Угоді ТРІПС право держав на власний розсуд визначати національні моделі вичерпання прав, кожна з яких має власні специфічні економічні переваги, єдиним критерієм для обрання того чи іншого правового режиму на державному рівні має бути спроможність досягти як тактичних, так і стратегічних цілей соціально-економічної політики. При цьому, застосування принципу вичерпання прав у межах одного правопорядку може бути комбінованим, як за видами об'єктів права інтелектуальної власності, так і за іншими ознаками. Закріплення того чи іншого принципу вичерпання прав на таких підставах не є заходом протекціонізму, що особливо важливо в контексті нормативних документів СОТ, адже в Декларації міністрів СОТ від 14.11.2001 р. зазначено таке: «Ми рішуче підтримуємо обіцянку відмовитися від використання протекціонізму».

Господарсько-правове забезпечення захисту національного суверенітету зумовлене насамперед тим, що жодна міжнародна організація, як і прийнята нею конвенція, не спроможна відобразити універсальний, загальносвітовий господарський інтерес, який виявився би справедливим компромісом між протилежними інтересами інноваційно розвинених держав і решти країн. Більшість

приписів, позитивних для останніх зазвичай є декларативними чи забезпеченими неефективними засобами правового регулювання. Суперечливі положення помічаємо в Дохійській декларації про Угоду ТРІПС і громадське здоров'я, в якій хоча і визнана серйозність проблем, пов'язаних із впливом ціноутворення на ситуацію в сфері охорони здоров'я, але наголошено на важливості захисту прав інтелектуальної власності для розробки нових лікарських засобів. З одного боку, в Директиві 2001/29/ЄС наголошено на необхідності підтримки належної рівноваги між інтересами різних категорій правовласників і користувачів охоронюваних об'єктів, а з другого – Директива 2004/27/ЄС встановлює комбінований режим захисту реєстраційних даних (ексклюзивності даних) на лікарський засіб за формулою «8+2+1» (в роках), який діє поряд із патентним. Для порівняння, в Україні зазначений строк є вдвічі меншим. Ці приписи відповідають інтересам провідних фармацевтичних підприємств, що виробляють оригінальні лікарські засоби, натомість для України, фармацевтична промисловість якої майже повністю представлена генеричним виробництвом, такі зміни є негативними. Також показовим є рішення XVII сесії Постійного комітету з патентного права ВОІВ «Патенти і охорона здоров'я: коментарі держав – членів Постійного комітету з патентного права та спостерігачів» № SCP/18/INF/3 від 11.04.2012 р., в якому відзначається стурбованість провідних підприємств світу тим, що дешеві лікарські засоби, реалізовані в країнах з низьким рівнем доходів, можуть повернутися на ринки заможних держав, знизивши їхні прибутки в цих країнах. Високі ціни на інноваційну продукцію встановлюються в умовах нерівномірного розподілу доходів у більшості держав, що розвиваються, тому товаровиробники з метою підвищення прибутків роблять акцент або на сегменті заможного населення цих країн, або запроваджують диференційовані ціни, залежно від еластичності попиту, умов місцевого ринку, платоспроможності споживачів, місцевого законодавства, оскільки більш складно провадити таку політику в контексті сегментації внутрішнього ринку в межах однієї держави.

Все це ставить питання не лише про суверенний вибір принципу вичерпання прав, а і встановлення суб'єктів господарського права, в інтересах яких встановити той чи інший принцип, з'ясування позитивних і негативних рис відповідних правових режимів з погляду забезпечення господарських інтересів імпортерів та експортерів.

Для пояснення господарсько-правового статусу держави на ринку інноваційних об'єктів необхідно визначити ступінь імпортозалежності її внутрішнього ринку. Якщо технологічна залежність наявна, тобто держава в цілому є покупцем, а не продавцем інноваційної продукції, то їй слід встановити міжнародний режим вичерпання прав, що дасть змогу значно збільшити пропозицію на внутрішньому ринку, як у кількісному, так і в якісному аспектах, диверсифікувати канали поставок і знизити ціни на імпорт. Якщо ця залежність відсутня, тобто держава (підприємства-резиденти) володіє внутрішньо і зовнішньо конкурентоспроможним комплексом прав на інноваційні об'єкти, то в її інтересах запровадження якомога більшою кількістю держав національного режиму вичерпання прав, оскільки в цьому разі легальними імпортерами визнаватимуться підприємства, що одержали спеціальні дозволи на здійснення відповідних господарських операцій від правовласників. Таким чином, зменшиться конкуренція і розшириться правовий статус офіційних імпортерів. Саме тому держави-експортери поступово розширюють власну присутність на ринках країн третього світу за допомогою так званих благочинних стратегій. Наприклад, згідно з Глобальною стратегією Всесвітньої організації охорони здоров'я, держави зобов'язані розвивати інновації та проводити дослідження, спрямовані на боротьбу з хворобами, наслідки яких лягають непропорційно тяжким тягарем на держави з низьким чи середнім рівнем доходів населення [7]. Водночас навіть за умови встановлення національного принципу вичерпання прав правовласник має право дозволяти всім зацікавленим постачальникам вільно експортувати продукцію, що містить належні йому об'єкти права інтелектуальної власності, цим фактично застосувавши міжнародний принцип вичерпання, чи в будь-який інший спосіб коригувати власне монопольне становище. Варто наголосити на тому, що хоча принцип вичерпання прав застосовується до матеріальних предметів, які містять об'єкти права інтелектуальної власності, бенефіціаром від сприятливого режиму імпорту є насамперед правовласник, що контролює розподіл цих прав і одержує роялті. Інша річ, що він має право передати чи надати дозвіл на користування інноваційними об'єктами виробникам або офіційним дистриб'юторам, або цими суб'єктами господарського права може бути одна особа. Зрештою, йдеться про складні, багатоланкові господарські відносини у формі інноваційного ланцюга, що в більшості випад-

ків розвиваються між асоційованими підприємствами певного транснаціонального холдингу.

В двосторонніх інноваційних відносинах «держава-експортер – держава-імпортер» об'єктом конкуруючого впливу є внутрішній ринок держави-імпортера, коли інтерес експортера – запровадити на ньому національний режим вичерпання прав, а імпортера – міжнародний. Натомість державам з інноваційно розвиненою економікою, в яких національне підприємництво задовольняє внутрішній попит за більшістю позицій, навпаки, доцільно захищати (обгороджувати) суверенний ринок від більш дешевих пропозицій імпортерів, закріплюючи в законодавстві національний принцип вичерпання прав.

Отже, кожна держава визначає і нормативно закріплює принцип вичерпання прав щодо імпортичних операцій, що є сферою її суверенного регулювання. Відповідно, експортуючи вироби, в яких наявні об'єкти права інтелектуальної власності, держава експорту не має безпосередніх господарсько-правових засобів регулювання режиму вичерпання прав на них, оскільки в зовнішньоекономічній діяльності цей режим завжди визначається правопорядком держави імпорту. На економічну політику останньої експортери чинять лише опосередкований (неюрідичний) вплив. Якщо в запровадженні національного принципу вичерпання прав зацікавлені всі держави-експортери, незалежно від рівня їхнього економічного розвитку, то в міжнародному – держави-імпортери, за винятком тих секторів економіки, в яких забезпечено внутрішню конкурентоспроможність, де виправданим є національний принцип. При цьому, слід мати на увазі, що принцип вичерпання прав не є тим правовим засобом, за допомогою якого може бути заборонений чи суттєво обмежений імпорт певного виду продукції, оскільки предметом регулювання є суб'єктний склад легальних імпортерів. Встановлення в державі, що в цілому є покупцем інтелектуальної власності, національного режиму вичерпання прав, свідчить про те, що це рішення має антидержавний і лобістський характер.

Відмінності в структурі національних економік та рівні інноваційного розвитку галузей виробництва, посилення конкуренції в міжнародній торгівлі, неоднорідність імпорту, що містить різні види об'єктів права ІВ (це не лише високотехнологічна продукція, а фактично всі товари кінцевого ступеня обробки, визначені індивідуальними ознаками), під час встановлення загального режиму вичерпання прав на певний вид об'єкта права інтелектуальної власності, призводять до неминучих узагальнень, фіксації в законодавстві

диференційованих підходів до господарсько-правового регулювання, на підставі об'єктивно визначених критеріїв [58, с. 297] і визначення пріоритетних секторів економіки, яким буде надано посилений правовий захист із метою стимулювання їхнього розвитку. Для забезпечення обґрунтованості вжитих заходів необхідно користуватися інструментами стратегічного планування в економічній і соціальній сферах. Наприклад, якщо на сучасному етапі в законодавстві України закріпити міжнародний принцип вичерпання на продаж примірників творів, то на вітчизняному ринку опиниться велика кількість західної та російської літератури за невисокими цінами та, як наслідок, іноземні твори стануть більш масовими, а читачі осучасняться, від чого постраждає як українська книжка, так і свідомість українців.

З боку захисту публічних інтересів встановлення певного принципу вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності детермінується низкою як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників, а одна і та сама ознака кожного з принципів, залежно від інтерпретатора, може тлумачитися по-різному. Беручи до уваги полярні відмінності між національним і міжнародним режимами вичерпання прав, варто пояснити загальний господарсько-правовий ефект від їхнього запровадження в Україні, оцінивши переваги кожного з них, оскільки переваги одного режиму одночасно є недоліками іншого. Зважаючи на те, що ідеальні нормативні конструкції не призначені для практичного застосування, кожному принципу вичерпання прав властиві специфічні переваги та недоліки. Останні можуть компенсуватися одиничними винятками з загальних правил, тому, обираючи той чи інший правовий режим, необхідно визначити його загальний корисний вплив на економічні відносини в державі в цілому.

До господарсько-правових наслідків запровадження міжнародного принципу вичерпання прав належать такі: (1) обмеження можливостей правовласників здійснювати контроль за господарським обігом товарів, в яких застосовані об'єкти права інтелектуальної власності, після їхнього першого продажу; (2) збільшення кількості імпорту, зростання внутрішнього товарообігу та посилення конкуренції сприятимуть задоволенню господарських інтересів споживачів, для яких значення мають якість і торгова марка (сам по собі факт походження товару з України не впливає на споживчі вподобання), та підприємств, для технічного переоснащення яких в умовах дефіциту національних інвестицій необхідні базові технології; (3) зниження цін на імпортовану про-

дукцію та уникнення їхньої сегментації в світовому масштабі (зниження цін неофіційними імпортерами, порівняно з офіційними каналами поставок, призводить до зменшення неадекватних прибутків правовласників, а не спричиняє їм збитків, адже в будь-якому випадку сплачується встановлена останнім ціна, що покриває фактичні витрати), оскільки товари, придбані на закордонних ринках, реалізуються в державі імпорту за ціною, яка є нижчою, порівняно зі встановленою правовласником для цієї держави (рівень цін більш адекватно відображає купівельну спроможність вітчизняних суб'єктів господарювання і громадян; політика ціноутворення має значний соціальний ефект, особливо в контексті зменшення цін на медичну продукцію); (4) розширення асортименту та одержання оптимальних модифікацій іноземних товарів (виробники в рамках стратегії «розподілу ринків» змінюють якісні, функціональні та інші характеристики продукції, залежно від держав, на ринки яких плануються поставки; це призводить до того, що офіційні дистриб'ютори реалізують в Україні товари в найменш конкурентоспроможних модифікаціях, але за світовими цінами), що зменшує залежність України від маркетингової політики правовласників, покладаючи на них обов'язок гарантувати загальносвітовий стандарт якості товару, незалежно від держави імпорту; (5) захист інтересів вітчизняних суб'єктів господарювання на протилежну інтересам іноземних правовласників.

Ці господарсько-правові характеристики міжнародного принципу вичерпання прав на інноваційні об'єкти тісно взаємопов'язані та доповнюють одна одну. Водночас така властивість, як «обмеження можливостей правовласників здійснювати контроль за господарським обігом товарів, в яких застосовані об'єкти права інтелектуальної власності, після їхнього першого продажу», що передбачає звуження легальної гіпермонополії правовласників у зовнішньоекономічних відносинах, як це відбувається в рамках дії національної концепції вичерпання прав, є ключовою і первинною щодо інших. Її сенс зводиться до недопущення: (1) розподілу державних і регіональних ринків між виробниками й офіційними дистриб'юторами, а також їхньої цінової та товарної дискримінації (правовласник регулює ціноутворення, встановлює обсяги, асортимент та інші умови реалізації товарів); (2) монополізації каналів поставок і суттєвого ускладнення міжнародної торгівлі, зокрема реекспортних операцій, коли на імпортерів покладаються обтяжливі зобов'язання з одержання від правовласників дозволів на введення товарів у обіг.

Економічні системи неоднаково сприймають інновації: менше за інших попит на них демонструють держави, багаті природними ресурсами [24]. Україна, з одного боку, зацікавлена в імпорті технологій, необхідних для інноваційного прориву, та здешевленні товарів, вітчизняних аналогів яких немає, а з другого боку, поряд із так званим корисним імпортом неодмінно збільшиться його кількість в інших сферах, що призведе до згорання національного виробництва, особливо в напрямі імпортозаміщення. Тобто запровадження міжнародного принципу вичерпання прав як всеохопного, без доповнення його іншими правовими засобами, спрямованими на підтримку внутрішнього ринку, на чому вже акцентувалася увага, обмежить конкурентоспроможність національного товаровиробника.

До господарсько-правових наслідків запровадження національного принципу вичерпання прав належать такі: (1) зростання цін на імпорт, оскільки на ринок потраплятиме лише спеціально призначена для реалізації на ньому продукція, а типова стратегія зовнішньоекономічної діяльності постачальників інноваційної продукції передбачає завищення цін з метою максимізації прибутків (зменшиться вірогідність зниження вартості, кількості чи підміни товарів імпортерами під час митного оформлення); (2) суб'єкти, що вводять товари в господарський обіг зі спеціального дозволу правовласників, володіють конкурентними перевагами – ексклюзивними умовами реалізації; (3) товар легально постачається в модифікації (модифікаціях), розробленій і призначеній саме для українського ринку; (4) підвищення якості імпортованих товарів і рівня обслуговування споживачів.

Застосування регіонального принципу вичерпання прав виправдане в торговельних відносинах між державами, що мають приблизно однаковий рівень інноваційного розвитку і сумірні пакети прав на охороноспроможні об'єкти інтелектуальної власності. За таких умов співпраця буде взаємовигідною, адже в протилежному випадку експортер інноваційних об'єктів суттєво посилить власні монопольні позиції, а імпортер втратить потенціал для суверенного зростання. Якщо ж у цьому випадку з метою захисту внутрішнього ринку однієї з держав будуть використані економічні компенсатори, то слід враховувати, по-перше, темпоральну обмеженість останніх, по-друге, вихідну різницю в розвитку контрагентів, вплив якої в умовах інтеграції може бути тимчасово обмежений, але не усунутий повністю, по-третє, безпосереднє суспільне призначення регіонального принципу вичерпання прав, що

полягає у вилученні з господарської практики подібних винятків. Господарсько-правовий ефект від запровадження регіонального принципу вичерпання прав у цілому тотожний дії міжнародного принципу, але з урахуванням того, що перший встановлюється для обмеженої кількості держав.

Отже, принцип вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності є самостійним засобом реалізації інвестиційної, цінової, антимонопольно-конкурентної, валютної, зовнішньоекономічної політики.

Тактика провадження великими підприємствами господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом інноваційних об'єктів, формально має кваліфікуючі ознаки зловживань монопольним становищем чи антиконкурентних узгоджених дій, наслідки яких найбільш відчутні в державах з національним режимом вичерпання прав, як-от: (1) застосування різних цін чи інших дискримінаційних умов до рівнозначних угод з суб'єктами господарювання без об'єктивно виправданих на те причин або які неможливо було б встановити за умови існування значної конкуренції на ринку, (2) розподіл ринків чи джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їхньої реалізації чи придбання, колом продавців, покупців або споживачів чи іншими ознаками, (3) усунення з ринку чи обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців, (4) обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними. Тому на часі ухвалення міжнародного законодавства про захист економічної конкуренції.

Складно спрогнозувати розвиток доктрини вичерпання прав у світовому масштабі, оскільки інтереси провідних держав і транснаціональних корпорацій, спрямовані на створення вільного ринку як обов'язкового етапу економічної глобалізації, протиставляються потребам держав, що розвиваються, в забезпеченні мінімальних гарантій соціальної справедливості. Хоча запровадження національного принципу вичерпання прав в останніх надає низку підприємницьких переваг провідним товаровиробникам, найімовірніше, з огляду на залучення до інтеграційних процесів якомога більшої кількості держав, у майбутньому будуть поступово уніфіковані умови світової торгівлі до стану єдиного ринку. В цьому разі встановлення регіонального чи міжнародного принципу вичерпання прав оцінюватиметься як поступка з одночасним посиленням решти гарантій інтересів правовласників.

Визначальний вплив на правове регулювання інноваційної діяльності на міжнародному та національному рівнях здійснює конкуренція суперечливих інтересів виробників і споживачів інноваційної продукції у виробничому та невиробничому секторах. Збалансоване господарсько-правове забезпечення цих інтересів у фактичних відносинах є складним завданням, адже і перші, і другі чітко розподілені за належністю до певних груп держав або об'єднань підприємств, що володіють різним обсягом економічної влади, а отже, спроможністю чинити вплив на формування світового або регіонального правопорядку. Тому на сучасному етапі немає реальних спроб виробити компромісну модель господарсько-правової політики, що підміняється імітацією такого діалогу, деклараціями і пропагуванням «псевдонаціональних інтересів», яким для країн третього світу є гарантування найвищих стандартів захисту прав інтелектуальної власності. Зокрема, на рівні СОТ гуманістичні наміри нівелюються комплексами нормативних обмежень і заборон. Згідно з Декларацією міністрів СОТ від 14.11.2001 р., для жодної держави – члена СОТ не має бути перешкодою для вжиття заходів із захисту життя і здоров'я людей, тварин, рослин, довкілля на рівні, який вона вважатиме необхідним, за умови дотримання таких вимог: ці заходи не мають обмежувати міжнародну торгівлю або застосовуватися у спосіб, що є засобом свавільної чи невинуватої дискримінації між державами, в яких наявні здебільшого однакові умови тощо. Особливо цинічними є так звані піар-акції про поставку кількох десятків тисяч лікарських засобів в одну з африканських країн за дешевими цінами як виняток із цінової політики фармацевтичного підприємства-патентовласника з річним обігом в мільярди одиниць товару. Тому для України як держави – об'єкта міжнародно-правової політики в сфері інноваційного розвитку, важливим є факт визнання в Угоді ТРІПС того, що найменш розвинені держави стикаються зі спеціальними структурними проблемами та існує проблема маргіналізації цих держав у міжнародній торгівлі. В п. 4 Дохійської декларації про Угоду ТРІПС і громадське здоров'я категорично стверджується, що Угода ТРІПС не перешкоджає і не повинна перешкоджати тому, щоб держави-члени вживали заходів з охорони суспільного здоров'я і, особливо, зі сприяння забезпеченню загального доступу до лікарських засобів.

З огляду на те, що спеціальне законодавство не є компромісним і передбачає лише мінімальні гарантії інтересів слабкої сторони в договірних відносинах, кожна держава зобов'язана розробити і реалізувати на практиці специфічну суверенну

модель господарсько-правової політики. На це вказує відсутність універсальних (загальновизнаних) механізмів нормативно-правового регулювання цієї сфери, про що свідчать відмінності в стратегіях економічного розвитку різних держав і гнучкість приписів Угоди ТРІПС про закріплення принципу вичерпання прав. Залежність вибору концепції вичерпання прав від торговельних інтересів держави передбачає таку постановку питання: ми продаємо чи купуємо? Інтересам максимізації продажів відповідає забезпечення монопольного статусу продавця, гарантії непорушності якого є ключовим змістом світових стандартів у цій сфері і навпаки. Зокрема, на це спрямований національний принцип вичерпання прав на інноваційні об'єкти.

У контексті вдосконалення господарсько-правового забезпечення застосування принципу вичерпання прав в Україні слід узяти до уваги визначені в ст. 3 Директиви 2004/48/ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» вимоги до засобів і процедур правового захисту, що гарантують дотримання прав на інтелектуальну власність. Ці засоби і процедури не мають бути занадто складними, високовартісними чи тривалими в часі, вони мають забезпечуватися захисними заходами для протидії зловживанням правом і відповідати засадам справедливості, ефективності та пропорційності.

По-перше, варто закріпити в ГК України загальні дефініції понять міжнародного, регіонального і національного принципів вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності, а в спеціальних законах вказувати лише назву принципу, що підлягає застосуванню. Такий підхід дасть змогу уникнути двозначних тлумачень нормативних приписів і негативних результатів правозастосування. Йдеться про гарантування такого елементу верховенства права, як принципу правової визначеності, ясності й недвозначності правової норми. Фахівці називають цей принцип «гарантією юридичної безпеки» і розглядають як зобов'язання державних органів забезпечувати легкість з'ясування змісту права і можливість користуватися цим правом у разі необхідності [36, с. 44]. Також Конституційний Суд України в мотивувальній частині рішення №5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 р. наголошує на тому, що з конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці та неминуче призводить до сваволі.



По-друге, визначити оптимальну для України концепцію вичерпання прав, що полягає в закріпленні міжнародного принципу для продукції соціальної спрямованості (товари повсякденного користування і життєво необхідні), промислового призначення, але з певними винятками, згідно з якими за деякий час після насичення внутрішнього ринку і зростання національного наукоємного виробництва, за певними об'єктами права інтелектуальної власності чи сферами господарювання, в яких відбулося таке зростання, буде запроваджено національний принцип вичерпання. Така пропозиція узгоджується зі ст. 8, а також ст.ст. 13, 17, 31 Угоди ТРІПС, що регламентують можливість застосування винятків і обмежень з виключних прав і дозволяють, виходячи з національних інтересів, встановлювати той чи інший принцип вичерпання стосовно будь-яких об'єктів, за умови, що це не призводить до дискримінації суб'єктів господарювання за виробничою, фірмовою, територіальною чи іншою суб'єктивною ознакою, не суперечить звичайному використанню твору, не призводять до надмірної шкоди інтересам власника прав, враховують законні інтереси власника товарного знака та третіх сторін, суттєво не суперечать нормальному використанню патенту та не завдають суттєвої шкоди законним інтересам власника патенту, з огляду на інтереси третіх сторін. Невипадково саме США, які в II пол. XIX – I пол. XX ст. розвинули власну економіку, впроваджуючи європейські технології (такий самий шлях обрала Японія в II пол. XX ст.), на сучасному етапі вважаються еталоном розбудови національної інноваційної системи [24].

На недостатню ефективність заходів з диференційованого застосування принципу вичерпання прав за видами об'єктів права інтелектуальної власності вказують такі обставини: (а) запровадження стосовно знаків міжнародного принципу нівелює ефект від національного принципу, наприклад, щодо патентів, оскільки останні в абсолютній більшості випадків виробляються під зареєстрованими брендами; (б) в одиниці продукції може бути використано кілька об'єктів права інтелектуальної власності різних видів; (в) одну й ту саму форму правової охорони можуть мати і товари, збільшення обсягів імпорту яких відповідає національним інтересам, і товарні групи, що виробляються в Україні. У зв'язку з тим, що навіть в умовах дії національного принципу вичерпання прав уповноважений суб'єкт господарювання має право дотримуватися будь-якої підприємницької стратегії з метою максимізації прибутків (за рахунок підвищення цін на одиницю продукції чи збільшення товарного обігу тощо), варіювання

відповідних правових режимів матиме сенс лише в цілях збільшення на внутрішньому ринку дешевої пропозиції, забезпечення ж протекціоністського захисту національного товаровиробника буде несуттєвим і, за потреби, може бути нівельоване поведінкою правовласників. Тому необхідно розробити спеціальну нормативну базу, на підставі якої принцип вичерпання прав встановлювався би щодо конкретних товарних груп, включаючи весь комплекс прав інтелектуальної власності, які виникають щодо певного продукту. На цій підставі для груп товарів, стосовно яких є зацікавленість у розвитку вітчизняного виробництва, доцільно запровадити національний принцип вичерпання прав.

Отже, національний принцип вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності варто застосовувати як спеціальну економічну преференцію, що покращить умови торгівлі для офіційних дилерів і пришвидшить амортизацію для іноземних інвесторів, які провадять товарне виробництво чи науково-дослідницьку діяльність на території України, якщо їхні інвестиції відповідають встановленим критеріям капітаємності, наукоємності, зайнятості. Цей правовий режим поширюватиметься на заявлену продукцію, яка містить об'єкти права ІВ, та поставляється для задоволення потреб інвестиційної діяльності в Україні або якщо на українському підприємстві інвестора виробляються деталі чи інші комплектуючі вироби, розробляються технологічні, маркетингові рішення тощо, які застосовуються інвестором в єдиному виробничому циклі для виготовлення готової продукції. Враховуючи конкурентні переваги України як ринку для розміщення інвестицій, а також невелику значущість чинника вартості досліджень і розробок, з огляду на їхню високу прибутковість і приблизно однакову витратність майже у всіх державах світу [16], такий господарсько-правовий засіб стимулювання інноваційної діяльності заслуговує на увагу. В цьому переконає досвід міжнародних фармацевтичних компаній, які, досліджуючи можливості розміщення виробництва в КНР, часто стикаються з тим, що виробничі витрати на більш складних етапах створення доданої вартості в КНР приблизно аналогічні показникам у США і ЄС, натомість в Індії ці витрати є низькими завдяки наявності висококваліфікованих працівників, сучасних дослідницьких центрів і розвиненої інфраструктури (вартість розробки нового лікарського засобу в Індії становить 10% аналогічних витрат у США) [16].

*Продовження у наступному номері*

## ПРАВО СПОЖИВАЧА НА ЗАХИСТ ВІД ОМАНЛИВИХ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК

АВТОР

**Сергій САВИЧ,**

к.ю.н., доцент  
Східноєвропейського  
національного університету  
імені Лесі Українки,  
юрисконсульт



Торговельна марка як така має виконувати певні функції (насамперед вказувати на виробника, рекламну та гарантійну), які дозволяють говорити про спільність інтересів виробників товару та споживачів: виробник зацікавлений, щоб його торговельні марки впізнавалися на ринку, а позначений цими марками товар – купувався. Споживачі теж часто бажають придбавати саме оригінальний товар з відповідним рівнем якості та надійності.

На заводі цьому часто стоять так звані оманливі позначення, що становлять наразі неабияку проблему та є яскравим прикладом недобросовісної конкуренції на ринку. Зазначу, що питання оманливих торговельних марок (позначень) достатньо висвітлене в науковій літературі, сформувався також відповідна експертна практика щодо них, наявні достатні напрацювання й у судовій практиці. Тому, не розглядаючи детально це питання, варто лише зауважити, що оманливість є властивістю позначення, яка може, зокрема, впливати з подібності (візуальної, фонетичної чи смислової) марки (позначення), умовно кажучи, імітатора до торговельної марки, що використовується іншою особою та належить іншій особі на достатніх правових підставах, зокрема, така особа має державне свідоцтво про реєстрацію або фактичне першорічне використання ТМ.

Ідеально оманливі позначення не можуть одержати державної реєстрації та охоронятися як об'єкти інтелектуальної власності. Слушною видається позиція, що держреєстрація торговельних марок певною мірою захищає інтереси споживачів, адже відсіює, позбавляє охорони позначення, що імітують інші [1]. Проте кількість судових справ щодо оспорування дійсності виданих свідоцтв на зареєстровані торговельні марки з підстав їхньої оманливості свідчить про перебільшення значення цього механізму як надійного фільтру. Тому загалом інтереси споживача можуть страждати як через викорис-

тання зареєстрованих торговельних марок (реєстрація яких потенційно може бути оспорена з визнанням недійсним свідоцтва), так і незареєстрованих (маються на увазі ті, якими маркуються товари, не зазначені в свідоцтві про право на торговельну марку, а також ті, що умисно створюються для фальсифікації товару, і тому для реєстрації не заявляються).

В який спосіб та в якому обов'язі забезпечуються права та інтереси споживачів у випадку введення їх в оману цими торговельними марками за чинним законодавством України? На практиці сформувався підхід розглядати наведений вище випадок як порушення права конкретного споживача на інформацію про товар, яке за своєю сутністю є посяганням лише на сферу його індивідуальних майнових інтересів. Захист згаданих інтересів нормами ЦК України або законодавством про захист прав споживачів спрямований на відновлення цього порушеного майнового становища. Відповідно до позиції, підтримуваної судами [2] (це рішення ми розглянемо далі), у разі коли надання недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію та про виробника (виконавця, продавця) спричинило придбання продукції, яка не має потрібних споживачеві властивостей, – споживач має право розірвати договір і вимагати відшкодування завданих йому збитків.

Тож можливості його правового впливу на подальше використання оманливої торговельної марки відсутні, що є, на мою думку, невиправданим з двох причин: по-перше, можливість звернення споживача до суду з вимогою заборонити використання такого позначення зменшила би втрати коштів та часу виробника – правовласника оригінальної торговельної марки (відстеження фактів використання подібних оманливих позначень загалом є складним і тривалим процесом); по-друге, це б виключило можливість уведення в оману інших споживачів того самого товару. З приводу останнього також зауважу, що правовласники, звісно, можуть самостійно, з власної ініціативи опосередковано захищати права та інтереси споживачів у цих випадках, вимагаючи, як приклад, припинення дії, що порушує право інтелектуальної власності, вилучення товарів з цивільного обороту, виготовлених з порушенням права інтелектуальної

власності особи (як передбачає ст. 432 ЦК України) тощо. Проте такі дії, зрозуміло, мають односторонній характер, реалізуються виключно на підставі волі та бажання виробника-правовласника [3]. Більше того, трапляються протилежні ситуації, коли останній свідомо не реагує на факти імітації своєї торговельної марки, у той чи інший спосіб домовляючись з порушником про компенсацію.

Описані вище обставини не дають підстав говорити про наявність необхідного зв'язку «виробник – споживач», що дозволяв би останньому за допомогою відповідної торговельної марки правильно ідентифікувати виробника та його товар. На мій погляд, забезпечення інтересу споживача не бути введеним в оману використанням такого позначення необхідно розглядати як важливий елемент системи правової охорони торговельних марок в Україні. Відсутність правильної перцепції споживача безумовно свідчить про недосконалість цієї системи та невиконання закладених у торговельну марку функцій, зокрема визначальної – розрізняти товари (послуги) одних виробників від товарів (послуг) інших (ст. 492 ЦК України), а споживач за цих умов просто перетворюється на слабого та безініціативного адресата без зворотного зв'язку. Тому принципово неправильним є зведення інтересів споживача у відносинах з

мазь. Свої вимоги позивач обґрунтовував тим, що вказаний знак вводить його як споживача в оману, оскільки, на його думку, є подібним до знака для товарів і послуг «ФАСТУМ», яким маркується аналогічний лікувальний засіб. Споживач сплутав вказані позначення, «через велику кількість медичних препаратів на полиці розгубився» та придбав замість «ФАСТУМУ» «ФАСТИН». Через це Особа 1 вважала свої права як споживача порушеними. Суд відмовив у задоволенні заявлених вимог, посилаючись на те, що чинне законодавство не передбачає за споживачами того способу захисту порушеного права, який просив застосувати позивач, адже він, згідно з ч. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», належить виключно правоволодільцям. Абсолютно ідентичну позицію нещодавно зайняв і Рівненський міськрайонний суд (Справа №569/7895/13-ц від 14 жовтня 2014 року); підтримано це рішення в подальшому й апеляційною інстанцією.

Вказана позиція судів є достатньо обґрунтованою, адже споживач не може послуговатися тими правовими засобами захисту, які законодавство про інтелектуальну власність зараховує до виключної сфери правоволодільців.

Сумнівною також є і можливість посилання на п. «в» ч. 1 ст. 19 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», відповідно до якої споживача можна було б розглядати як іншу особу, права якої порушуються при поданні заявки на оманливу торговельну марку. Законодавство України про захист прав споживачів має випадки таких порушень, об'єднані як нечесні підприємницькі практики. У ст. 19 ЗУ «Про захист прав споживачів» наведений їхній перелік, до яких належить, зокрема, і введення споживача в оману торговельними марками. Проте доведення матеріально-правової заінтересованості окремого споживача у вимозі про визнання свідоцтва на таку торговельну марку недійсним викликає певні запитання, позаяк Закон не передбачає за окремим споживачем права безпосереднього захисту від цих неправомірних дій. У зв'язку з цим вбачається, що без необхідних законодавчих змін проблема не може бути вирішена.

Для прикладу, зміни, внесені до конкурентного законодавства країн – членів ЄС, дозволили це давно зробити. Це пов'язано насамперед із гармонізацією національних законодавств країн-членів з вимогами Директиви ЄС № 2005/29 про недобросовісні торговельні практики. Основна ідея вказаного документа полягала у підвищенні

## Ідеально оманливі позначення не можуть одержати державної реєстрації та охоронятися як об'єкти інтелектуальної власності

використання торговельних марок лише до винятково індивідуальних. Останній може виступати також і виразником колективного інтересу інших споживачів.

Треба вказати, що питання врахування цих інтересів при використанні торговельних марок в Україні набуває актуальності. Наприклад, у згаданому вище рішенні Лубенський міськрайонний суд Полтавської області у 2009 році розглянув позов Особи 1 до ДП «Лубнифарм» та ТФ «Фармація», а також Державного департаменту інтелектуальної власності з вимогою визнати недійсним свідоцтво на знак для товарів і послуг «ФАСТИН» (№ 15001 від 28.02.2000 р.), яким позначався медичний засіб – лікувальна

ролі споживачів у цій галузі за рахунок надання їм рівних із виробниками преференцій у захисті від актів недобросовісної конкуренції, зокрема, шляхом забезпечення безпосереднього захисту інтересів перших.

Положення Директиви загалом дають змогу виокремити у конкурентному праві дві групи деліктів: 1) комерційні – це такі, що порушують права та законні інтереси підприємців (суб'єктів господарювання); 2) некомерційні – такі, що завдають шкоду правам і законним інтересам споживачів [4].

Розглядаючи способи цивільно-правового захисту споживачів від некомерційних деліктів у, наприклад, польському законодавстві, можна відзначити певну симетрію їх порівняно з тими, що належать суб'єктам підприємництва щодо актів недобросовісної конкуренції. Приміром, у разі порушення або загрози порушення свого інтересу споживач може вимагати припинення такої дії, усунення її наслідків, відшкодування шкоди на загальних засадах, зокрема, визнання угоди недійсною з обов'язком взаємного повернення або повернення підприємцем коштів, пов'язаних з набуттям товару.

Привертає увагу цивільно-правовий захист колективного інтересу споживачів не бути введеними в оману щодо торговельної марки, що може реалізовуватися як через звернення спеціальних органів, організацій споживачів, повірених у справах захисту прав споживачів, так і безпосередньо самими споживачами.

Важливим моментом у адаптації, зокрема, польського законодавства до вимог Директиви стало запровадження інституту індивідуального позову споживача, що було сприйнято як певний революційний крок [5].

Передумовою звернення із таким позовом може бути порушення прав та інтересів конкретного споживача. Безпосередньо сам лише факт недобросовісної практики до таких порушень не належить. Споживач обов'язково має зазнати певної шкоди від порушення, мати матеріально-правовий інтерес, щоби звернутись з відповідним позовом. Не можна у випадку порушення прав на торговельну марку одночасно говорити про порушення прав споживача. Споживач, який просто наразився на факт недобросовісної ринкової практики, сприйняв її як таку і не був введений в оману, не може вимагати застосування відповідних засобів захисту [6]. Натомість у разі заподіяння йому шкоди внаслідок купівлі товару з оманливою торговельною маркою у нього окрім права відшкодувати завданні збитки з'являється ще й можливість у суді ви-

магати припинення діяльності підприємця з випуску продукції під оманливим позначенням, що за своєю сутністю є превентивним способом захисту невизначеного кола споживачів.

Ще одним важливим правовим засобом, яким наділений споживач, є можливість вимагати публікації одного або декількох оголошень про факт недобросовісної ринкової практики у пресі за рішенням суду. Його можна порівняти з аналогічним засобом захисту правоволодільця, яким той наділений згідно з законодавством Польщі, а також з відповідною нормою Цивільного кодексу України, – опублікування у засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення (п. 6 ч. 2 ст. 432 ЦК України).

Навряд чи можна не погодитися з думкою, що втілення таких законодавчих ініціатив в Україні здатне вирішити проблему захисту прав та інтересів споживачів у сфері функціонування торговельних марок. Проте слід пам'ятати, що це питання не є винятково правовим, адже сприйняття ролі споживача як компетентного, зрілого суб'єкта у відносинах з виробником у Європі стало можливим завдяки відповідній інтенсивній інформаційно-освітній політиці, широкому заохоченню діяльності організацій споживачів з боку держави, чого в Україні, на жаль, не спостерігається.

#### *Література:*

1. Крижна В. М. Захист прав споживачів при використанні комерційних позначень / В. М. Крижна // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2. – С. 67.
2. Рішення Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 19 лютого 2009 р. (справа № 2-260/2009) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>. – Назва з монітора.
3. Савич С. Споживач у системі цивільно-правової охорони торговельних марок / Сергій Святославович Савич // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 210–214.
4. Jasińska K. Pojęcie przeciętnego konsumenta w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i jego znaczenie dla wykładni przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji / Katarzyna Jasińska // Transformacje prawa prywatnego. – 2008. – № 3/4. – S. 39–51.
5. Tishner A. Odpowiedzialność majątkowa za naruszenie prawa do znaku towarowego / Anna Tishner. – Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2008. – 338 s.
6. Jarosiński W. Odpowiedzialność cywilna według ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w świetle Dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych / Wojciech Jarosiński, Bohdan Widła // Transformacje prawa prywatnego. – 2009. – № 1/2. – S. 37–65.

## КОМЕРЦІЙНЕ НАЙМЕНУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

АНОТАЦІЯ	АННОТАЦІЯ	ANNOTATION
<p>В статті досліджено комерційне найменування як об'єкт правової охорони за законодавством України. Проведений правовий аналіз законодавчого забезпечення правової охорони прав інтелектуальної власності на комерційне найменування. В результаті дослідження на підставі комплексного, всебічного, наукового аналізу виявлені проблеми теоретичного та практичного характеру та запропоновані шляхи вдосконалення правового регулювання правової охорони комерційного найменування.</p>	<p>В статье исследовано коммерческое наименование как объект правовой охраны согласно законодательству Украины. Осуществлен правовой анализ законодательного обеспечения правовой охраны прав интеллектуальной собственности на коммерческое наименование. В результате исследования на основании комплексного, всестороннего, научного анализа выявлены проблемы теоретического и практического характера и предложены пути совершенствования правового регулирования правовой охраны коммерческого наименования.</p>	<p>This article explores the commercial name as the object of legal protection under the laws of Ukraine. Done legal analysis of legislative support for the legal protection of intellectual property rights in commercial name. The study based on an integrated, comprehensive, scientific analysis revealed problems of theoretical and practical nature and suggest ways of improving the legal regulation of the commercial name.</p>
КЛЮЧОВІ СЛОВА	КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА	KEYWORDS
<p>комерційне найменування, право інтелектуальної власності, правова охорона комерційного найменування</p>	<p>коммерческое наименование, право интеллектуальной собственности, правовая охрана коммерческого наименования</p>	<p>commercial name, intellectual property rights, legal protection of commercial name</p>

АВТОР

**Оксана ГОРЬОВА**,  
 ПП «Український центр  
 правової допомоги  
 ЮрМедіКонсалт», АО «Ти  
 і право», юрист (магістр)  
 Інституту інтелектуальної  
 власності НУ «Одеська  
 юридична академія»



**Постановка проблеми.** В умовах ринкової економіки та інтеграції до ЄС одним із основних засобів індивідуалізації є комерційне найменування. В інтересах усіх учасників цивільного обороту юридична особа не лише може, а й зобов'язана використовувати комерційне найменування для індивідуалізації на ринку. Однак недостатній рівень правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням та охороною комерційного найменування, породжує питання, пов'язані з його практичним застосуванням. Ситуацію ускладнює ще й брак спеціального закону, який би регулював питання, пов'язані з правом на комерційне найменування. У зв'язку з відсутністю достатнього правового регулювання комерційних найменувань в Україні є чимало проблемних питань у сфері правової охорони комерційного найменування. В умовах інформаційного суспільства та євроінтеграційного

курсу питання правової охорони комерційного найменування набуває неабиякої актуальності.

**Стан дослідження.** Комерційне найменування як об'єкт правової охорони досліджували: Козлова О.О., Крижний О., Кодинець А.О., Кібенко О.Р., Іщук С.І., Бочарова Н.В., Бошицький Ю.Л., Дорошенко О. тощо. Проте залишається чимало дискусійних питань.

**Метою статті** є дослідити комерційне найменування як об'єкт правової охорони згідно із законодавством України.

**Виклад основних положень.** Нові Цивільний та Господарський кодекси України ввели досі невідомий для української правової доктрини термін для позначення засобу індивідуалізації учасників господарської діяльності – «комерційне найменування» (глава 43 ЦК України, ст. 159 ГК України).

Варто зазначити, що на законодавчому рівні визначення терміна «комерційне найменування» не подане. Згідно із ч. 1 ст. 489 ЦК України [2] правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Відповідно до ч. 3 ст. 33 ГК України [1] використання у комерційному найменуванні власного імені

громадянина є правомірним, якщо до власного імені додається будь-який прикметний елемент, що виключає змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Тобто на законодавчому рівні встановлені лише певні критерії загального характеру щодо надання комерційному найменуванню правової охорони.

Логіку законодавця у цьому випадку пояснюють передусім бажанням максимально наблизити основні правові засади охорони інституту фірмового найменування до міжнародних стандартів, оскільки таке позначення відображає термінологію, яка міститься у Паризькій конвенції про охорону промислової власності. У французькому варіанті зазначеного міжнародного договору вжито термін *lepomcommercial*, що в перекладі з французької означає «комерційне, або торгове найменування». Також причина вибору слова «комерційне» полягає у бажанні відобразити в терміні сутність об'єкта, що за задумом законодавця має позначати суб'єктів, які займаються комерційною діяльністю, тобто діяльністю, спрямованою на отримання прибутку. Наприклад, у законодавстві Великої Британії фірмове найменування в оригіналі позначають терміном *businessname* [11, с. 92], що само собою підтверджує попередню думку.

Наприклад, Дорошенко О. вважає, що комерційне найменування – це ідентифікатор конкретної юридичної особи [7, с. 47]. Шестакова С.О. пропонує розуміти комерційне найменування як найменування чи власне ім'я, яке дає змогу відрізнити те чи інше підприємство від інших [19, с. 123]. За визначенням О. Кібенко комерційне найменування – це своєрідний псевдонім суб'єкта господарювання, що використовується ним для індивідуалізації власної підприємницької діяльності [10, с. 123].

Комерційне найменування слугує для індивідуалізації суб'єкта цивільного обороту [8, с. 117]. Виключні права на комерційне позначення існують незалежно від прав на фірмове найменування і торгову марку. Тож найменування юридичної особи має значення для ідентифікації особи в органах державної влади, реєстраційних та фіскальних органах, а комерційне найменування використовується з метою виокремлення особи на ринку [20, с. 281-282].

Певні недосконалості наявні також у частині визначення кола суб'єктів, яким можуть належати права інтелектуальної власності на комерційне найменування. З аналізу положень ч. 2 ст. 90 та ч. 1 ст. 84 ЦК України [2] можна зробити висновок, що провадження юридичною особою підприємницької діяльності законодавець пов'язує з можливістю такої особи мати комерційне найме-

нування. Водночас у ч. 2 ст. 90 ЦК України немає прямої вказівки на можливість фізичної особи мати комерційне найменування, але зі змісту ст. 51 ЦК України можна зробити висновок, що громадяни-підприємці також можуть мати комерційне найменування. ГК України [1] (зокрема, ч. 1 ст. 159 та ч. 2 ст. 55 ГК України) прямо встановлює можливість мати комерційне найменування юридичним особам та громадянам-підприємцям; а також не пов'язує можливість юридичної особи мати комерційне найменування виключно зі здійсненням такою особою підприємницької діяльності, така юридична особа може провадити також некомерційну господарську діяльність.

Попри те, що в окремих нормах Цивільного (гл. 43) і Господарського кодексів України (ст. 159) самостійно вжито поняття «комерційне найменування», однак у ст. 90 ЦК України слово «фірмове» вживається в дужках після «комерційне», що є свідченням ототожнення законодавцем цих понять. Водночас у нормах спеціального законодавства, зокрема законах України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (ст. 6), «Про захист від недобросовісної конкуренції» (ст. 4), уживається поняття «фірмове найменування».

Проаналізувавши норми законодавства, правову доктрину з цивільного права, одразу стає очевидним факт відсутності єдності в розумінні співвідношення понять «комерційне» та «фірмове» найменування.

Для уникнення законодавчих колізій щодо різнозначного розуміння понять «комерційне» та «фірмове» найменування потрібно уніфікувати їх у законодавстві й внести зміни до тих законів, які вживають термін «фірмове», замінивши його на «комерційне» найменування [18, с. 75].

Поняття «комерційне» та «фірмове» найменування не є синонімічними, оскільки суб'єктами права на комерційне найменування можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи – підприємці, на відміну від фірмового найменування, за допомогою якого індивідуалізуються лише юридичні особи. Тому для усунення термінологічної плутанини потрібно слово «фірмове» замінити на «комерційне».

Вирізняльною рисою комерційного найменування має бути його структура, яка складається з двох частин: корпусу найменування та додавання. Корпус найменування – це його характеристики: організаційно-правова форма підприємства, тип, предмет діяльності тощо; додавання – це спеціальне найменування підприємства, його номер або інше позначення: оригінальні слова, власні назви, географічні назви, скорочені назви (аббревіатури) підприємств тощо [6, с. 606].

Однак на відміну від найменування юридичної особи будь-яких вимог до структури комерційного найменування законодавством України не встановлено, як і не подано визначення його поняття. У ст. 489 ЦК закріплені лише умови надання правової охорони комерційному найменуванню.

Структура комерційного найменування завжди розглядалась поверхнево, хоча це питання має велике значення для захисту прав на цей об'єкт, особливо при зіткненні прав на комерційні найменування та знаки для товарів і послуг.

На цій проблемі свого часу було наголошено А. Міндрул [14, с. 45]: «Під час виникнення спору визначення питання, що саме є комерційним найменуванням, може стати досить складним і проблематичним. Зокрема, Вищий Господарський Суд України у своїй постанові від 4 березня 2008 р. 12/205-21/55 зазначає, що «питання визначення фірмового найменування є правовим. Воно має вирішуватись судом відповідно до чинного законодавства та на підставі наявних у справі доказів». Зазначений підхід знайшов своє відображення і в Оглядовому листі ВГСУ 01-8/383/1 від 27.06.2008 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» [5].

Отже, питання визначення складу комерційного найменування належить до компетенції суду, однак, на підставі яких доказів та на підставі якого законодавства, якщо немає спеціального закону щодо комерційних найменувань, залишається незрозумілим.

Нині для конкретизації відповідних положень ЦК України розробляється спеціальне законодавство щодо правової охорони прав на комерційне найменування. Державним департаментом інтелектуальної власності розроблено проект закону України «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування», у якому визначені поняття та можливий склад комерційного найменування. Зокрема, комерційним найменуванням, відповідно до проекту закону, є позначення, яке дає можливість вирізнити одну особу, що виробляє та (або) реалізовує товари чи надає послуги, з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Такими позначеннями, що становлять комерційне найменування, можуть бути, зокрема, позначення, що складаються із зазначення організаційно-правової форми та/або характеру діяльності юридичної особи, та позначення, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування; скороченого найменування юридичної особи.

Об'єкти інтелектуальної власності є індивідуальними, унікальними і є результатом творчої діяль-

ності. Створення будь-якого об'єкта інтелектуальної власності потребує творчих зусиль, незалежно від того, чи буде це літературний твір, знак для товарів і послуг чи комерційне найменування. Адже комерційне найменування – це унікальний ідентифікатор конкретної юридичної особи, який через успішність і ефективно використання у майбутньому та у сукупності з торговельною маркою може коштувати значно більше, ніж весь майновий комплекс підприємства. Тому розробка сильного комерційного найменування потребує значних зусиль.

Визначення складу комерційного найменування є особливо складним питанням при зіткненні прав на знаки для товарів і послуг та комерційні найменування. Як було зазначено, звичайною практикою стало ототожнення найменування юридичної особи та комерційного найменування, що іноді призводить до помилкових висновків.

В оглядовому листі при аналізі рішення суду першої інстанції з конкретної справи наголошено, що «судом не зазначено в оскаржуваному рішенні, на підставі яких доказів ним було визначено фірмове найменування позивача та ототожнено його з повним найменуванням. Суд, перебравши на себе непритаманні йому функції експерта, сам дійшов висновку про те, що оскільки фірмовим найменуванням позивача та його вирізняльною частиною є певне словосполучення (а фактично це є повна назва фірми), спірна торговельна марка не схожа до ступеня змішування з фірмовим найменуванням позивача». От же, ВГСУ також вказав на недоцільність входження організаційно-правової форми до складу комерційного найменування. Це можна пояснити тим, що для визначення подібності знака для товарів і послуг до комерційного найменування враховується думка споживача та сприйняття ним порівнюваних позначень. Саме комерційне найменування є ідентифікатором юридичної особи на ринку, а її повна назва із вказівкою на організаційно-правову форму є, як правило, надто громіздкою конструкцією, переважаною зайвою для споживача інформацією, тому в повному обсязі не запам'ятовується.

Входження до складу комерційного найменування лише власної назви юридичної особи, наприклад «Сокіл», при повному найменуванні Товариство з обмеженою відповідальністю «Юридична компанія «Сокіл» не завжди є доречним, оскільки скорочена назва використовується переважно в розмовній практиці при усних сповіщеннях. Крім того, слово «сокіл» може входити до складу іншого комерційного найменування, за умови різних сфер комерційної діяльності, територіального розмежування та, якщо це не вводить в оману споживачів.

Як правило, така власна назва реєструється як торговельна марка (знак для товарів і послуг) і в цьому разі виконує функцію вирізнення товарів або послуг, а не тієї чи іншої особи – учасника ринку.

Отже, зазначення виду/напрямку діяльності у складі КН відповідає вимозі інформативності. Це дозволить споживачеві одразу зорієнтуватись на специфіку та характер діяльності суб'єкта господарювання. Вирізняльна частина КН (а саме власна назва) відіграє індивідуалізуючу функцію для викремлення юридичної особи серед інших, особливо тих, що провадять такий самий вид діяльності. КН також має бути лаконічним, оскільки громіздка конструкція не сприяє запам'ятовуванню та досить важка при вимові.

Зважаючи на викладене вище, КН має відповідати вимогам інформативності, розрізняльності та лаконічності. Як комерційне найменування доцільно розглядати позначення, що складається з вказівки на характер діяльності юридичної особи разом з позначенням, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування, без посилання на організаційно-правову форму. Така словесна конструкція містить необхідну і достатню інформацію для ідентифікації фірми як суб'єкта комерційної діяльності.

Слід зазначити, що не завжди комерційне найменування збігається з найменуванням юридичної особи навіть за власною назвою, що й передбачено, зокрема, ст. 489 ЦК. Так, наприклад, «Товариство з обмеженою відповідальністю «Аспект – 2003» є найменуванням юридичної особи, а «Науково-практичний журнал «Інтелектуальна власність» є її комерційним найменуванням. На відміну від найменування юридичної особи, для якого встановлено вимогу щодо написання лише українською мовою, комерційне найменування може бути представлено і літерами латиниці.

В такому аспекті цікавим є досвід Великої Британії, де діє охорона як найменувань компанії, так і бізнесових найменувань, причому охорона цих засобів індивідуалізації регламентується різними законами – Законом про бізнесові найменування 1985 року та Законом про компанії 1985 року.

Бізнесове найменування – це найменування, що використовується будь-якою особою, товариством або компанією для ведення бізнесу, інше, ніж власне найменування (ім'я), наприклад, XYZ Limited, здійснює діяльність як Fish Antiques [17, с. 324].

У Франції розділяють найменування корпорацій та фірмове найменування. Найменування корпорації є офіційним та юридичним ім'ям корпорації та не може бути змінено при користуванні за винятком зміни даних у статутних документах. Фір-

мове найменування може змінюватися без спеціальних правових процедур [17, с. 323].

Отже, паралельне існування найменування юридичної особи та її комерційного найменування є абсолютно виправданим, оскільки кожне з цих найменувань виконує свою функцію: перше використовується для ідентифікації особи в органах державної влади, реєстраційних та фіскальних органах тощо, а друге – для вирізнення особи на ринку.

У тих випадках, коли комерційне найменування не збігається з елементами найменування юридичної особи, до його складу зазвичай входить вирізняльна частина із зазначенням виду діяльності або без неї. Таке позначення часто реєструється як торговельна марка або може бути її частиною.

Тісний зв'язок комерційного найменування з торговельною маркою найбільш характерний не для фірм – виробників товарів, а для тих, що надають послуги. Це можна пояснити тим, що більшість послуг надаються локально і перш ніж звернутись за наданням будь-якої послуги, споживач хоче бути поінформований про репутацію та досвід фірми на ринку і використання непов'язаної з комерційним найменуванням торговельної марки може взагалі втратити сенс. І навпаки, що стосується виробників товарів, прив'язка комерційного найменування до торговельної марки не обов'язкова.

Офіційне найменування для юридичної особи, як, наприклад, ім'я фізичної особи, не може бути предметом обороту і характеризує юридичну особу в сукупності її прав та обов'язків як самостійного суб'єкта права. Своєю чергою, комерційне найменування – це назва, яка індивідуалізує юридичну чи фізичну особу для ідентифікації господарських (комерційних) відносин. Права на комерційне найменування можуть бути передані, тобто бути предметом обігу, але лише спільно з підприємством, яке воно позначає [13, с. 125].

Іноді досить складно визначити чітку структуру комерційного найменування. Для однієї юридичної особи варіантів комерційного найменування може бути безліч, якщо враховувати і позначення, що відрізняються від найменування юридичної особи. Однак КН є засобом індивідуалізації учасників цивільного обігу та об'єктом інтелектуальної власності, і, що саме входить до структури конкретного комерційного найменування, залежить від позиції споживача та від його сприйняття конкретної юридичної особи на ринку. Тобто кожен випадок потребує окремого дослідження. А безліч варіантів КН призводить і до необмеженої кількості спорів у судових інстанціях.

Проблема виникає не лише щодо визначення структури КН, а й визначення моменту його



першого використання, тобто початку одержання права інтелектуальної власності на нього. Тому справи, що виникають у результаті зіткнення комерційних найменувань або КН з торговельними марками, є найскладнішими судовими справами в зв'язку з невизначеністю предмета спору (що саме у кожному випадку є комерційним найменуванням) та складністю визначення належності прав на нього (першим використанням буде вважатись використання у цивільному обороті чи власне на папері, при створенні юридичної особи).

Для уникнення таких спірних ситуацій та надійного захисту комерційних найменувань найбільш вдалим, на думку авторів, було б введення в Україні обов'язкової реєстрації комерційних найменувань, що дозволило б чітко визначити його структуру та момент виникнення прав на нього за аналогією з торговельними марками. В такому разі не потрібно на власний розсуд визначати структуру комерційного найменування і судді, який не завжди є фахівцем у сфері інтелектуальної власності, що ускладнює взагалі розуміння та встановлення предмета спору.

Правову охорону необхідно також надати загальновідомим комерційним найменуванням, виключні права на які виникають в явочному порядку, в результаті їхнього тривалого використання та популярності. У сучасному українському законодавстві немає положень про охорону загальновідомих комерційних найменувань. З метою підвищення правової охорони комерційних найменувань та запобігання виникненню конфліктів між власниками виключних прав на найменування, які мають тотожні чи подібні словесні позначення, доцільно законодавчо регламентувати процедуру їхньої реєстрації та сформулювати п. 2 і 3 ст. 489 ЦК України [2] так: «Право інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування виникає у юридичної особи з моменту її реєстрації у встановленому законом порядку. Комерційне (фірмове) найменування іноземної особи охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації й незалежно від того, чи є комерційне найменування частиною торговельної марки».

Підбиваючи підсумок, можна зазначити, що правова охорона засобів індивідуалізації здійснюється на підставі правовстановлювальної реєстраційної (основної) та явочної (допоміжної) систем виникнення виключних прав. Перша передбачає виникнення прав після перевірки відповідності заявленого позначення встановленим законодавством вимогам та реєстрації патентним органом. Вона використовується для надання правової охорони географічним зазначенням (кваліфікованим зазна-

ченням походження товару), торговельним маркам та комерційним (фірмовим) найменуванням. При явочній системі правова охорона надається на основі факту використання ідентифікуючого позначення. Вона притаманна засобам індивідуалізації, які в результаті тривалого застосування набули широкої відомості та не потребують додаткової реєстрації (загальновідомі торговельні марки і комерційні найменування) та комерційним (фірмовим) найменуванням іноземних юридичних осіб (відповідно до ст. 8 Паризької конвенції). Явочна система має допоміжний характер, оскільки для визнання об'єкта загальновідомим чи отримання охорони в іншій державі необхідний факт визнання позначення засобом індивідуалізації відповідно до національного законодавства правоволодільця. Наведені висновки обумовлюють потребу внесення змін до українського законодавства, спрямовані на закріплення виникнення суб'єктивних прав на комерційні найменування на підставі публічної реєстрації, детальну регламентацію процедури її проведення; визначення порядку визнання позначень загальновідомими та розробку механізму правової охорони загальновідомих торговельних марок та комерційних найменувань [12, с. 50-51].

ЦК та ГК України не мають прямих вказівок на тотожність чи подібність комерційних найменувань при їхньому захисті. Формальний аналіз норм чинних кодексів може привести до таких висновків. Положення ч. 1 ст. 490 ЦК України визначає право особи перешкоджати неправомірному використанню комерційних найменувань і забороняє таке використання, норма ч. 5 ст. 159 ГК України встановлює обов'язок особи, яка неправомірно використовує чуже комерційне найменування, припинити таке використання на вимогу власника та відшкодувати завдані збитки. Жодна з цих норм не деталізує факту неправомірного використання комерційного найменування – чи це повинні бути схожі чи тотожні комерційні найменування – питання залишається без відповіді.

Разом з тим, згадувана нами норма ч. 4 ст. 489 ЦК України, яка обмежує виключне право на комерційне найменування, оперує поняттям «однакові» комерційні найменування. Якщо логічно продовжити вказану норму, то отримаємо ситуацію, за якої забороняється існування лише тотожних (однакових) комерційних найменувань. «Особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів... (норма закону)», а в усіх інших випадках особи не можуть мати однакових комерційних найменувань [9, с. 5].

Відсутність чіткого трактування вказаної ситуації законодавцем позначається на судовій практиці, яка загалом при реалізації принципу виключності

комерційного найменування спирається не на конкретні норми закону, а керується загальними інтересами учасників цивільного обороту.

Розгляд загальних рекомендацій ВГСУ з питань застосування законодавства про комерційне (фірмове) найменування не дає однозначної відповіді на запитання, чи може заборонятися використання схожого комерційного найменування. Зокрема, в п. 54 Рекомендацій Президії ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» вказано, що належним способом захисту права особи на комерційне найменування може бути позов про зобов'язання іншої особи припинити використання тотожного найменування та відшкодування збитків, якщо їх завдано таким використанням [3].

Однак в тому самому пункті Рекомендацій ВГСУ вказує, що господарські суди не повинні встановлювати схожість або тотожність комерційних найменувань на власний розсуд, а призначати в такій ситуації судову експертизу. Тобто цей акт допускає судовий захист правомірного власника від схожих комерційних найменувань. В іншому узагальнюючому акті – Рекомендаціях Президії ВГСУ «Про деякі питання практики призначення судових експертів у справах зі спорів, пов'язаних із захистом інтелектуальної власності» – Вищий Господарський Суд України дотримується чіткої позиції про правову охорону виключно проти використання тотожних комерційних найменувань. У пункті 4 вказаного документа суд, ґрунтуючись на нормах ЦК та ГК України, доходить висновку, що «правова охорона надається правовласнику виключно проти використання іншими особами однакового, тобто тотожного повного чи скороченого комерційного (фірмового) найменування» [4].

На думку ВГСУ, у спорах про захист права інтелектуальної власності на комерційне найменування, господарським судом не повинні порушуватися перед судовим експертом питання про наявність чи відсутність схожості між комерційними (фірмовими) найменуваннями до такого ступеня, що їх можна сплутати.

ВГСУ вживає термін «схожість», однак в значенні тотожності: «в разі необхідності господарський суд може поставити судовому експерту питання про наявність чи відсутність тотожності, тобто цілковитої схожості між комерційними (фірмовими) найменуваннями, що порівнюються» [4].

Реалізація виключного права на комерційне найменування має здійснюватися з урахуванням загальних ознак комерційного найменування.

Отже, ґрунтуючись на таких базових ознаках комерційного найменування, в спеціальному законі має бути викладене правило про захист право-

мірного власника як від використання тотожного фірмового найменування, так і від схожого, якщо така схожість може сприяти змішуванню споживачами комерційної діяльності двох юридичних осіб. Лише в такому розумінні інститут комерційного найменування має перспективу стати дієвим механізмом індивідуалізації підприємницьких юридичних осіб в майновому обороті, у використанні якого вони будуть зацікавлені [9, с. 6-8].

Крім того, ч. 4 ст. 489 ЦК України [2] доречно доповнити словами «схожі до ступеня змішування» та викласти в такій редакції: «Особи можуть мати однакові або схожі до ступеня змішування комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються, чи робіт, які вони виконують».

Нині з метою узгодження законів України у сфері охорони прав на торговельні марки, географічні позначення та комерційні найменування із Цивільним та Господарським кодексами України Міністерством освіти і науки розробляється проект закону України «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування» [16]. Проте цей проект не є досконалим і потребує доопрацювання. На нашу думку, доречніше розділити його на три самостійні нормативно-правові акти та схвалити ЗУ «Про правову охорону прав на комерційне найменування», а не «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування» з метою спрощення користування цим законом.

Слід продовжувати комплексний порівняльний аналіз регулювання правовідносин у сфері охорони прав на комерційне найменування в Україні та в Європейському Союзі з метою розроблення рекомендацій щодо приведення законодавства України в цій сфері у відповідність з основними положеннями законодавства Європейського Союзу.

З вищевказаного можемо зробити висновок про необхідність розробити та схвалити Закон України «Про правову охорону прав на комерційне найменування», а також внести відповідні зміни до ст. 489 ЦК України [2] та викласти цю статтю, змінивши слово «можуть» на «обов'язково» в такій редакції:

«Стаття 489. Правова охорона комерційного найменування

1. Правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності.

2. Право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування та охороняється

без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, є чи не є комерційне найменування частиною торговельної марки.

3. Відомості про комерційне найменування обов'язково вносяться до реєстрів, порядок ведення яких встановлюється законом.

4. Особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються».

Надання обов'язкового характеру внесенню відомостей про комерційне найменування до відповідних реєстрів забезпечить значно надійніший захист прав, ніж є нині. Адже таке вдосконалення чинного законодавства дозволить уникнути повторень комерційних найменувань, які вже існують. Обов'язковість надасть гарантію захисту прав на комерційне найменування для тих, хто перший таке КН зареєстрував, а також прав споживачів товарів та послуг. Що більшою є кількість ідентичних комерційних найменувань, то вищою є вірогідність введення в оману споживачів.

Перелік комерційних найменувань з відповідними даними має бути опублікований на офіційному сайті Державної служби інтелектуальної власності [15] та постійно перебувати у відкритому доступі.

**Висновки.** Викладене вище дозволяє зробити висновок, що правова охорона комерційного найменування за чинним законодавством України потребує вдосконалення. Зокрема, вбачається за необхідне внесення змін до ЦК та ГК України, а також розроблення та схвалення спеціального ЗУ «Про правову охорону комерційного найменування». Впровадження запропонованих заходів сприяло би зменшенню кількості протиріч і неточностей та підвищенню ефективності правової охорони прав інтелектуальної власності на комерційне найменування.

#### Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
3. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: Рекомендації Президії Вищого Господарського Суду України від 10.06.2004 р. № 04-5/1107 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua>.
4. Про деякі питання практики призначення судових експертів у справах зі спорів, пов'язаних із захистом інтелектуальної власності: Рекомендації Президії Вищого Господарського Суду України від 29.03.2005 р. № 04-5/76 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua>.
5. Оглядовий лист Вищого Господарського Суду України 01-8/383/1 від 27.06.2008 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» / [Електронний ресурс] / Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
6. Войнаровський А. Промислова власність як фактор розвитку науково-технічного прогресу і вдосконалення матеріальної бази суспільства / А.Войнаровський // Народознавчі зошити. – 2012. – № 4 (106). – С. 603-610.
7. Дорошенко О. Структура комерційного найменування / О. Дорошенко, К. Щукіна // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2009. – №3. – С. 43-52.
8. Іщук С. Визначення сутності комерційного (фірмового) найменування: термінологічний аспект / С.Іщук // Вісник Львівського ун-ту. – 2008. – №46. – С. 112-119.
9. Іщук С. І. Особливості суб'єктивного права інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування / С.І.Іщук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2010. – №1. – С. 1-10.
10. Кібенко О.Р. Регулювання комерційного найменування у нових Цивільному та Господарському кодексах України // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2004. – №4. – С. 16-19.
11. Кібенко Е.Р. Корпоративне право Великобританії. Законодавство. Прецеденти. Коментарі / Е. Р. Кібенко. – К.: Юстиніан, 2003. – 368 с.
12. Кодинець О.А. Теоретичні питання виникнення суб'єктивних прав на засоби індивідуалізації в цивільному праві України // Вісник Київського національного ун-ту ім. Т.Г. Шевченка. Юридичні науки. – 2005. – №63-64. – С. 48-52.
13. Левічева О.Д. Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару: навч. посіб. / О.Д. Левічева. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2006 р. – 128 с.
14. Лойко Д.М. Захист інтелектуальної власності в контексті економічної безпеки промислового підприємства / Д.М. Лойко // Наукові записки. – 2013. – № 23. – С.62-66.
15. Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України. [Електронний ресурс]: Режим доступу: [http://sips.gov.ua/ua/origin\\_commodity.html](http://sips.gov.ua/ua/origin_commodity.html)
16. Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/449567/>
17. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / (за ред. Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін.) – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – 1104 с.
18. Старчук О. Співвідношення комерційного найменування з іншими правовими категоріями / О.Старчук // Історико-правовий часопис. Актуальні проблеми цивілістики. – 2013. – № 1. – С. 73-77.
19. Шестакова С.О. Товарний знак, торгова марка, бренд, комерційне найменування: спільне та відмінне / С.О.Шестакова // Вісник сумського національного ун-ту. – 2013. – №4. – С. 119-124.
20. Щербань І. Визначення сутності поняття «комерційного найменування»: вітчизняний та міжнародний досвід правового регулювання/І.Щербань // Цивільне право. – 2013. – С. 281-283.

## ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗКРИТТЯ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО МІСТИТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ ЗА РІШЕННЯМ СУДУ НА ВИМОГУ ОРГАНУ ДФС

### АНОТАЦІЯ

У статті проведено дослідження теоретичних аспектів нормативно-правового регулювання банківської таємниці, висвітлений порядок розкриття відомостей, які становлять банківську таємницю за рішенням суду у зв'язку зі зверненням органу державної фіскальної служби, поданий аналіз повноважень цих органів, вказані недоліки, наявні в чинній процедурі розкриття банківської таємниці, запропоновані шляхи їхнього подолання, проаналізовані випадки ненадання її банківськими установами та відповідальність за невиконання рішення суду.

### АННОТАЦИЯ

В статье проведено исследование теоретических аспектов нормативно-правового регулирования банковской тайны, освещается порядок раскрытия сведений, составляющих банковскую тайну по решению суда в связи с обращением органа государственной фискальной службы, дается анализ полномочий данных органов, указываются недостатки, которые существуют в действующей процедуре раскрытия банковской тайны, предлагаются пути их преодоления, анализируются случаи непредоставления ее банковскими учреждениями и ответственность за невыполнение решения суда.

### ANNOTATION

This article studied the theoretical aspects of legal regulation of bank secrecy, highlights of disclosure of information constituting bank secrecy by the court in connection with the request of the state fiscal service, provided analysis of these powers are specified deficiencies that exist in the current procedure disclosure of bank secrecy, there are ways to overcome them analyzed cases of failure of banking institutions and for noncompliance with a court decision.

### КЛЮЧОВІ СЛОВА

банківська таємниця, органи державної фіскальної служби, розкриття таємниці, рішення суду, виконання рішення

### КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

банковская тайна, органы государственной фискальной службы, раскрытие тайны, решение суда, исполнение решения

### KEYWORDS

banking secrecy, public fiscal service, the disclosure of secrets, court decision, decision

### АВТОР

**Тарас ПАСЬКО**,  
юрист, м. Полтава

Банківська система в будь-якій країні є важливою складовою економіки та має значний вплив на діяльність та розвиток суспільства. З метою забезпечення стабільного та ефективного функціонування цієї системи держава створює умови та надає гарантії здійснення банківської діяльності, головною з яких є банківська таємниця.

Водночас розкриття цього виду інформації є необхідним при здійсненні податкового контролю з боку органів фіскальної служби. Це спричинено кількістю економічних злочинів та правопорушень, що постійно зростає, внаслідок чого держава зазнає значних втрат фінансових ресурсів.

Наявність колізій у вітчизняному законодавстві щодо порядку отримання такого виду інформації та надання його за рішенням суду сприяє затягуванню

та невиконанню посадовими особами контролюючих органів обов'язків щодо здійснення податкового контролю, спрямованого на руйнування схем ухилення від оподаткування.

Аналіз останніх досліджень та публікацій у цій сфері, зокрема праць Т.О. Чернадчука, М.М. Ясинка, Д.О. Гетманцева, І.В. Сліпченка, Г.О. Світличної дає підстави стверджувати, що, хоча правові аспекти порядку розкриття банківської таємниці були досліджені, проте вони мають доволі загальний характер у зв'язку з наявністю великої кількості нормативно-правових актів різних рівнів, що містять суперечливі норми, а тому питання правового регулювання розкриття інформації, що містить банківську таємницю, на вимогу органу фіскальної служби залишилось недослідженим.

Мета статті полягає у дослідженні на основі аналізу норм чинного законодавства у сфері банківської діяльності та податкового контролю правового статусу та порядку розкриття інформації, що містить банківську таємницю, а також визначенні проблемних питань щодо надання банківськими установами такої інформації органам фіскальної служби.

Інститут банківської таємниці є обов'язковим атрибутом правової системи держави, зміст якої зумовлений особливостями економіко-правової доктрини та формуванням нормативної бази.

В той же час встановлений законодавством режим банківської таємниці не має абсолютного характеру, оскільки у ньому також передбачені правомірні правові дії щодо розкриття такого виду інформації.

У багатьох країнах світу нині спостерігається тенденція до законодавчого обмеження недоторканості банківської таємниці.

Зокрема, особливий інтерес викликає спосіб регулювання банківської таємниці в США, де виданий спеціальний закон про банківську таємницю, проте, який виконує другорядні ролі порівняно з іншими актами, що стосуються банківської сфери.

В одній із розвинених країн Європи – Німеччині, податково-фінансові органи мають право на підставі письмових запитів отримувати будь-яку інформацію. При цьому відсутні будь-які гарантії збереження банківської таємниці, коли стосовно клієнта порушено кримінальну справу про податкові правопорушення, пов'язані з відмиванням доходів.

Така загальносвітова тенденція спричинена, зокрема, станом і розвитком економічних злочинів, пов'язаних із відмиванням «брудних» коштів.

Наша країна не є винятком. Податковий контроль, який здійснюють органи фіскальної служби та який проявляється у вигляді перевірок, відіграє важливу роль у процесі формування та виконання дохідної частини бюджетів усіх рівнів.

При цьому, велике значення для здійснення такого контролю відіграє інформація, отримана від банківських органів. Однак такі відомості, зважаючи на «суб'єкта власності», мають певні особливості зберігання та отримання, проте їхнє розкриття на вимогу контролюючого органу є необхідним заходом для встановлення факту отримання готівкових коштів, їхнього обсягу та обігу за конкретно визначений проміжок часу та виявлення об'єктів оподаткування, визначення фактичної бази оподаткування та розміру прихованих від сплати доходів.

Правовий режим банківської таємниці в Україні визначається Цивільним кодексом України, а також Законом України «Про банки і банківську діяльність». У цьому документі подане визначення поняття «банківська таємниця», встановлений механізм збереження та порядок її розкриття.

Згідно з положеннями ст. 1076 Цивільного кодексу та ст. 60 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» (далі – *Закон*), будь-яка інформація, що стосується клієнта, якою банк володіє на законних підставах, є банківською таємницею (за винятком, якщо така інформація становить державну таємницю).

Відповідно до п. 1 ст. 1076 ЦК України, відомості, що становлять банківську таємницю, можуть бути надані банком органам державної влади та їхнім посадовим особам виключно у випадках та в порядку, встановлених ЗУ «Про банки і банківську діяльність» [1, с. 23].

У ст. 60 Закону поняття «банківська таємниця» визначене як інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку в процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальну чи моральну шкоди клієнту [2, с. 15].

Підстави для отримання інформації, що містить банківську таємницю, передбачені пунктами 1-4 ч. 1 ст. 62 Закону.

Разом з тим, пунктом 3.5 Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затверджених постановою Правління Національного банку України від 14 липня 2006 року № 267, передбачено, що банку забороняється надавати інформацію про клієнтів іншого банку, навіть якщо їхні імена зазначені у документах, угодах та операціях клієнта, якщо інше не зазначено в дозволі клієнта іншого банку або вимозі, рішенні (постанові) суду [3, с. 19].

Враховуючи наведене, інформація про клієнтів іншого банку може бути надана в разі вказівки про це в рішенні суду.

Щороку зростає кількість випадків звернення до судів загальної юрисдикції органів Державної фіскальної служби (ДФС) з позовами щодо розкриття інформації, що містить банківську таємницю щодо руху грошових коштів на рахунку за певний період.

Така можливість передбачена п. 20.1.5. ст. 20 Податкового кодексу України, відповідно до якого ці органи мають право одержувати безоплатно від платників податків, а також від установ НБУ, комерційних банків та інших фінансових установ довідки, у порядку встановленому ЗУ «Про банки і банківську діяльність» та цим кодексом, довідки та/або копії документів про наявність банківських рахунків, а на підставі рішення суду інформацію про обсяг та обіг коштів на рахунках, зокрема про ненадходження у встановлені терміни валютної виручки від суб'єктів підприємницької діяльності [4, с. 62].

Варто вказати, що інформація про наявність у юридичних осіб або фізичних осіб – підприємців відкритих або закритих рахунків в банках та інших фінансових установах надходить до органів ДФС в порядку Наказу Міністерства доходів і зборів України від 26.12.2013 № 853 «Про затвердження Порядку подання повідомлень про відкриття/закриття рахунків платників податків у банках та інших фінансових установах до контролюючих

органів» (zareestrovano v Ministerstvi yustitsii Ukraïni 21.01.2014 r. za № 121/24898).

Відповідно до п. 2.1 цього наказу, Національний банк України, банки та інші фінансові установи (далі – *фінансові установи*) не пізніше наступного робочого дня з дня відкриття/закриття рахунків платників податків (включаючи день відкриття/закриття) подають відомості про це в електронному вигляді з використанням надійних засобів електронного цифрового підпису з посиленими сертифікатами відкритих ключів засобами електронної пошти мережі інтернет на адресу Інформаційного порталу Міністерства доходів і зборів України [5, с. 260].

Як правило, необхідність звернення до суду з позовом про розкриття інформації про рух коштів по рахунку (банківської таємниці) зумовлена неможливістю проведення документальної перевірки суб'єкта господарювання у зв'язку з його відсутністю за місцезнаходженням. Проте орган ДФС може звернутись до суду з позовом щодо розкриття інформації й у інших випадках.

Відповідно до глави 12 розділу IV Цивільного процесуального кодексу України така категорія справ розглядається за правилами та в порядку окремого провадження. Справу має бути розглянуто у п'ятиденний строк з дня надходження її до суду в закритому судовому засіданні, про що має бути зазначено як в журналі судового засідання, так і в судовому рішенні [6, с. 34].

Також, враховуючи положення ч. 1 ст. 289 ЦПК, розгляд такої категорії справ відбувається в закритому судовому засіданні. Суддя ухвалює рішення про його розгляд у закритому судовому засіданні при постановленні ухвали про відкриття провадження у справі та призначення справи до розгляду, про що зазначається у відповідній ухвалі. Про розгляд справи у закритому засіданні має бути зазначено й у рішенні за результатами розгляду справи.

Заяви про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичної або фізичної особи відповідно до ст. 287 ЦПК подаються до суду за місцезнаходженням банку, що обслуговує таку юридичну або фізичну особу.

У практичній же діяльності трапляються випадки, коли юридична особа або банк заявляють про те, що рахунок, який відкрито у філії цього банку, не є рахунком банку, а є рахунком, відкритим у його філії.

Проте, зважаючи на вимоги статей 28, 29 та 290 ЦПК, філії, представництва чи інший структурний підрозділ банку не є юридичними особами, тому особою, яка бере участь у справі (заінтересованою особою), є банк.

Заява про розкриття банком інформації, що містить банківську таємницю, щодо юридичної або фі-

зичної особи за формою і змістом повинна відповідати загальним правилам, встановленими у ст. 119 ЦПК, а також вимогам, які викладені у ст. 288 ЦПК.

У заяві обов'язково зазначається ім'я (найменування) особи, щодо якої вимагається розкриття інформації, яка містить банківську таємницю; виклад обставин, якими обґрунтовується необхідність розкриття такої інформації із зазначенням положень законів, які надають відповідні повноваження; мета і межі її розкриття, які залежать від суб'єкта звернення, його статусу, мети та завдань його діяльності, виконуваних функцій і компетенції.

Суттєвим зрушенням у становленні судової практики з такої категорії справ стало ухвалення постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України від 30.09.2011 р. «Про судову практику в цивільних справах про розкриття банками інформації, що містить банківську таємницю, щодо юридичних осіб та фізичних осіб» та узагальнення судової практики Верховного Суду України від 21.12.2009 р. «Судова практика розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб», в якій зроблено акценти на основні недоліки та шляхи їхнього подолання при розгляді цієї категорії справ.

У вищевикладеній позиції суду касаційної інстанції та практиці Верховного Суду України беззаперечно передбачається право органу ДФС на звернення до суду із заявою про розкриття банківської таємниці. Ухвалення рішення про задоволення позову органу ДФС, відповідно до п. 12 вищевказаної постанови Пленуму, можливо у разі доведення органом фіскальної служби неможливості вчинення дій відповідно до способів реагування, передбачених законами. Такими обґрунтуваннями можуть бути посилання з поданням відповідних доказів про те, що особа, стосовно якої вимагається розкриття банківської таємниці, не знаходиться за місцезнаходженням або ж підтверджена неможливість вручення повідомлення з копією наказу про проведення перевірки тощо [7, с. 8].

Водночас у п. 5 вищевказаної постанови № 10 суд роз'яснює порядок отримання інформації від банків органами слідства в рамках розслідування кримінального правопорушення.

Зокрема, звернення органів досудового слідства у межах кримінального судочинства, заяви правоохоронних органів при здійсненні оперативно-розшукової діяльності мають розглядатися у порядку Кримінального процесуального кодексу України, тому у відкритті провадження у справі за такою заявою має бути відмовлено (п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК), а помилково відкрите провадження підлягає закриттю (п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК).

Основною причиною необхідності подання позовних заяв до судів про розкриття банківської таємниці органами ДФС залишається неможливість проведення перевірки або ж звірки суб'єкта господарювання у зв'язку з його відсутністю за місцезнаходженням.

Відповідно до п. 77.4 ст. 77, п. 78.4 ст. 78 та п. 79.2 ст. 79 Податкового кодексу про проведення документальної планової/позапланової перевірки керівник контролюючого органу приймає рішення, яке оформлюється наказом.

Тобто необхідною умовою проведення документальної перевірки органом ДФС є наявність наказу на проведення відповідної перевірки, надісланого чи врученого суб'єкту господарювання, що перевіряється, до початку проведення перевірки.

При цьому, суд касаційної інстанції у п. 13 вищезазначеної постанови № 10 вказує, що відсутність у справі рішення (наказу) керівника відповідного органу державної податкової служби про проведення документальної планової або позапланової, виїзної або невиїзної перевірки платника податку не є безумовною підставою для відмови в задоволенні заяви (за винятком випадків, коли за обставинами справи це є необхідним і є підставою заяви), оскільки ці документи, як докази у справі, оцінюються судом за правилами ст. 212 ЦПК поряд з іншими наданими судом доказами.

Також цим пунктом передбачено, що саме по собі неподання у встановлений строк податкової декларації або їхніх розрахунків, необхідність перевірки достовірності, повноти нарахування та сплати усіх передбачених ПКУ податків та зборів, а також дотримання валютного та іншого законодавства тощо є підставою для ініціювання органами державної податкової служби перевірок, згідно з процедурою, визначеною главою 8 ПКУ. У цьому випадку розкриття банківської таємниці можливе в разі доведення органом ДПС обставин, за яких перевірки є неможливими або є інша об'єктивна потреба в розкритті такої таємниці.

Слід зазначити, що вимога щодо наявності наказу є необхідною у разі ініціювання проведення документальних перевірок і не поширюється на проведення зустрічних звірок, оскільки згідно з п. 73.5 ст. 73 Податкового кодексу, зустрічні звірки не є перевітками і проводяться в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Проте на практиці виникає питання щодо документів, які б обґрунтовували доцільність розкриття банківської таємниці у зв'язку з неможливістю проведення зустрічної звірки.

Такими доказами, на думку автора, можуть бути, наприклад, довідка про відсутність підприємства / фізичної особи – підприємця за місцезнаходженням

(за формою 18-ОПП) або ж складений органом ДФС акт про неможливість проведення зустрічної звірки суб'єкта господарювання, який приймається в порядку п. 4.4. наказу Державної податкової адміністрації України від 22.04.2011 р. «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо організації та проведення органами державної податкової служби зустрічних звірок» у разі встановлення відсутності суб'єкта господарювання та/або його посадових осіб за місцезнаходженням (податковою адресою).

Зокрема, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в ухвалі від 25.12.2013 р. у справі № 6-47363св13 фактично підтвердив використання як доказу відсутності підприємства за юридичною адресою, наявність складеного акту про неможливість проведення звірки.

Ще однією підставою звернення органів ДФС до суду у зв'язку з необхідністю розкриття інформації, що містить банківську таємницю, є неможливість проведення документальних перевірок у зв'язку з недопуском посадових осіб до її проведення.

Відповідно до п. 81.2 ст. 82 Податкового кодексу та п. 10 наказу ДПС України від 31.10.2012 р. № 948 «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо порядку взаємодії між підрозділами органів державної податкової служби при організації, проведенні та реалізації матеріалів перевірок платників податків», у разі відмови платника податків та/або посадових (службових) осіб платника податків (його представників або осіб, які фактично проводять розрахункові операції) у допуску посадових (службових) осіб контролюючого органу до проведення перевірки складається акт, який засвідчує факт відмови.

Податковий орган відповідно до підпункту 94.2.3 п. 94.2 ст. 94 ПК України у разі, якщо платник податків відмовляється від проведення документальної перевірки за наявності законних підстав для її проведення або від допуску посадових осіб органу ДФС, може застосувати адміністративний арешт майна платника податків.

Такий захід необхідний для забезпечення сплати підприємством, що перевіряється, суми грошового зобов'язання, самостійно визначеної контролюючим органом за результатами перевірки, у разі якщо буде встановлено порушення норм податкового або іншого законодавства.

Перевірка у випадку недопуску посадових осіб до її проведення може бути здійснена у разі отримання від банківської установи розшифровки руху грошових коштів за період, що перевіряється, тобто отримання інформації, що містить банківську таємницю.

Акт, який складається посадовими особами у зв'язку з недопуском до перевірки, є документом, який підтверджує посилання податкового органу щодо того, що останній позбавлений можливості проведення документальної перевірки.

До такого висновку, зокрема, дійшов Вищий спеціалізований суд України в ухвалі від 25.09.2012 р. у справі за позовом ДПС у Одеській області про розкриття ПАТ АБ «Південний» інформації, що містить банківську таємницю, щодо товариства з обмеженою відповідальністю «Котовський винзавод».

Варто вказати, що у резолютивній частині рішення, крім іншого, суд повинен зазначити: обсяги (межі розкриття) інформації, яка містить банківську таємницю, тобто конкретний проміжок часу, за який банку необхідно надати одержувачу інформацію за операціями клієнтів, контрагентів підприємства відносно якого розкривається інформація та мета її використання, інформацію про те, що оскарження рішення не зупиняє його виконання та підлягає негайному виконанню.

Відповідно до п. 3.5. постанови НБУ від 14.07.2006 р. № 267 під час надання інформації про операції за рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу банк надає інформацію про рух коштів на рахунку клієнта без зазначення контрагентів за операціями.

Це означає, що лише за рішенням суду може бути розкрита особа/особи контрагента, номери його/їх рахунків у банках та інша інформація щодо неї/них, яка становить банківську таємницю, у взаємовідносинах із особою, відносно якої вимагається розкриття банківської таємниці, а тому податковий орган має обґрунтувати необхідність зазначення банківською установою у відповіді на рішення суду контрагентів юридичної особи/самозайнятої особи, відносно якої вимагається відкриття інформації.

Важливим моментом у разі оскарження рішення суду є те, що банківська установа як зацікавлена особа у справі не має такого права, оскільки в ч. 3 ст. 290 ЦПК визначений вичерпний перелік осіб, які беруть участь у справі та мають право на таке оскарження

Рішення суду про розкриття інформації, що містить банківську таємницю, відповідно до п. 6 ч.1 ст. 367 ЦПК України підлягає негайному виконанню.

Варто наголосити, що останнім часом почастишали випадки, коли банки не виконують рішення судів з такої категорії справ.

В такому випадку доцільно звертатись до органу виконавчої служби із заявою про відкриття виконавчого провадження та завіреною судом копією рішення суду. При цьому, відповідно до ст. 17 ЗУ

«Про виконавче провадження» рішення суду є одним із документів, на підставі якого відкривається виконавче провадження.

У ч. 2 ст. 20 ЗУ «Про виконавче провадження» передбачено, що виконання рішення, яке зобов'язує боржника вчинити певні дії, здійснюється державним виконавцем за місцем проведення таких дій. Тобто за місцем знаходження банку, який має надати інформацію [8, с. 20].

Керуючись ч. 4 ст. 30 вищевказаного ЗУ «Про виконавче провадження», у разі якщо рішення підлягає негайному виконанню, державний виконавець відкриває виконавче провадження не пізніше наступного робочого дня після надходження документів, зазначених у ст. 17 цього Закону, і невідкладно розпочинає його примусове виконання.

Також доцільно нагадати, що умисне невиконання рішення (постанови, ухвали) суду тягне за собою притягнення до кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 382 Кримінального кодексу України.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що своєчасне надання органам фіскальної служби інформації, що містить банківську таємницю, дасть змогу оперативно реагувати на порушення податкового законодавства, запобігати ухиленням від оподаткування та виведенню коштів за кордон, розширить можливості у здійсненні ефективного контролю за сплатою податків та наповненні Державного бюджету.

#### Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №40-44. – Ст. 356.
2. Закон України «Про банки і банківську діяльність» // Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності (Додаток до журналу «Вісник Національного банку України»). – 2001. – № 1. – С. 3–46;
3. Постанова Правління Національного банку України від 14.07.2006р. № 267 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32 – С. 137;
4. Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112;
5. Наказ Міністерства доходів і зборів України від 26.12.2013 № 853 «Про затвердження Порядку подання повідомлень про відкриття/закриття рахунків платників податків у банках та інших фінансових установах до контролюючих органів» // Офіційний вісник України від 07.02.2014 р. – № 10 – С. 258-261;
6. Цивільний процесуальний кодекс України Відомості Верховної Ради України. – 1963. –№ 30. – С. 464;
7. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України «Про судову практику в цивільних справах про розкриття банками інформації, що містить банківську таємницю, щодо юридичних осіб та фізичних осіб» від 30.09.2011 р. // Закон і Бізнес. – 2011. – № 43. – С. 19;
8. Закон України «Про виконавче провадження» // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207.



---

Pax orbis  
ex jure

---

Світом має керувати  
право, а не сила



ПОГЛЯД ПРАКТИКА

---

## НЕПОВНОЛІТНІЙ ФІГУРАНТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ – ОСОБЛИВОСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРАКТИКА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

АВТОР

Сергій ВАСЬКОВСЬКИЙ,  
адвокат

Насамперед слід звернути увагу на вік, із якого неповнолітні особи підлягають кримінальній відповідальності. За національним законодавством кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

Особи, які вчинили злочини у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років, підлягають кримінальній відповідальності лише за умисне вбивство, посягання на життя державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їхньою діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя, захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, представника іноземної держави, умисне тяжке тілесне ушкодження, умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, диверсію, бандитизм, терористичний акт, захоплення заручників, звалтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, крадіжку, грабіж, розбій, вимагання, умисне знищення або пошкодження майна, пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів, угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна, незаконне заволодіння транспортним засобом, хуліганство. Наведений перелік злочинів, за які особи, котрі вчинили злочини у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років, підлягають кримінальній відповідальності. Цей перелік визначений у ст. 22 Кримінального кодексу України та є вичерпним.

Неповнолітнього, який уперше скоїв злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, може бути звільнено

від кримінальної відповідальності, якщо його виправлення можливе без застосування покарання. Це визначено ст. 97 Кримінального кодексу України.

Це є ключовим для звільнення неповнолітньої особи від кримінальної відповідальності та застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру. У цих випадках суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру, передбачені ч. 2 ст. 105 Кримінального кодексу України, а саме:

- 1) застереження;
- 2) обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього;
- 3) передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання;
- 4) покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків;
- 5) направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення, але на строк, що не перевищує трьох років. Умови перебування в цих установах неповнолітніх та порядок їхнього залишення визначаються законом.

Кримінальним кодексом визначено, що до неповнолітнього може бути застосовано кілька примусових заходів виховного характеру, що передбачені у ч. 2 ст. 105. Тривалість заходів виховного характеру, передбачених у пунктах 2 та 3 ч. 2 ст. 105 Кримінального кодексу України, встановлюється судом, який їх призначає.

Суд може також визнати за необхідне призначити неповнолітньому вихователя в порядку, передбаченому законом.

Слід зазначити, що примусові заходи виховного характеру, передбачені ч. 2 ст. 105 Кримінального кодексу України, суд застосовує і до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього кодексу.

У разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності.

### **ВИДИ ПОКАРАНЬ ЯКІ ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ**

Відповідно до ст. 98 Кримінального кодексу України до неповнолітніх осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, суд може застосувати такі основні види покарань:

- 1) штраф;
- 2) громадські роботи;
- 3) виправні роботи;
- 4) арешт;
- 5) позбавлення волі на певний строк.

До неповнолітніх можуть бути застосовані додаткові покарання у вигляді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

**Штраф** застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний доход, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення.

Розмір штрафу, зокрема за скоєння злочину, за який передбачено основне покарання лише у вигляді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, встановлюється судом залежно від тяжкості вчиненого злочину та з урахуванням майнового стану неповнолітнього в межах до п'ятисот встановлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

До неповнолітнього, який не має самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, засудженого за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання лише у вигляді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, може бути застосовано покарання – громадські роботи або виправні роботи.

**Громадські та виправні роботи** можуть бути призначені неповнолітньому у віці від 16 до 18 років на строк від тридцяти до ста двадцяти годин і полягають у виконанні неповнолітнім робіт у вільний від навчання чи основної роботи час. Тривалість виконання такого виду покарання не може перевищувати двох годин на день.

Виправні роботи можуть бути призначені неповнолітньому в віці від 16 до 18 років за місцем роботи на строк від двох місяців до одного року.

Із заробітку неповнолітнього, засудженого до виправних робіт, здійснюється відрахування в доход держави в розмірі, встановленому вироком суду, в межах від п'яти до десяти відсотків.

**Арешт** полягає у триманні неповнолітнього, який на момент постановлення вироку досяг шістнадцяти років, в умовах ізоляції в спеціально пристосованих установах на строк від п'ятнадцяти до сорока п'яти днів.

**Позбавлення волі на певний строк** особам, які не досягли до вчинення злочину вісімнадцятирічного віку, може бути призначене на строк від шести місяців до десяти років, крім випадків, передбачених нижче. Неповнолітні, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, відбувають його у спеціальних виховних установах.

**Позбавлення волі не може бути призначене неповнолітньому, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості.**

Покарання у вигляді позбавлення волі призначається неповнолітньому:

- 1) за вчинений повторно злочин невеликої тяжкості – на строк не більше одного року і шести місяців;
- 2) за злочин середньої тяжкості – на строк не більше чотирьох років;
- 3) за тяжкий злочин – на строк не більше семи років;
- 4) за особливо тяжкий злочин – на строк не більше десяти років;
- 5) за особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, – на строк до п'ятнадцяти років.

#### **Призначення покарання**

При призначенні покарання неповнолітньому суд, крім обставин, передбачених у статтях 65-67 Кримінального кодексу, враховує умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього.

Подібні вимоги визначені главою 38 Кримінального процесуального кодексу України і їхнє найбільш повне встановлення та правова оцінка дуже важливі як на стадії досудового розслідування, так і під час судового розгляду, для ухвалення законного рішення у справі неповнолітнього фігуранта в кримінальному провадженні.

Треба наголосити, що при призначенні покарання неповнолітньому за сукупністю злочинів або вироків остаточне покарання у вигляді позбавлення волі не може перевищувати п'ятнадцяти років.

**Звільнення від відбування покарання з випробуванням**

Звільнення від відбування покарання з випробуванням застосовується до неповнолітніх відповідно до статей 75-78 Кримінального кодексу України з урахуванням положень, передбачених ст. 104 вказаного кодексу.

Звільнення від відбування покарання з випробуванням може бути застосоване до неповнолітнього лише у разі його засудження до арешту або позбавлення волі. У цьому разі іспитовий строк установлюється тривалістю від одного до двох років.

У разі звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням суд може покласти на окрему особу, за її згодою або на її прохання, обов'язок щодо нагляду за засудженим та проведення з ним виховної роботи.

**Звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру**

Неповнолітній, який скоїв злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнений судом від покарання, якщо буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання.

У цьому разі суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру, зазначені вище.

Саме щире розкаяння та подальша бездоганна поведінка неповнолітнього після вчинення ним злочину невеликої або середньої тяжкості є безумовними підставами для суду звільнити неповнолітнього злочинця від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру.

**Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку зі спливом строків давності**

Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності до осіб, які скоїли злочин у віці до вісімнадцяти років, застосовується відповідно до статей 49 та 80 Кримінального кодексу України, з урахуванням положень, передбачених ст. 106 цього кодексу.

Стосовно цих осіб встановлюються такі строки давності:

- 1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості;
- 2) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;
- 3) сім років – у разі вчинення тяжкого злочину;

4) десять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

Також щодо вказаних осіб встановлюються такі строки виконання обвинувального вироку:

1) два роки – у разі засудження до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, а також при засудженні до покарання у вигляді позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі засудження до покарання у вигляді позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше п'яти років за тяжкий злочин;

3) сім років – у разі засудження до покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкий злочин;

4) десять років – у разі засудження до покарання у вигляді позбавлення волі за особливо тяжкий злочин.

**Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання**

До осіб, які відбувають таке покарання, як позбавлення волі за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання незалежно від тяжкості скоєного злочину.

Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване, якщо засуджений сумлінною поведінкою та ставленням до праці та навчання довів своє виправлення.

Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване до засуджених за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років, після фактичного відбуття:

1) не менше третини призначеного терміну покарання у вигляді позбавлення волі за злочин невеликої або середньої тяжкості і за необережний тяжкий злочин;

2) не менше половини строку покарання у вигляді позбавлення волі, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також, якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила у віці до вісімнадцяти років новий умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;

3) не менше двох третин строку покарання у вигляді позбавлення волі, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також, якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі і була умовно-достроково звільнена від відбування покарання,

але до спливу невідбутої частини покарання та до досягнення вісімнадцятирічного віку знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі.

**До неповнолітніх заміна невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням не застосовується**

У разі вчинення особою, стосовно якої застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, протягом невідбутої частини покарання нового злочину суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 Кримінального кодексу України.

#### **Погашення та зняття судимості**

Погашення та зняття судимості з осіб, які вчинили злочин до досягнення ними вісімнадцятирічного віку, здійснюється відповідно до статей 88-91 Кримінального кодексу з урахуванням положень, передбачених ст. 108.

Такими, що не мають судимості, визнаються неповнолітні:

1) засуджені до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, після виконання цього покарання;

2) засуджені до позбавлення волі за злочин невеликої або середньої тяжкості, якщо вони протягом одного року з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину;

3) засуджені до позбавлення волі за тяжкий злочин, якщо вони протягом трьох років з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину;

4) засуджені до позбавлення волі за особливо тяжкий злочин, якщо вони протягом п'яти років з дня відбуття покарання не вчинять нового злочину.

**Дострокове зняття судимості допускається лише стосовно особи, яка відбула покарання у вигляді позбавлення волі за тяжкий або особливо тяжкий злочин, скоєний у віці до вісімнадцяти років, за підставами, передбаченими в ч. 1 ст. 91 Кримінального кодексу, після закінчення не менш як половини строку погашення судимості, зазначеного в ч. 2 цієї статті.**

Розглянувши особливості застосування кримінального закону, слід обов'язково розкрити й особливості застосування кримінального процесу.

#### **ЗАКОННИЙ ПРЕДСТАВНИК ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

*Якщо підозрюваним, обвинуваченим є неповнолітній, то до участі в процесуальній дії разом з ним залучається його законний представник.*

Як законні представники можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їхньої відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієдатний чи обмежено дієдатний.

Про залучення законного представника слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя, суд постановляє ухвалу, копія якої вручається законному представнику.

У разі якщо дії чи інтереси законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє, за рішенням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду такий законний представник замінюється іншим з осіб, зазначених у ч. 2 ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України.

У разі призначення законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена представнику.

#### **ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА**

У ст. 52 Кримінального процесуального кодексу України наведений перелік випадків, в яких участь захисника є обов'язковою, а саме: участь захисника завжди є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів, у цьому випадку участь захисника забезпечується з моменту набуття особою статусу підозрюваного. В інших випадках обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні стосовно осіб:

1) які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, – з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

2) проти яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, – з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою;

3) які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, – з моменту встановлення цих вад;

4) які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, – з моменту встановлення цього факту;

5) проти яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або

вирішується питання про їхнє застосування, – з моменту встановлення факту наявності в особи психічного захворювання або інших відомостей, які викликають сумнів щодо її осудності;

6) щодо реабілітації померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи;

7) проти яких триває спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, – з моменту прийняття відповідного процесуального рішення.

*Наведений перелік обов'язкової участі захисника є вичерпним.*

### **ПОРЯДОК КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СТОСОВНО НЕПОВНОЛІТНІХ**

Як передбачено у ст. 484 Кримінального процесуального кодексу України, порядок кримінального провадження щодо неповнолітніх визначається загальними правилами цього кодексу з урахуванням особливостей, передбачених главою 38.

Кримінальне провадження проти неповнолітньої особи, зокрема, якщо кримінальне провадження здійснюється стосовно декількох осіб, принаймні одна з яких є неповнолітньою, здійснює слідчий, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань щодо неповнолітніх. Під час кримінального провадження щодо неповнолітнього, зокрема під час провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та всі інші особи, що беруть у ньому участь, зобов'язані здійснювати процесуальні дії в порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього та відповідає його віковим та психологічним особливостям, роз'яснювати суть процесуальних дій, рішень та їхнє значення, вислуховувати його аргументи при ухваленні процесуальних рішень та вживати всіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього.

Вказані положення застосовуються у кримінальному провадженні щодо кримінальних правопорушень, вчинених особами, які не досягли вісімнадцятирічного віку.

### **ОБСТАВИНИ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ВСТАНОВЛЕННЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ СТОСОВНО НЕПОВНОЛІТНІХ**

Під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень,

вчинених неповнолітніми, крім обставин, передбачених ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України, також з'ясовуються:

1) повні і всебічні відомості про особу неповнолітнього: його вік (число, місяць, рік народження), стан здоров'я та рівень розвитку, інші соціально-психологічні риси особи, які необхідно враховувати при індивідуалізації відповідальності чи обранні заходу виховного характеру. За наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з психічною хворобою, повинно бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і наскільки міг керувати ними;

2) ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння;

3) умови життя та виховання неповнолітнього;

4) наявність дорослих підбурювачів та інших співучасників кримінального правопорушення.

У разі необхідності для вирішення питання про наявність у неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого психічного розвитку та його здатності повністю або частково усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними в конкретній ситуації призначається комплексна психолого-психіатрична експертиза.

Для з'ясування рівня розвитку, інших соціально-психологічних рис особи неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого, які необхідно враховувати при призначенні покарання і обранні заходу виховного характеру, може бути призначена психологічна експертиза.

*Слідчий та суд обов'язково мають дослідити обставини, передбачені ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України при скоєнні злочину неповнолітнім, дослідити умови його життя та виховання, внаслідок ігнорування цих вимог може бути ухвалене незаконне рішення суду. При цьому, обов'язковими умовами життя неповнолітнього, які треба дослідити, є:*

1) склад сім'ї неповнолітнього, обстановка в ній, взаємини між дорослими членами сім'ї та дорослими і дітьми, ставлення батьків до виховання неповнолітнього, форми контролю за його поведінкою, морально-побутові умови сім'ї;

2) обстановка в школі чи іншому навчальному закладі або на виробництві, де навчається або працює неповнолітній, його ставлення до навчання чи роботи, взаємини з вихователями,

учителями, однолітками, характер і ефективність виховних заходів, які раніше застосовувалися до нього;

3) зв'язки і поведінка неповнолітнього поза домом, навчальним закладом та роботою.

Обставинами, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх осіб, є:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання;

6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, зокрема, пов'язаного з їхнім незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення;

7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру.

Доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінюванні доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України, за винятком випадків, передбачених ч. 2 цієї статті, покладається на слідчого, прокурора та, в установлених цим Кодексом випадках, – на потерпілого.

Обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, що їх подає.

Батьки або інші законні представники неповнолітнього беруть участь у кримінальному провадженні за участю неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого.

Законні представники викликаються на судові засідання. Їхнє неприбуття не зупиняє судового провадження, крім випадків, коли суд визнає необхідною їхню участь. Вони перебувають у залі судового засідання протягом усього судового провадження, а в разі необхідності можуть бути допитані як свідки.

У виняткових випадках, коли участь законного представника може завдати шкоди інтересам неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого, суд за його клопотанням, клопотанням прокурора чи за власною ініціативою своєю ухвалою має право обмежити участь законного представника у виконанні окремих процесуальних чи судових дій або усунути його від участі у кримінальному провадженні і залучити замість нього іншого законного представника.

#### **Як викликати неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого?**

Неповнолітній підозрюваний чи обвинувачений повідомляється або викликається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом через його батьків або інших законних представників. Інший порядок допускається лише в разі, якщо це зумовлюється обставинами, встановленими під час кримінального провадження.

#### **Особливості допиту неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого**

Допит неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого здійснюється згідно з правилами, передбаченими процесуальним законом, у присутності захисника.

Якщо неповнолітній не досяг шістнадцятирічного віку або якщо неповнолітнього визнано розумово відсталим, на його допиті за рішенням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду або за клопотанням захисника забезпечується участь законного представника, педагога чи психолога, а у разі необхідності – лікаря.

До початку допиту законному представнику, педагогу, психологу або лікарю роз'яснюється їхнє право ставити запитання неповнолітньому підозрюваному чи обвинуваченому.

Слідчий, прокурор має право відвести поставлене запитання, але відведене запитання повинно бути внесене до протоколу.

### **Особливості застосування до неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу**

За наявності підстав, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України, до неповнолітнього з урахуванням його вікових та психологічних особливостей, роду занять може бути застосовано один із запобіжних заходів, передбачених цим кодексом.

Затримання та тримання під вартою можуть застосовуватися до неповнолітнього лише у разі, якщо він підозрюється або обвинувачується у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину, за умови, що застосування іншого запобіжного заходу не забезпечить запобігання ризикам, зазначеним у ст. 177 вказаного кодексу.

Про затримання і взяття під варту неповнолітнього негайно сповіщаються його батьки чи особи, які їх замінюють.

Ще однією особливістю кримінального провадження щодо неповнолітньої особи є передавання останньої як підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд. Крім запобіжних заходів, передбачених ст. 176 Кримінального процесуального кодексу України, *може застосовуватися передавання їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі, – передавання їх під нагляд адміністрації цієї установи. Такий порядок визначений у ст. 493 цього кодексу.*

Передавання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи полягає у взятті на себе будь-ким із зазначених осіб або представником адміністрації дитячої установи письмового зобов'язання забезпечити прибуття неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а також його належну поведінку.

Передавання під нагляд батьків та інших осіб можливе лише за їхньої на це згоди та згоди неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого. Особа, яка взяла зобов'язання про нагляд, має право відмовитися від подальшого виконання цього зобов'язання, заздалегідь про це повідомивши.

Ще однією важливою вимогою процесуального закону є те, що *до передавання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під на-*

*гляд суд зобов'язаний зібрати відомості про особу батьків, опікунів або піклувальників, їхні стосунки з неповнолітнім і переконатися в тому, що вони можуть належно здійснювати нагляд за неповнолітнім.*

При відібранні зобов'язання про взяття під нагляд батьки, опікуни, піклувальники, адміністрація дитячої установи попереджаються про характер підозри чи обвинувачення неповнолітнього і про їхню відповідальність у разі порушення взятого на себе зобов'язання. При порушенні цього зобов'язання на батьків, опікунів і піклувальників накладається грошове стягнення від двох до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати.

Питання передавання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи розглядається за клопотанням прокурора за правилами обрання запобіжного заходу або за клопотанням сторони захисту під час розгляду питання про обрання запобіжного заходу.

### **Виокремлення в окреме провадження щодо кримінального правопорушення, вчиненого неповнолітнім**

Якщо неповнолітній підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення разом із повнолітнім, має бути з'ясована можливість виокремлення в окреме цього кримінального провадження щодо неповнолітнього під час досудового розслідування.

### **Тимчасове видалення неповнолітнього обвинуваченого із зали судового засідання**

Суд, вислухавши думку прокурора, захисника і законного представника неповнолітнього обвинуваченого, має право своєю ухвалою видалити його із зали судового засідання на час дослідження обставин, що можуть негативно вплинути на нього.

Після повернення неповнолітнього обвинуваченого головуючий знайомить його з результатами дослідження обставин, проведеного за його відсутності, і надає йому можливість поставити запитання особам, які були допитані за його відсутності.

### **Участь у судовому розгляді представників служби у справах дітей та кримінальної міліції у справах дітей**

Про час і місце судового розгляду за участю неповнолітнього обвинуваченого суд повідомляє відповідну службу у справах дітей та кримінальну міліцію у справах дітей. Суд має право також викликати на судові засідання представників цих установ.



Представники служби у справах дітей та кримінальної міліції у справах дітей мають право заявляти клопотання, ставити запитання неповнолітньому обвинуваченому, його законному представнику, потерпілому, свідкам, експерту і спеціалісту, висловлювати думку з приводу найбільш доцільних заходів щодо обвинуваченого з метою його перевиховання.

#### **Порядок застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру.**

1. Якщо під час досудового розслідування прокурор дійде висновку про можливість виправлення неповнолітнього, який обвинувачується у вчиненні вперше кримінального проступку, злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості без застосування кримінального покарання, він складає клопотання про застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру і надсилає його до суду. Цей порядок визначений у ст. 497 та параграфі 2 глави 38 Кримінального процесуального кодексу України.

*З вказаних підстав, клопотання про застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру може бути складене і надіслане до суду за умови, що неповнолітній обвинувачений та його законний представник проти цього не заперечують.*

Під час судового розгляду суд за наявності підстав, передбачених ч. 1 ст. 497 КПК України, може винести рішення про застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру, передбачених законом України про кримінальну відповідальність.

#### **Застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності**

Підстави для застосування примусових заходів виховного характеру визначені у ст. 498 КПК України. *Кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, здійснюється внаслідок вчинення особою, яка після досягнення одинадцятирічного віку до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.*

#### **Особливості досудового розслідування у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів виховного характеру**

Досудове розслідування у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів виховного характеру здійснюється згідно з правилами, передбаченими КПК України. Таке досудове розслідування здійснює слідчий, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на проведення досудових розслідувань стосовно неповнолітніх.

Під час досудового розслідування проводяться необхідні процесуальні дії для з'ясування обставин вчинення суспільно небезпечного діяння та особи неповнолітнього.

*Участь захисника у кримінальному провадженні є обов'язковою.*

За наявності достатніх підстав вважати, що особа, передбачена ст. 498 КПК України, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років, вона може бути поміщена у приймальник-розподільник для дітей на строк до тридцяти днів на підставі ухвали слідчого судді, суду, постановленої за клопотанням прокурора згідно з правилами, передбаченими для обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

*Слідчий суддя, суд зобов'язані відмовити у поміщенні особи у приймальник-розподільник для дітей, якщо прокурор не доведе наявності достатніх підстав вважати, що особа вчинила суспільно небезпечне діяння, яке підпадає під ознаки діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років, наявності ризиків, які дають достатні підстави вважати, що особа може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, та що жоден із більш м'яких заходів не може запобігти цьому.*

Строк тримання особи у приймальнику-розподільнику для дітей може бути продовжений ухвалою слідчого судді, суду ще на строк до тридцяти днів. Питання скасування чи продовження строку тримання особи у приймальнику-розподільнику для дітей вирішується в порядку, передбаченому для скасування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою відповідно.

За відсутності підстав для закриття кримінального провадження прокурор затверджує складене слідчим або самостійно складає клопотання про застосування до неповнолітнього

примусових заходів виховного характеру і надсилає його до суду в порядку, передбаченому цим кодексом.

#### **Порядок судового розгляду щодо застосування примусових заходів виховного характеру**

Судовий розгляд здійснюється в судовому засіданні за участю прокурора, законного представника, захисника та представників служби у справах дітей і кримінальної міліції у справах дітей, якщо вони з'явилися або були викликані на судові засідання, згідно із загальними правилами цього кодексу.

Судовий розгляд завершується постановленням ухвали про застосування примусових заходів виховного характеру або про відмову в їхньому застосуванні.

#### **Ухвали суду в кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів виховного характеру**

*Під час постановлення ухвали в кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів виховного характеру суд обов'язково з'ясовує такі питання:*

- 1) чи мало місце суспільно небезпечне діяння;
- 2) чи вчинено це діяння неповнолітнім у віці від одинадцяти років до настання віку, з якого настає кримінальна відповідальність за це діяння;
- 3) чи слід застосувати до нього примусовий захід виховного характеру і якщо слід, то який саме.

*Якщо під час судового розгляду не буде доведено однієї з обставин, передбачених у пункті 1 або 2 ч. 1 ст. 501 КПК України, суд зобов'язаний постановити ухвалу про відмову у застосуванні примусових заходів виховного характеру і закрити кримінальне провадження.*

При застосуванні до неповнолітнього примусового заходу у вигляді направлення до спеціального навчально-виховного закладу на кримінальну міліцію у справах дітей покладається обов'язок доставити неповнолітнього до спеціального навчально-виховного закладу.

Ухвала, постановлена за наслідками розгляду клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру, може бути оскаржена в порядку, передбаченому КПК України.

#### **Особливості дострокового звільнення неповнолітньої особи від примусового заходу виховного характеру**

У ст. 502 КПК України визначено, що ухвалою суду, в межах територіальної юрисдик-

ції якого перебуває спеціальна навчально-виховна установа, неповнолітній може бути достроково звільнений від примусового заходу виховного характеру в порядку, передбаченому цим кодексом.

*Ухвала суду може бути постановлена за наслідками клопотання неповнолітнього, його захисника, законного представника або прокурора, якщо поведінка неповнолітнього під час перебування у навчально-виховній установі свідчить про його перевиховання.* Під час розгляду клопотання суд з'ясовує думку ради спеціальної навчально-виховної установи, в якій перебуває неповнолітній, щодо можливості його дострокового звільнення від примусового заходу виховного характеру.

Тобто саме поведінка, яка свідчить про перевиховання неповнолітнього, є головною підставою для дострокового звільнення неповнолітньої особи від примусового заходу виховного характеру.

Як ми бачимо, кримінальне законодавство стосовно неповнолітньої особи доволі широке, скрупульозне та детальне. Часом його практичне застосування надто складне, багатоаспектне та виснажливе, але виконання всіх вимог як матеріального, так і процесуального закону стосовно неповнолітніх осіб забезпечує гарантує захист їх від обвинувачення та забезпечує підстави для схвалення судом попередженого та законного рішення.

Попри те, що в пропонованій статті розглянуто чимало особливостей практичного застосування кримінального та кримінального-процесуального закону стосовно неповнолітньої особи у кримінальному провадженні, не охоплені залишилися навіть важливіші та цікаві особливості практичного застосування цивільного законодавства України у кримінальному провадженні щодо неповнолітньої особи, а саме при відшкодуванні матеріальної шкоди від злочину неповнолітнього.

З цього приводу виникає ціла низка запитань, які потребують об'єктивних відповідей, а саме: хто є стороною процесу, які вимоги матеріального та процесуального закону визначені в країні, як їх застосовувати, яких помилок слід уникати при застосуванні норм законодавства? Ці важливі запитання потребують нашої уваги та розгляду.

## ПРОБАЦІЯ – РЕФОРМА ЧИ ІМІТАЦІЯ?

5 лютого 2015 року набрав чинності Закон України №160-VIII «Про пробацію». Документ запроваджує пробацію – систему наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, виконання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого.

Новим у Законі є те, що однією з функцій органів пробації буде складання досудових доповідей, тобто письмове забезпечення суду інформацією, що характеризуватиме особу, яку притягують до кримінальної відповідальності.

Закон також перейменовує службу кримінальної інспекції на орган пробації і покладає на нього додаткові функції.

Однією з функцій органів пробації буде здійснення нагляду та проведення соціально-виховної роботи. Ця робота проводиться за індивідуальним планом з урахуванням оцінки ризиків вчинення суб'єктом пробації нових кримінальних правопорушень та передбачатиме диференційований підхід при наданні консультативної, психологічної та інших видів допомоги, сприятиме працевлаштуванню, залученню до навчання, участі у виховних заходах та соціально корисній діяльності.

КОМЕНТАР

**Іван СТАРОСТА,**  
адвокат, партнер  
Адвокатського об'єднання  
«Клочков та партнери»



Президент України 24.02.2015 підписав Закон України «Про пробацію».

Проект Закону було розроблено ще на початку 2013 р. на виконання Національного плану дій на 2012 р. щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010-2014 рр. та Концепції державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України. Ініціатором Закону був Кабінет Міністрів України під очільництвом М. Азарова.

Як бачимо, для прийняття Закону знадобилося більше двох років. Та, чи має прийнятий Закон елементи реформи – питання спірне.

Так, метою прийняття Закону є впровадження в Україні системи наглядових та соціально-виховних заходів, які застосовуються за рішенням суду та згідно із законом до осіб, які притягаються або яких притягнуто до кримінальної відповідальності.

Законом передбачено три види пробації: досудову, наглядову та пенітенціарну пробації.

Справді новелою Закону є те, що однією із функцій органів пробації стало складання досудових доповідей, за допомогою яких суд буде забезпечуватись інформацією, що характеризуватиме особу, яка притягається до кримінальної відповідальності. Досудова доповідь міститиме соціально-психологічну характеристику, оцін-

ку ризику вчинення повторного кримінального правопорушення, висновок щодо можливості виправлення правопорушника без обмеження волі або позбавлення волі на певний строк.

Наглядова функція органів пробації полягає у здійсненні нагляду та проведенні соціально-виховної роботи щодо засуджених до покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, який буде проводитись у порядку, затвердженому центральним органом виконавчої влади, що формує державну політику у сфері пробації. Наглядові функції щодо осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням здійснюватимуться на підставі пробаційних програм, що призначаються таким особам за рішенням суду.

Тобто деякі функції пробації вже є у чинному законодавстві. Зокрема до наглядової пробації можна віднести функції кримінально-виконавчої інспекції, яка виконує основну частину наведених вище покарань. Отже, говорити про новизну наглядової пробації навряд чи можна.

Те саме можна сказати і про пенітенціарну функцію пробації. Один із основних елементів – сприяння засудженим, які відбувають покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, у попередньому вирішенні питань трудового і побутового влаштування після звільнення також є у кримінально-виконавчому законодавстві.

Якщо узагальнити все наведене вище, можна зробити висновок, що прийняття Закону України «Про пробацію» насправді більше схоже саме на імітацію реформ, ніж на реальний процес реформування суспільства. Хоча Закон і містить нові положення, однак це не ті реформи, які суспільство насправді потребує.

**Максим ТХОРИВСЬКИЙ,**  
юрист ТiСiЕm Груп Україна



Прийняття Закону України «Про пробацію» викликано вимогами сьогодення та необхідністю проведення реформ у житті суспільства. Тому метою пробації є забезпечення безпеки суспільства шляхом виправлення клієнтів пробації та попередження скоєння ними повторних кримінальних правопорушень.

Законом справді передбачено створення на основі кримінально-виконавчої інспекції органів пробації, що, з одного боку, можна сприйняти як відсутність реальних змін, однак з іншого – потрібно враховувати, що на органи пробації покладається відповідальність за взаємодію з особами (клієнтами пробації), для результативного спілкування з якими потрібне розуміння їхніх проблем і можливість реалізації дієвих заходів для їхнього вирішення у кожному випадку індивідуально, – саме такий досвід вже мають працівники КВІ.

Закон містить певні новели, які заслуговують на увагу, зокрема введено нову функцію – складання досудових доповідей, за допомогою яких суд зможе прийняти рішення про міру відповідальності особи на основі її особистісних характеристик, враховуючи соціально-психологічні. До того ж законодавець враховав інтереси клієнта й передбачено право його на участь у підготовці такої доповіді.

Зазначимо, що органи пробації сприятимуть засудженим, які готуються до звільнення, у:

- визначенні місця проживання після звільнення;
- влаштуванні до спеціалізованих установ для звільнених;
- госпіталізації до закладів охорони здоров'я

осіб, які потребують стаціонарної медичної допомоги;

– працевлаштуванні працездатних осіб.

Цей аспект є вкрай важливим, оскільки особи, які звільнилися з місць позбавлення волі, фактично залишаються наодинці зі своїми проблемами. Однією з таких проблем і є відсутність джерела заробітку, а інколи навіть постійного місця проживання, що в сукупності або окремо майже позбавляють вибору. Як наслідок, багато хто без сторонньої допомоги, через безвихідь повертається за ґрати.

Реальні заходи, які спрямовані на забезпечення працевлаштування, госпіталізацію, визначення місця проживання клієнтів пробації можуть слугувати ґрунтом для зменшення рецидивної злочинності.

Безсумнівно, позитивними зрушеннями є і перейняття досвіду інших країн, який полягає у залученні волонтерів до зазначених процесів. Більше того, вимога законодавця розробити й затвердити положення про організацію діяльності волонтерів дає великі надії на те, що ця норма буде існувати не тільки на папері, оскільки такі організації матимуть чітко прописані завдання та повноваження.

Слід зазначити, що потрібен час для того, щоб зробити конкретні висновки про ефективність діяльності органів пробації. Однак той факт, що на цей момент вже робляться перші кроки для реалізації державою дій, спрямованих на зменшення кількості осіб, засуджених до покарань, пов'язаних з обмеженням чи позбавленням волі (як наслідок – зменшення витрат, спрямованих на утримання слідчих ізоляторів та установ виконання покарань), дає цілком достатні підстави говорити про початок позитивних зрушень у житті суспільства.

Отже, за належною підтримкою та фінансуванні державою, а також участі громадськості у зазначених процесах у перспективі можуть дати змогу особі шанс на виправлення, розпочати нове життя й стати частиною соціуму.

©



## Прочитати. Усвідомити. Використати

### Актуальні варіанти оформлення передплати

- зателефонувати до редакції ☎ (044) 230-01-73
- заповнити online-заявку на сайті [www.yur-gazeta.com/registration.php](http://www.yur-gazeta.com/registration.php)
- надіслати електронного листа на адресу [info@yur-gazeta.com](mailto:info@yur-gazeta.com)

## ПРОБАЦІЯ – КРОК ДО ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ У СФЕРІ ЮСТИЦІЇ

АВТОР

**Ігор АЛЕКСЄЄВ**,  
народний депутат України  
член депутатської фракції  
політичної партії «Народний  
фронт», радник Міністра  
юстиції України



Верховна Рада України 05.02.2015 у другому читанні прийняла загалом ініційований Урядом Закон України «Про пробацію», який враховує міжнародний та європейський досвід пробації, зокрема Рекомендації №СМ/(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи про Правила Ради Європи про пробацію.

Отже, український парламент здійснив серйозний крок у сфері наближення юстиції України до міжнародних стандартів і впровадження у державі принципово нової системи заходів кримінально-правового характеру, покликаних передусім забезпечити безпеку суспільства.

Поставлено крапку у 13-річних ваганнях і дискусіях у наукових і політичних колах щодо доцільності і своєчасності такої реформи.

Слід зазначити, що нові для України правовідносини, пов'язані із застосуванням до правопорушників пробації, є давно відомими у світовій практиці.

Цікаво, що термін «пробація» з'явився майже 200 років тому і визначався як кримінально-правовий інститут англосаксонського права та був різновидом умовного засудження або умовного звільнення. Власне, у перекладі з англійської мови цей термін означає «випробування» або «умовне звільнення», а у перекладі з латини – «випробувати» або «віддавати під нагляд».

Хоча у різних країнах процес розвитку пробації відбувався по-різному, але все-таки загальними рисами пробації є:

- незастосування до порушника покарання у виді ув'язнення або взагалі звільнення від покарання (на підставі спеціального соціального дослідження особистості правопорушника);
- застосування пробації до правопорушника залежно від обставин (вчинений злочин, особистість, соціальна ситуація правопорушника);
- здійснення нагляду, який відрізняється від поліцейського нагляду та поєднаний з соціаль-

ною допомогою правопорушнику у процесі ресоціалізації.

Організація Об'єднаних Націй та Рада Європи ухвалили низку документів, спрямованих на розширення заходів, альтернативних тюремному ув'язненню. Основні з них – Резолюція Генеральної Асамблеї ООН №45/110 про Стандартні мінімальні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила, 1990 р.), Рекомендація №R(92)16 Комітету Міністрів Ради Європи про Європейські правила щодо альтернативних покарань і заходів. Загалом ухвалено близько 20 резолюцій, які спрямовані на розвиток у країнах – учасниках ООН або Ради Європи заходів, альтернативних тюремному ув'язненню.

Поряд з цим, пробація є невід'ємним елементом системи кримінальної юстиції в європейських країнах. Останнім документом, який визначає європейські принципи пробації, стала Рекомендація №СМ/(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи про Правила Ради Європи про пробацію.

Згідно з цими Правилами пробація була визначена як система виконання покарань, призначених правопорушнику, що передбачає коло заходів виховного впливу, таких як нагляд, контроль та надання допомоги, що мають на меті залучення засудженого до суспільного життя та забезпечення безпеки суспільства.

Саме за рахунок інтеграції правопорушника у суспільстві збільшуються шанси його успішного виправлення, збереження корисних соціальних зв'язків (створення працездатної сім'ї), збереження роботи (компенсація шкоди потерпілим, підтримка економіки країни).

З економічного погляду утримання системи пробації для держави є менш затратним, ніж витрати на утримання місць позбавлення волі (витрати на утримання установ, ув'язнених, більш чисельний персонал). Наприклад, у Швеції, Фінляндії, Естонії та Румунії витрати на одного ув'язненого перевищують більш ніж у десять разів витрати на організацію пробації щодо однієї особи.

В європейських країнах співвідношення правопорушників у місцях позбавлення волі до правопорушників, які перебувають під пробацією, становить, як правило, один до трьох.

Враховуючи позитивний зарубіжний досвід, Законом України «Про пробацію» визначено, що пробацією є система наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, виконання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого. Пробація може застосовуватися виключно за рішенням суду.

На цьому етапі орган пробації створюється у складі Державної пенітенціарної служби України шляхом реорганізації кримінально-виконавчої інспекції, яка забезпечує виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі. Наявність матеріальної бази та штату працівників кримінально-виконавчої інспекції дасть змогу суттєво зменшити витрати на створення органу пробації (за аналогією із системами Швеції, Данії, Норвегії, Канади, Грузії).

Як відомо, кримінально-виконавча інспекція згідно із законодавством виконувала переважно контрольну функцію щодо покарань, альтернативних позбавленню волі (заборона обіймати певні посади та займатися певною діяльністю, громадські роботи, виправні роботи, звільнення від покарання з випробуванням). Індивідуально-профілактичну роботу здійснювали органи внутрішніх справ, соціальну роботу – органи соціальної політики на добровільній основі.

Впровадження в Україні пробації дасть змогу кардинально змінити вектор роботи з правопорушниками вже на етапі обвинувачення.

Важливо, що положеннями Закону України «Про пробацію» встановлюється, що орган пробації на запит суду подає досудову доповідь, яка повинна містити результати незалежного соціального дослідження обвинуваченого. Це дослідження не має на меті довести його винуватість або невинуватість, а всього лиш містить висновок про ризик вчинення обвинуваченим повторного злочину та можливість його виправлення без позбавлення або обмеження волі.

Тепер орган пробації, крім виконання покарань, альтернативних позбавленню волі, здійснюватиме пробаційний нагляд, що передбачає як контроль за поведінкою, так і індивідуальний план соціальної, психологічної допомоги, профілактичних і виховних заходів, які базуються на проведеній оцінці ризику вчинення повторного злочину та потреб правопорушника. Виховну та профілактичну

роботу здійснює працівник пробації, а не орган внутрішніх справ.

Виправданим є те, що за рішенням суду щодо осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, будуть застосовуватися пробаційні програми психокорекційного змісту (наприклад, подолання агресивної поведінки, шкідливих звичок, психологічних проблем) або соціально-реабілітаційні програми (набуття позитивних соціальних навичок).

## З набуттям чинності Закон України «Про пробацію» стане можливим не декларативне, а реальне сприяння соціальній адаптації правопорушників

Працівники пробації здійснюватимуть свою діяльність також в установах закритого типу для здійснення заходів підготовки засуджених до звільнення, координуючи ці заходи з підрозділами пробації за місцем проживання засудженого після звільнення або за місцем розташування установ соціальної адаптації для звільнених. Тобто створюється система реального соціального супроводу звільнених, яка розпочинається з місць позбавлення волі.

У здійсненні нагляду за засудженими та проведенні з ними соціально-виховної роботи братимуть участь волонтери пробації – представники громадських організацій.

Для виконання завдань пробації збільшиться обсяг повноважень працівників. Так, на відміну від працівника кримінально-виконавчої інспекції, працівник пробації набуває статусу учасника кримінального процесу з відповідними обов'язками та правами. Працівник пробації також набуває права отримувати безкоштовно від будь-якого органу інформацію, необхідну для виконання завдань пробації.

З метою здійснення нагляду працівник пробації має право відвідувати у будь-якому місці та на будь-якій території осіб, до яких застосовано пробацію, або викликати їх та отримувати від них пояснення.

Отже, з набуттям чинності Закон України «Про пробацію» стане можливим не декларативне, а реальне сприяння соціальній адаптації правопорушників, Закон створить належні умови для їхнього виправлення, а отже, допоможе запобігти повторному вчиненню злочинів.

## ПОНЯТТЯ «НЕСПРАВЕДЛИВА ПЕРЕВАГА» У СВІТЛІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ

АВТОР

**Геннадій АНДРОЩУК**,  
к.е.н., завідувач лабораторії  
правового забезпечення  
розвитку науки і технологій  
НДІ інтелектуальної  
власності НАПрН України



Рішення Європейського суду у справах «Google France проти Louis Vuitton» і «Interflora проти Marks & Spencer» стали приводом для відновлення дебатів про баланс між охороною товарних знаків і розвитком конкуренції. Найбільш складним питанням було визначення поняття «несправедлива перевага», що наявне в європейському законодавстві про товарні знаки.

Несправедлива перевага. В основі поняття лежить ідея про те, що популярність товарних знаків є результатом чималих зусиль і інвестицій з боку їхніх власників, які й мають отримувати всю вигоду від продажу товарів, маркованих цим знаком.

Розглядаючи функції товарних знаків, застосовують два підходи. Перший ґрунтується на тому, що товарний знак забезпечує правдиву інформацію щодо комерційного походження продукту. Другий передбачає, що закон має захистити зусилля і витрати власника. Крім того, цей підхід передбачає наявність у товарного знака цінності, незалежної від цінності маркованих знаком товарів і послуг. Відповідно до другого підходу знак має виконувати кілька функцій: 1) маркувати походження, а також 2) виконувати комунікативну, 3) рекламну та 4) інвестиційну функції.

Товарний знак, що володіє позитивним іміджем і незалежною економічною цінністю, може бути використаний третіми особами для своїх товарів. Але в такому разі ці особи отримують зиск із результатів чужої праці і чужих інвестицій. Цей умовивід є центральним аспектом поняття несправедливої переваги. Використання третіми особами чужого відомого товарного знака різні автори називають «паразитичним використанням», «безкоштовною їздою», «успіхом за рахунок зв'язків» і навіть «захопленням частини одягу велетня».

Вперше про нові функції товарного знака йшлося в судовій справі «Arsenal проти Reed»

(2002). Європейський суд тоді зазначив, що основна цінність деяких знаків обумовлена їхньою здатністю збільшувати продажі маркованих ними товарів.

Подальший розвиток концепція функцій товарних знаків дістала в судовій справі «L'Oreal проти Bellure» (2006-2010). Усі товарні знаки, що розглядаються в ній, мали репутацію, що відповідає визначеній у ст. 5 (2) Директиви ЄС 2008/95, і в них були вкладені чималі інвестиції.

Компанія L'Oreal – виробник високоякісної парфумерії, багато її товарів призначені для ринку розкоші. Чотири види парфумів, що опинилися в центрі суперечки (Trésor, Miracle, Noa, Anaïs Anaïs), були вироблені L'Oreal і мали зареєстрований товарний знак. L'Oreal хотіла отримати компенсацію від відповідача, який продавав імітації цих парфумів, так звані smell alike. Вони представляли собою дешевші версії знаменитих парфумів і не були підделкою, оскільки не претендували на справжність і мали лише подібний аромат.

На момент першого слухання у Високому суді в 2006 році L'Oreal належала більша частка ринку парфумерної продукції. За оцінками L'Oreal, запуск нових парфумів коштує приблизно 60-120 млн євро, а весь процес триває в середньому два роки. Найбільше витрат вимагає кампанія з виведення товару на ринок. Вона є головним механізмом, за допомогою якого створюється бренд, і заснована на зареєстрованих товарних знаках для назви парфумів і форми флакона.

Відповідачі використовували товарні знаки позивача для того, щоб пояснити покупцям, які парфуми імітує їхня дешевша продукція. При цьому, вони отримували вигоду від популярності та репутації знаків позивача, оскільки це сприяло збільшенню обсягів продажу їхньої продукції.

Європейський суд ухвалив, що відповідачі мали несправедливу перевагу від використання чужих зареєстрованих товарних знаків. На думку суду, можна вважати, що третя сторона отримує таку перевагу, навіть якщо репутації зареєстрованого товарного знака не завдано шкоди. Тому позивач не зобов'язаний доводити факт завдання шкоди його товарному знаку. Суд ясно продемонстрував,

що будь-яка перевага, отримана третьою стороною за рахунок товарного знака, що має репутацію, тепер автоматично вважається несправедливою.

Англійський суддя Джейкоб (Jacob) піддав критиці рішення Європейського суду у зв'язку з тим, що той не пояснив, яка саме перевага вважається несправедливою і де проходить межа між неприпустимим і допустимим використанням чужого знаменитого знака. На його думку, рішення Європейського суду мало більше моральний, а не економічний зміст. Отже, за логікою суду, відповідач не повинен був продавати свій парфум як альтернативу або *smell alike*, описуючи його із посиланням на чужий продукт. Проте жоден покупець, купуючи парфуми за один євро, не думає, що він купує розкішні парфуми. Забороняючи пояснювати покупцям шляхом посилання на оригінальний продукт, який товар їм пропонується, закон перешкоджає розвитку конкуренції в цьому секторі ринку.

Напруженість між охороною товарних знаків і підтриманням вільної конкуренції підтвердилося у справі «Interflora проти Marks & Spencer» (2012). Генеральний адвокат Європейського суду Яаскінен (Jääskinen) висловив думку, подібну до думки судді Джейкоба з приводу протидії вільній конкуренції. Підставою для заборони використання чужого товарного знака мало бути завдання знаку шкоди. Якщо реальної шкоди немає, то від такої заборони немає і користі.

Interflora – компанія-флорист, що забезпечує доставку своєї продукції за адресою замовника. Відповідач купив позначення Interflora як ключове слово для пошуку в інтернеті. Це означає, що хоч би коли користувач ввів це слово в пошукову систему, він міг побачити рекламу сервісу із замовлення і доставки квітів компанії Marks & Spencer. Користувач мав можливість зрозуміти, що йому пропонується конкуруюча послуга, але в стилі фірми Interflora.

В цьому випадку, як і в справі «L'Oreal проти Bellure», постала проблема виникнення вторинного значення слова Interflora як родового терміна для послуг флористів. Відомі знаки в цих справах були використані відповідачами як описові позначення, що вказують на подібність із товаром або послугою визначеної якості.

Між використанням знака для опису товару або послуги і набуттям знаком рис родового знака є тонка межа. Лише найвідоміші знаки,

в які вкладені великі кошти, інші обирають як описові. Ризик, що товарний знак стане родовим, є частиною концепції ослаблення товарного знака; перехід товарного знака в цей розряд є кінцевою формою його ослаблення. Знак, що стає банальним, використовується для багатьох різних товарів чи послуг і втрачає свою розрізняльну здатність, або знак пов'язується тільки з одним видом товару, але не вказує на його виробника.

Використання товарного знака та його функції. У концепції визнання будь-якої переваги несправедливою залишається місце для обговорення поняття використання товарного знака, яке змінилося з розвитком уявлень про функції товарного знака.

У справі «Arsenal проти Reed» Європейський суд дав зрозуміти, що будь-яке використання, яке може поставити під удар основну функцію товарного знака, тепер вважатиметься використанням в процесі торгівлі. Грунтуючись на цьому, будь-яку перевагу, отриману третьою стороною від використання знака, можна вважати несправедливою перевагою. Таке широке тлумачення розширює сферу охорони товарних знаків, що мають репутацію.

## Між використанням знака для опису товару або послуги і набуттям знаком рис родового знака є тонка межа

Дохід від реклами є основним для будь-якої пошукової компанії, зокрема компанії Google. Найбільш ласим шматочком тут є Adwords – служба контекстної пошукової реклами. Принцип її роботи простий: у відповідь на запит користувача пошуковик подає два посилання. Перше посилання вказує на сайт, який пошуковик вважає релевантним запитом, друге посилання (спонсорується) відповідає на ключові слова, які куплені рекламодавцем. Пошукова компанія отримує при цьому певну плату за кожен клік на спонсороване посилання. Одне і те саме ключове слово може бути куплене кількома рекламодавцями, тоді першою в списку посилань з'явиться та, за яку більше сплачено.

Interflora стверджувала, що вона втратила частку продажів внаслідок перенаправлення



інтернет-трафіку за допомогою спонсорованих посилань.

Постає запитання: чи є покупка третьою стороною ключового слова, що відповідає товарному знаку, «використанням» товарного знака? Якщо так, то можна вважати, що третя сторона використовує ідентичний знак для ідентичних товарів або послуг, і це класичний випадок порушення товарного знака. Оскільки товарний знак Interflora є відомим товарним знаком, можна стверджувати, що компанія Marks & Spencer, придбавши відповідне ключове слово, здобула несправедливу перевагу.

Справу «Interflora проти Marks & Spencer» спочатку розглядав Високий суд Англії та Вельсу, який передав його до Європейського суду для відповіді на низку запитань і винесення проміжного рішення. Перед тим, як це зробити, Європейський суд виніс рішення у справі «Google France проти Louis Vuitton» (2011), в центрі якої опинилася служба контекстної реклами. Знаменитий модний будинок Vuitton є власником товарного знака Співтовариства VUITTON і французьких товарних знаків LOUIS VUITTON і LV. У 2003 році з'ясувалося, що при введенні цих слів на дисплеї з'являються спонсоровані посилання з адресами сайтів, що пропонують версії продукту фірми Vuitton.

Європейський суд мав розглянути два окремі питання, що стосуються використання товарних знаків третіми особами: використання службою Google, що продає їх як ключові слова, і використання рекламодавцями, що купують їх як такі. Суд, посилаючись на справу «Arsenal проти Reed», встановив, що використання ключових слів, ідентичних товарним знакам, є використанням товарного знака в процесі комерційної діяльності з метою отримання економічної переваги, а не приватне використання. Проте суд провів межу між рекламодавцем і оператором пошукової системи, оскільки саме рекламодавець обирає для себе ключові слова і розміщує спонсоровані посилання і він відповідальний за зміст кінцевої реклами. Те, що служба Google забезпечила технічні умови для використання знака і отримала за це гроші, не означає, що вона сама використовувала знак. Згідно з Директивою 2008/95 потрібно розглядати діяльність тільки рекламодавця, а не оператора пошукової системи.

Використання позначення, ідентичного товарному знаку щодо ідентичних товарів та по-

слуг, є порушенням. Під дію цього положення підпадає і використання товарного знака як ключового слова. Залишається питання: чи є порушенням надання несприятливого ефекту на функціонування товарного знака? У справі «Interflora проти Marks & Spencer» Європейський суд вирішив, що власник товарного знака може заперечувати проти використання третьою стороною ідентичного знака лише в тому випадку, якщо це позначається на його функції. Функції товарного знака, як було сказано, тепер розглядаються більш широко. Якщо з реклами Marks & Spencer середній користувач не зможе зрозуміти, що дві компанії ніяк не пов'язані між собою, це можна вважати впливом на функцію товарного знака Interflora, а отже, порушенням. Такий підхід узгоджується з традиційною теорією введення споживача в оману і з теорією ослаблення товарного знака.

### Використання позначення, ідентичного товарному знаку щодо ідентичних товарів та послуг, є порушенням

Далі суд розглянув вплив використання знака третьою стороною на рекламну функцію товарного знака. Було визнано, що ключове слово у вигляді товарного знака впливає на комерційну стратегію власника знака, але цього самого по собі недостатньо, щоб позначитися на рекламній функції знака. Питання про порушення товарного знака має вирішуватися залежно від контенту реклами, на яку вказують спонсоровані посилання.

При цьому, знову постає запитання про несправедливу перевагу. Якщо реклама сприймається як отримання переваги з розрізняльного характеру і репутації чужого товарного знака, можна вважати, що знак порушений. Проте цей висновок не можна розглядати як правило через рішення у справі «L'Oreal проти Bellure» про те, що будь-яку перевагу від використання чужого товарного знака слід автоматично вважати несправедливою. Питання, що можна і що не можна вважати допустимим використанням, ускладнюється.

Повертаючись до справи «Interflora проти Marks & Spencer», можна сказати, що перевага, одержувана компанією Marks & Spencer

від присутності назви фірми на сайті Interflora, безсумнівна, але, чи є вона несправедливою? На думку генерального адвоката, Marks & Spencer пропонує заміну послуги, що надається Interflora, і це є розвитком здорової конкуренції.

Слід зауважити, що ключові слова в інтернет-рекламі створюють особливі проблеми для фахівців з товарних знаків з огляду на їхній особливий характер та семантичну ненаповненість. Алгоритм дії пошукової системи призводить до видачі ідентичних їм ланцюжків букв незалежно від їхнього значення в лінгвістичній системі. Конкретне значення і референсний зв'язок надається ключовими словами лише в голові користувача. Передбачити, яким буде це значення, не може ніхто. Питання ускладнюється тим, що більшість товарних знаків неунікальна; це можуть бути описові слова, які набувають вторинного значення як товарні знаки, що застосовуються в особливому секторі ринку. Товарні знаки реєструються в різних юрисдикціях для спеціальних класів товарів і послуг. Але пошукова система не може, наприклад, при введенні слова bounty відокремити запит на шоколадні батончики від запиту на kitchen rolls bounty – паперові рулони для прибирання кухні. Вона видасть і те, й інше.

Яке значення набуває паралельне застосування ст. 5 (1) (а) і 5 (2) Європейської директиви 2008/95? Європейський суд у справі «Interflora проти Marks & Spencer» встановив, що обидві статті можуть бути застосовані паралельно, коли спірне позначення ідентичне товарному знаку і застосовується для тих самих товарів і послуг, для яких зареєстрований товарний знак, причому товарний знак має репутацію. При цьому, представник Interflora вважав, що згідно з ст. 5 (1) (а) порушенням товарного знака слід визнавати будь-який несприятливий вплив на будь-яку функцію товарного знака. Єврокомісія вважала, що в цій статті мова може йти лише про функції товарного знака вказувати на походження товару. Компанія Marks & Spencer заявила, що така інтерпретація є правильною, якщо суд ставить за мету захистити конкуренцію.

Європейський суд обрав проміжну позицію між цими аргументами: ст. 5 (1) (а) не виключає охорону знака від дій, що несприятливо впливають на інші функції знака (крім основної функції за вказівкою походження товарів і послуг, порушення якої завжди розглядається як порушення товарного знака). Розшире-

не тлумачення функцій товарного знака суд відніс не тільки до товарних знаків, які мають репутацію.

Тут виникають питання, що стосуються загальної схеми охорони товарних знаків. Якщо відносно товарного знака з репутацією застосовується ст. 5 (1) (а), правовласник не повинен доводити, що зазнав втрат через чинники, наведені у ст. 5 (2), оскільки вони пов'язані з продажем неідентичних товарів. Але тоді товарний знак з репутацією не буде виокремлено серед інших товарних знаків. Чи має товарний знак з репутацією більше функцій, ніж звичайний товарний знак? Для відповіді на це запитання потрібно точно оцінити, якими є ті функції, на які може бути надано вплив порушуючим знаком. Зараз у законі це відображено нечітко. Суди робили спроби прояснити це питання.

У 2011 році Інститут інтелектуальної власності та конкурентного права Макса Планка (Мюнхен, Німеччина) підготував доповідь «Повний аналіз функціонування європейської системи товарних знаків», в якій пропонував включити в преамбулу Директиви ЄС 2008/95 повний звід функцій, виконуваних товарними знаками. У разі подвійної ідентичності (ідентичність знаків та ідентичність товарів і послуг) порушення визнаються абсолютними, і необхідність доводити ймовірність змішування відпадає. Додаткові функції товарних знаків не мають відігравати самостійну роль при визначенні сфери охорони знаків відповідно до ст. 5 (1) (а).

Висновок. Поняття несправедливої переваги не можна трактувати окремо від питання про завдання збитків товарному знаку. Щоб визначити, що є несправедливою перевагою, а що – заподіюваним збитком, слід розглянути функції товарного знака. Це дасть змогу оцінити, якої шкоди завдано знаку і за рахунок якої властивості знака порушуючою стороною отримано несправедливу перевагу. Поки на ці запитання не буде отримано однозначної відповіді, дати визначення поняттю «несправедлива перевага» буде дуже складно.

#### *Список використаних джерел:*

1. Blythe A. Attempting to define unfair advantage : an evaluation of the current law in light of the recent European decisions / / EIPR – 2012. – V. 34. – № 11. – P. 754-761.
2. Андрощук Г.О., Шкляр С.В. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції. Науково-практичне видання. – К.: Юстініан, 2012. – 472 с.

## СТАН ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЙОГО ВПЛИВ НА ІНВЕСТИЦІЙНИЙ КЛІМАТ

АВТОР

**Павло ПРИГУЗА**, к.ю.н.,  
суддя господарського суду  
Херсонської області



Прийшовши до влади, злочинний режим заявив, що він взяв управління в державі надовго та став змінювати Конституцію і законодавство, забезпечуючи собі «правову» і соціальну основу для існування. Апогеєм у різних сферах законотворчої та правозастосовної діяльності владного режиму можна вважати, наприклад: узурпацію влади та судові маніпуляції з Конституцією України; припинення та відтермінування чинності антикорупційних законів; «декриміналізація» злочинних діянь; внесення змін до законодавства, що ускладнюють або роблять неможливим захист цивільних прав та свобод. На цьому тлі відбувалася повзуча криміналізація та шахраїзація владного, економічного та соціального середовища, що у кінцевому рахунку призвело до масового розстрілу владою людей, які з цим боролися.

Питання проведення в Україні роботи щодо очищення влади передбачає необхідність усунення та недопущення у майбутньому до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю сприяли узурпації влади окремою особою (особами), потурали підтримці основ національної безпеки і оборони та протиправному порушенню прав і свобод людини в Україні. Виконання цього завдання полягає, насамперед, у з'ясуванні сутності поняття «злочинна влада» та, у чому і полягало сприяння її становленню, усуненні наслідків правління цієї влади, які проявлялися в усіх сферах життя, зокрема у законодавстві, яке вона приймала.

Йдеться про законодавчі та нормативні акти, з прийняттям яких створювалися правові умови для порушення політичних та економічних (цивільних) прав і свобод людини, створення в державі правового режиму, в якому діє не ідеологія справедливості і верховенства права, а корупція, обман, право на шахрайську поведінку (рейдерство, рекет, інше протиправне заволодіння чужим майном, землями), право на безкарність тощо

Їх викорінення здатне поліпшити економічний, політичний та правовий клімат у державі, який ста-

не підґрунтям для інвестиційної діяльності як вітчизняних, так і іноземних інвесторів.

На огляді деяких положень законодавства, що створювалися в період шахраїзації країни та правової системи, які прямо порушують цивільні права та свободи або сприяють їхньому порушенню, ми зупинимося нижче. Цей огляд ми розпочнемо з права банкрутства та пов'язаних з ним законодавчих актів, оскільки зазначена сфера відносин в Україні є сферою наших наукових інтересів та професійної діяльності.

### НЕЗАХИЩЕНІСТЬ КРЕДИТУ – ЗАГРОЗА ОСНОВАМ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Кредит – основа здорової ринкової економіки. Серцевиною кредитних відносин є довіра між учасниками ринку, яка забезпечується пануванням у суспільстві закону і права в усіх галузях: господарсько-правовій, цивільно-правовій, кримінально-правовій, адміністративній тощо, які в комплексі формують впевненість суб'єктів господарювання в успішності започаткованої і здійснюваної ними справи (бізнесу). Під кредитними правовідносинами розуміються будь-які операції учасників ринку, пов'язані з виконанням робіт, наданням послуг або продажем товарів, зокрема грошових позик (кредитів), що передбачають відстрочку або розстрочку їх повернення чи оплати, тобто такі суспільні відносини, що будуються на довірі, чесності (честі, совісті, добропорядності), справедливості. Законодавство та політика, які не сприяють дотриманню та захисту кредиту, є шкідливими.

Для здійснення реформ у нашій державі треба усунути із чинного законодавства норми, використання яких порушують права і свободи, створюють антикредиторську атмосферу в економіці та праві. Антикредиторською є політика і система права, яка протидіє розвитку чесних і справедливих відносин в усіх галузях суспільного життя. Такі норми становлять загрозу національній безпеці. Вони фактично призвели Україну до нинішнього стану суспільства та поглиблюють кризу. Для дослідження цих явищ слід користуватися методологією соціології права як галузі загальнотеоретичного правознавства, що розкриває умови дії права в суспільстві (його формування, існування, реального функціонування) та роль права у системі соціальних інститутів, умови його існування, розвитку та функціонування, щоб у взаємозв'язку з кримінологією та іншими науками протидіяти негативному та руйнівному впливу

законодавства на правосвідомість і соціальну (зокрема злочинну) поведінку людини.

### **НЕЄВРОПЕЙСЬКІ ОСНОВИ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКРУТСТВО**

Законодавство про банкрутство як частина господарського законодавства, що регулює кризові підприємницькі відносини, також має будуватися на засадах економічної конкуренції і має впроваджувати та стимулювати розвиток чесних звичаїв при здійсненні господарської діяльності, захищати учасників відносин банкрутства від недобросовісної поведінки та недобросовісної конкуренції. Законодавство про банкрутство покликане бути одним із основних правових інструментів у ринковій економіці, який впливає на інвестиційну привабливість країни, відображає і характеризує загальну економічну політику в державі, ставлення держави до бізнесу, захисту власності та інвестиційного кредиту. Ще за часів формування сучасної структури законодавства про банкрутство (понад 140 років тому) А. Гольмстен зазначив, що незадовільне конкурсне право вносить незабезпеченість і нестійкість у найважливіші відносини ринкового господарства – відносини кредиту. Основна класична мета закону про банкрутство – це захист кредиту і правовідносин, які мають характер кредитних, як основи економіки будь-якої держави з вільними ринковими інституціями. Втім українське законодавство не виконує такої ролі.

Українськими вченими та практиками чинний закон про банкрутство характеризується як проборжниковий (продебіторський). Закон захищає не кредитора і кредитні відносини, а боржника, сприяючи останньому не виконувати свої зобов'язання, діяти нечесно, недобросовісно, взагалі не повертаючи кредит (товар, гроші) або, щонайменше, на шкоду кредитору відтермінує строк розрахунків на довгий час (термін), без будь-яких зобов'язань чи негативних наслідків для боржника та осіб, які за ним стоять. Отже, закон створює умови, впроваджує та стимулює нечесну, шахрайську поведінку в економіці держави, тобто є антикредиторським, антиінвестиційним, антиекономічним, асоціальним.

В чому і як це відображається?

### **ЗАГАЛЬНА КОНЦЕПЦІЯ НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ ТА ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ**

Передусім кредитор обмежений у вільному доступі до суду встановленими законодавцем перепонами, зокрема строками. Так, заяву про банкрутство боржника кредитор має право подати до суду за судовим рішенням, що набрало законної сили та лише через три місяці після відкриття виконавчого

провадження щодо боржника. Це означає, що у разі прострочення боржником строків платежу, кредитор має діяти за таким алгоритмом:

- звернутися до суду з позовом про стягнення боргу та отримати рішення;
- отримати виконавчий документ за рішенням, що набрало законної сили;
- подати виконавчий документ на примусове виконання та отримати постанову Державної виконавчої служби (ДВС) про відкриття виконавчого провадження, після чого чекати виконання обов'язку боржника три місяці.

Отже, справу про банкрутство кредитор може ініціювати щонайменше через 6-9 місяців після порушення боржником грошового зобов'язання.

Зазначене означає, що боржник, який не виконав зобов'язання у строки, визначені договором, отримує від законодавця можливість ще продовжувати управління своїм майном, займатися господарською (підприємницькою) діяльністю. В цей період такий боржник може укласти інші кредитні угоди, вивести (приховати) свої активи тощо. Інші учасники ринкових відносин у цей період не знають про фактичну неплатоспроможність такого учасника господарських відносин, довіряють йому свої гроші або товари.

В іноземному праві, зокрема в Німеччині, законом про банкрутство встановлено, що у разі прострочення платежу з боку боржника, кредитор може подати заяву про порушення справи про банкрутство. До того ж важливим є те, що німецький законодавець дає право кредитору самому визначати строк для звернення з заявою про неплатоспроможність боржника. Боржник вважається неплатоспроможним, якщо він призупинив розрахунки у строки, що визначені договором між сторонами. Тут яскраво видно, що держава не втручається у право власності та не обмежує захист кредиту.

В українському законі навпаки, окрім встановлення строків для звернення до суду з заявою про захист кредиту, ще й відтермінується питання порушення справи про банкрутство. Спочатку приймається заява кредитора (який має судове рішення, наказ, виконавче провадження) до розгляду, після чого протягом місяця, а іноді й більше вирішується питання порушення справи про банкрутство. На відміну від цього, в Німеччині справа порушується негайно, з відстороненням керівника боржника від управління підприємством та передачею управління до конкурсного керуючого (в Україні арбітражний керуючий). Неплатоспроможним вважається боржник, який припинив платежі, і цього факту достатньо для дискваліфікації його керівника.

В Україні однак керівник неплатоспроможного боржника відстороняється від управління лише у разі, коли він відверто чинить спротив і перешкоди у роботі призначеного судом керуючого, або лише після визнання боржника банкрутом, тобто лише після сплину щонайменше 12-15 місяців після припинення платежів. Чому так і кому це вигідно?

Як бачимо, дуже просто і правильно німецький законодавець захищає ринкову економіку. Саме такою є теорія конкурсного права, якою керувався німецький законодавець, створюючи закон про банкрутство. Ця теорія ґрунтується на загальноєвропейських цінностях верховенства права, захисту права власності і кредиту. Уразі неплатоспроможності право на майно боржника негайно слід передавати кредиторам.

Доречно згадати тут і роботи вченого Г. Шершеневича, який стверджував, що саме негайне відкриття конкурсу є запорукою захисту майнових інтересів кредиторів.

Підхід українського законодавця до визначення підстав та часу порушення справи про банкрутство не відповідає вимогам економіки та права. Такий підхід в законодавстві не захищає кредит та інші ринкові механізми в економіці держави, а створює умови для виведення активів з економічного обігу, для шахрайства, крадіжок, відвертого використання інституту юридичної особи в злочинній діяльності. Положення закону далекі від ідей верховенства права, чесності і справедливості.

Наслідки застосування такої (неправової) моделі законодавства про банкрутство ми спостерігаємо з 1999 р. Редакція закону 2011 р. не покращила правового регулювання. Кредитори не захищені. Особи, винні у доведенні боржників до банкрутства не несуть покарань.

Отже, так складається, що політика держави і система права банкрутства в Україні є антикредиторською, оскільки встановлює нечесні та несправедливі норми регулювання цих відносин. Застосування цього закону прямо шкодить державі, суспільству, економіці та праву.

Як це виправити?

Впровадити досвід Німеччини, імплементувавши в законодавство України означений вище правовий механізм. Економіка Німеччини – одна з кращих у світі, отже і законодавство цієї держави є таким, що сприяє її функціонуванню. У нас накопичено багато досвіду співробітництва із ученими та практиками Німеччини в галузі неспроможності, але на жаль, результати співробітництва сумнівні. Ми вивчаємо найкращий європейський досвід, а створюємо законодавство з точністю до навпаки. Чому?

## ЗАХИСТ ШАХРАЙСЬКОЇ ПОВЕДІНКИ У ВІДНОСИНАХ БАНКРУТСТВА

Описані вище умови і правила порушення справи про банкрутство за законодавством України не єдині, неправові та шкідливі.

Слід зазначити, що в законі про банкрутство 1999 р. існував хороший юридичний механізм порушення справи про банкрутство так званого «відсутнього боржника». Цей порядок був аналогічним встановленому порядку порушення справи за законодавством Німеччини. Він був дуже ефективним, оскільки встановлював, що провадження у справі розпочинається з постанови про визнання відсутнього боржника банкрутом, призначення ліквідатора, якому негайно передавалися права керівника та права власника юридичної особи. Це давало змогу негайно проконтролювати усю діяльність боржника, його рахунки, рухи майна та коштів тощо.

Судова практика, що складалася в Україні згодом, знайшла способи та методи розгляду справ «відсутнього боржника». Ліквідатори навчилися у своїй роботі притягувати до участі у справі колишніх керівників та власників, знаходити активи таких підприємств, визнавати недійсними угоди боржників та рішення власників, повертати майно до ліквідаційної маси, надсилати до правоохоронних органів повідомлення про виявлені злочини тощо. Виявлялося, що велика кількість таких боржників – штучно створені юридичні особи для шахрайського заволодіння чужим майном, рейдерських атак, несплати податків, розкрадання бюджетних коштів тощо. Основним заявником справ про банкрутство була ДПП. Після створення владою Міністерства доходів і зборів органи ДПП припинили подавати заяви про банкрутство «відсутніх боржників», як пояснювали податківці, у зв'язку із усною заборонаю керівництва Міндоходів та ДПП. Тут проявився прихований захист посадовими особами Міндоходів боржників, серед яких значна кількість казнокрадів та шахраїв. Через незвернення до суду щодо порушення справ щодо банкрутства «відсутніх боржників» покривалися злочинні дії, виключалася можливість надати публічності діяльності таких юридичних осіб.

У цьому самому законі містилися норми, які давали право місцевим радам приймати рішення про незастосування закону до підприємств комунальної власності. Справи про банкрутство щодо них не порушувалися, а порушені справи – припинялися. До того ж кредитори залишалися без задоволення своїх вимог. Рішення ради в таких умовах є прямим порушенням права власності кредиторів (права на отримання задоволення законних вимог) і володіння своїм майном, свого роду конфіскацією майна кредиторів, оскільки рада, прийнявши рішення про

імунітет такого боржника від банкрутства, як правило припиняла роботу боржника, передавала майно в управління іншому комунальному підприємству, з боргами не розраховувалася.

Інший спосіб нечесної поведінки – припинення діяльності боржника без будь-якого вирішення питань погашення боргів такого підприємства та передача майна іншій юридичній особі за рішенням власника, зокрема й місцевої ради. Так само виведення власником (керівником) активів боржника без будь-яких рішень, а надалі припинення надання звітності до ДПІ. Такі покинуті власниками і керівниками боржники автоматично потрапляли в категорію «відсутніх боржників».

Така поведінка ради ніби ззовні є законною, а насправді – нечесна, містить обман як елемент шахрайства.

Цілком справедливо та очікувано, що така атмосфера господарювання відлякує від місцевих громад (сіл, селищ, міст) будь-якого інвестора. Занапад комунального господарства місцевих громад пов'язаний, зокрема з нечесною поведінкою рад.

У новій редакції від 2011 р. законодавець взагалі вилучив із закону норму щодо можливості порушення справи про банкрутство відсутнього боржника. Чи можна вважати, що відмова від ефективної норми, яка найбільше захищала права кредиторів від шахраїв та крадіїв, є правильною. Сумнівно. Виникає думка, що ця норма виключена із закону навмисно, на що вказує поведінка Міндоходів, а далі – зміст нової редакції закону. Твердження, що влада була злочинною, і створювала правове поле для шахрайзації економіки цілком слушне і відповідає не лише окремим фактам в економіці, але й у законотворенню.

У Німеччині можливість порушення справи щодо відсутнього боржника покладена на розсуд самого кредитора. Оскільки через відсутність боржника, як правило відсутні й відомості про майно боржника, закон ставить умову про фінансування ініціюючим кредитором процедури банкрутства, зокрема оплати роботи конкурсного керуючого. Якщо кредитор вбачає перспективи знайти майно зниклого боржника, він фінансує роботу ліквідатора, це його право. Обов'язок фінансувати процедуру він бере на себе свідомо. Як бачимо, тут в основу правового регулювання покладено право кредитора досягти справедливості, якщо він знає, що активи у боржника були, але переховуються.

Наш український кредитор позбавлений таких прав, а боржник-шахрай став недосяжним для правосуддя. Замість того, аби усунути цю чорну діру з економіки та права шляхом врегулювання усіх прогалин, законодавець взагалі виключив норму із закону. Відносини «відсутніх боржників» з креди-

торами в економічному житті залишились, а їхнє правове регулювання скасоване. Чому?

Як це виправити?

Повернути у законі норму права, вдосконаливши правове регулювання.

Процесу провадження у справі про банкрутство, так само як це зроблено в Німеччині, слід надати статусу судового розслідування (судового слідства), в якому здійснювати аналіз суб'єктивних і об'єктивних причин банкрутства, що дасть змогу з'ясувати істинні причини неплатоспроможності, встановити вину керівника, власника та інших осіб у доведеності до стану неплатоспроможності, покласти на них субсидіарну (солідарну) відповідальність за зобов'язаннями боржника та витрати судової процедури. Це стане законодавчою перешкодою та пересторогою шахрайській поведінці у господарській діяльності, оздоровить інвестиційний клімат економіки нашої держави.

У цьому самому контексті нагальним є питання провідповідальності власника та інших осіб за доведення боржника до банкрутства. За результатами новітньої судової практики, наприклад у справі №5024/1780/2011, Одеський апеляційний господарський суд дійшов висновку, що законодавством України не встановлено відповідальності власника, зокрема місцевої ради за доведення до банкрутства належної йому юридичної особи. Це означає, що навіть за наявності доказів вини, кредитори не захищені чинним законодавством від шахрайських дій власника (засновника) боржника.

Отже, законодавство треба доповнити нормами, які прямо би встановлювали субсидіарну відповідальність власника та інших осіб за доведення боржника до банкрутства. Це захистить кредит і права кредиторів, сприятиме інвестиційній діяльності в державі.

### **ШАХРАЙСЬКІ СХЕМИ ДЛЯ ПОРУЧИТЕЛІВ ЛІКВІДОВАНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ**

Поширеною в Україні була (є) практика отримання кредиту юридичною особою, майновими поручителями якої виступали інші юридичні та фізичні особи. Тут для несплати кредиту вироблена і використовувалася схема, правова основа якої закладена у Цивільному кодексі України (ЦК), а тому підтримувалася судами. Так, наприклад, постановою від 10.07.2012 у справі № 12/74-Б-10 ВГСУ зазначив, що оскільки зобов'язання за кредитним договором припинилося у зв'язку з ліквідацією боржника відповідно до вимог ст. 609 ЦК України, зобов'язання за договором поруки, яке є похідним від основного зобов'язання, також є припиненим відповідно до вимог частини 1 статті 559 ЦК України.

Суть схеми ухилення від зобов'язання поручителя полягає у тому, що учасниками отримання кредиту у пришвидшеному порядку здійснювалася ліквідація позичальника через процедури банкрутства, вилучення його з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, що припинило зобов'язання позичальника, яке є основним. Як зазначають суди, припинення основного зобов'язання має наслідком припинення і похідного зобов'язання. Не виключено, що така схема могла застосовуватися у змові усіх учасників кредитних відносин: банку (його нечесними працівниками), позичальника та поручителів, які з самого початку не збиралися виконувати зобов'язання з повернення боргу, а лише заволодіти грошима. Юридична особа-позичальник становила «відсутнім боржником».

Такий «інвестиційно-кримінальний» клімат відомий усім учасникам господарських відносин, тому в ньому вільно себе почувають лише шахраї та крадії. Чесному інвестору, зокрема банку, в такому правовому середовищі страшно довірити комусь свої гроші або товари.

Судова практика виправляла цей недолік (закривала дірку) в законодавстві тим, що суди (судді) продовжували строки ліквідаційної процедури аби не ліквідувати боржника-банкрута, дати змогу кредиторам отримати задоволення від поручителів та не позбавити кредитора його права на власність. Отже, принцип верховенства права працював через ніби то порушення судами строків ліквідаційної процедури основного боржника.

Очевидно, що статті 559 та 609 ЦК України мають бути змінені, з чітким формулюванням, що припиняється лише зобов'язання ліквідованого банкрута, а зобов'язання поручителів мають виконуватися перед кредитором.

Цим буде внесено певність у кредит та його забезпечення, без якого ринкова економіка не може відбутися.

### **ЗАХИСТ ШАХРАЙСЬКИХ УГОД БОРЖНИКА, ЯКИМИ ЗАВДАНО ШКОДУ КРЕДИТУ**

У попередній редакції закону про банкрутство були норми, які давали можливість кредиторам у межах процедури санації та ліквідаційної процедури визнати недійсними угоди боржника, якими завдано шкоди кредиторам. До того ж можна було застосувати загальні строки позовної давності. Особливе значення ці норми мали для банкрутства «відсутнього боржника», вважалося, що перебіг строків позовної давності починається з дня призначення ліквідатора. Застосування цих норм було проблематичним з одного боку через їхнє граматичне викладення у нормі закону, а з іншого – через проборжниковий характер закону та судової практики.

У новій редакції, що діє з 18.01.2013, законодавець знову виклав норми так, що проблеми захисту кредиторів та боржника лише ускладнені. Так, у ст. 20 закону передбачається, що правочини і майнові дії боржника можуть бути визнані недійсними або спростовані, якщо вони **вчинені під час розгляду справи про банкрутство або протягом одного року перед цим**. З такої диспозиції випливає, що для визнання угод недійсними встановлено скорочений строк позовної давності – один рік. Отже, ця норма разом із нормами, які встановлюють умови і порядок порушення справи про банкрутство прямо захищає шахрайські інтереси. Це проявляється, насамперед, у відтермінуванні можливості порушення справи про банкрутство, що віддаляє час укладання шахрайської угоди якраз на межу одного року до порушення справи про банкрутство. Така диспозиція не вписується у теорію конкурсного права. Теоретично, з часу коли боржник взяв кредит, він повинен з обережністю укладати угоди, що зменшують його активи, оскільки право на його майно опосередковано належить кредиторам, який очікує його повернення. Майно боржника у цей період вважається обтяженим кредиторськими вимогами. Отже, й період часу на визнання недійсною угоди боржника повинен відліковуватися не одним роком, а часом отримання кредиту. Оскільки формулювання «один рік до порушення справи» не має розумного пояснення, не покликаний захистити інтереси кредиту, а обмежує правові можливості кредитора, його наявність у законі приносить лише шкоду правам кредиторів та матиме негативний вплив на економіку держави.

Знову-таки, у законодавстві Німеччини передбачається можливість визнання недійсною угоди боржника, що вчинена з метою завдати шкоди кредиторам – до 10 років, що передували порушенню справи про банкрутство. Довіра і кредит мають бути забезпечені захистом від шахрайства.

Як цього досягти?

Рецепт такий самий, як зазначено вище. Треба застосовувати досягнення європейської правової культури.

### **ЗАХИСТ МАЙНОВИХ АКТИВІВ, ЗДОБУТИХ ШАХРАЙСЬКИМ ШЛЯХОМ**

За загальним правилом заволодіння майном або правом на майно в результаті вчинення злочину проти власності не створює підстав для набуття винною особою права власності на таке майно, оскільки таке заволодіння забороняється законом. Відповідно до ЦК України діє презумпція правомірності правочину, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом. Недотримання у момент вчинення

правочину стороною вимог, які встановлені законом, є підставою його недійсності (нікчемності).

Цивільним кодексом редакції 2004 р. було встановлено захист цивільних прав від рейдерських, шахрайських та інших злочинних дій встановленням спеціальних строків давності, зокрема у ст. 258 ЦК України передбачалося, що позовна давність становить п'ять та десять років. Такий стан захисту прав має характер стримування для шахраїв та надає шанс скривдженій особі після звільнення від впливу насильства або обману захистити своє право. Процесуальне законодавство також містило норми права, які давали змогу, окрім того, переглянути рішення суду за нововиявленими обставинами незалежно від строків позовної давності, таким чином можна було відновити право та справедливість у цивільних відносинах, зокрема й виправити неправосудні рішення.

Втім, шахраїв такий стан законодавства і строки давності, звісно, не влаштовують. Тому питання збереження добутого злочинним шляхом було вирішено законодавчо, зменшивши строки позовної давності порівняно із строком повноважень і недоторканності депутата. Так, законом від 20.12.2011 № 4176-VI з назвою про «...вдосконалення порядку здійснення судочинства» норми про захист від рейдерства, насильства і обману були виключені із ЦК, а до процесуального законодавства внесено норми, які встановили трирічний строк давності для перегляду рішень судів за нововиявленими обставинами та обмежили строк звернення із заявою з двох до одного місяця з дня, коли були встановлені такі обставини. До того ж законодавець встановив нове жорстке правило, що строк не поновлюється, поважність причин пропуску строків не беруться до уваги. Подібні обмеження прав також були встановлені на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення (статті 93, 110 ГПК України та інші процесуальні закони).

Зазначені норми відверто спрямовані на обмеження можливості захисту прав громадянина (особи), роблять неможливим поновлення справедливості у цивільних відносинах, захищають нечесних набувачів прав, а тому мають бути скасовані.

### **ВІЛЬНА КОНКУРЕНЦІЯ ТА СПРАВЕДЛИВІСТЬ – ФУНДАМЕНТ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ**

**Конкуренція** (від лат. *concurrentia*, *concurrere* – стикатися, суперничати, змагатися) – це боротьба між економічними суб'єктами за максимально ефективне використання факторів виробництва (робоча сила, земля (природні багатства), капітал (наявні, вироблені засоби виробництва, а також фінанси). Вільна конкуренція в Україні захищена і обмежується лише законом. Для забезпечення ефектив-

ного функціонування економіки України і розвитку конкурентних відносин слід визначити правові засади підтримки та реального захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму, стимулювання, розвиток торгових та інших чесних звичаїв при здійсненні господарської діяльності, захисту від недобросовісної конкуренції, під якою визнаються будь-які дії, що є нечесними і перешкоджають вільному ринку.

Справедливість – це правова засада, яка є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин. Як зазначав Конституційний Суд України у Рішенні від 02.11.2004 № 15-рп/2004, проявом верховенства права є не лише законодавство, а й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо. Вони є нерозривними елементами права і не дають підстав для ототожнення права із законом, який іноді може бути й несправедливим.

Розвиваючи думку КСУ слід сказати, якщо закон чи окрема норма впроваджують відверту несправедливість, то вони суперечать конституційній вимозі верховенства права. Такий стан викликає сумніви у можливості чесного і справедливого розв'язання спорів чи у можливості застосування закону для регулювання суспільних відносин у демократичній державі. Без верховенства права та справедливого закону, а зрештою – суду, наявні фактори виробництва будуть розподілятися та використовуватися нечесно, а корупцію та обман не викоринити.

Реформування слід розпочинати із усунення із законодавства шахрайських норм, оскільки лише ззовні такі акти є законом, а всередині вони повні обману. Іноді між законністю і справедливістю – прірва. У такому разі, щоб застосувати принцип верховенства права і вирішити справу справедливо – слід відмовитися від принципу законності. Саме про це йдеться у п. 2 постанови пленуму ВСУ від 01.11.1996 №9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». Конституція України має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватися на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй.

На тлі законодавства, що не відповідає Конституції, створюється ілюзія, що в усіх проблемах права, економіки, зокрема у втратах кредиторів та негативних наслідках господарювання в Україні, винні господарські та інші суди, судді та арбітражні керуючі. Однак насправді, провина лежить не лише на судах і суддях, а переважно на людях, які створювали відповідні неправові алгоритми, втілюючи неправду у тексти законів. Судовими процедурами складно виправити недоліки правового регулювання, які в основі закону є нечесними, та вкладеними у закон, можливо цілком свідомо.



## ОСКАРЖЕННЯ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ ПОСТАНОВ СУДУ У СПРАВАХ ПРО ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ

АВТОР

**Арсеній МІЛЮТІН,**  
адвокат



АВТОР

**Антон СІНЦОВ,**  
адвокат



В умовах адаптації українського законодавства до європейських стандартів право фізичних і юридичних осіб на судовий захист своїх прав, свобод та інтересів вимагає його обов'язкового дотримання та виконання. Разом з тим, як свідчить практика, реалізація права на судовий захист у справах про порушення митних правил є ускладненою через правові суперечності та неузгодженість окремих норм.

### МКУ ПЕРЕДБАЧАЄ, А КУПАП ОБМЕЖУЄ

Перш за все нагадаємо, що відповідно до Митного кодексу України (далі – МКУ) порушення митних правил на сьогодні є адміністративним правопорушенням, за яке передбачена адміністративна відповідальність (ст. 458). Відповідальність за товарну контрабанду була декриміналізовано.

Процедура притягнення до адміністративної відповідальності за порушення митних правил регулюється одночасно МКУ та Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст.2 КУпАП).

Нормами МКУ (ст. 486) встановлено, що провадження у справі про порушення митних правил включає в себе:

- виконання процесуальних дій, серед яких, зокрема, складення протоколу про порушення митних правил;
- розгляд справи про порушення митних правил органами доходів і зборів або місцевими судами;
  - винесення постанов:
    - про проведення додаткової перевірки;
    - про накладення адміністративного стягнення;
    - про закриття провадження у справі;
  - перегляд постанов у зв'язку з оскарженням.

МКУ передбачає, що постанова суду у справі про порушення митних правил може бути оскаржена.

Тобто особа, стосовно якої здійснюється провадження у митній справі, має право на оскарження. При цьому порядок оскарження постанови суду у справі про порушення митних правил визначається КУпАП.

Тобто, з одного боку, в МКУ законодавець урегулював питання оскарження в судовому порядку постанов суду у справах про порушення митних правил. Проте застосування КУпАП при оскарженні постанов суду за вказаними категоріями справ вказує на відверте обмеження прав осіб на судовий захист своїх прав.

Зокрема, КУпАП передбачає, що постанова суду про накладення адміністративного стягнення може бути оскаржена в апеляційному порядку. Постанова судді в митній справі набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги. Постанова апеляційного суду набирає законної сили негайно після її винесення, є остаточною і оскарженою не підлягає.

Тобто положення КУпАП унеможливають подальше оскарження в касаційному порядку постанов суду у справах про порушення митних правил. Практика застосування цих положень свідчить, що це суттєво звужує реалізацію особами прав на судовий захист від зловживань з боку органів митної служби.

### ТРЕТЬОЇ ДУМКИ НЕ БУДЕ

У контексті викладеного вище варто звернути увагу на типову митну справу, яка розглядалася Н-ським районним судом м. Ч. (Суд) та була переглянута апеляційним судом Ч. області (Апеляційний суд). Ця справа наочно демонструє наявність проблем, які виникають у осіб внаслідок необґрунтовано звуженого права на судовий захист.

Суть справи полягає в тому, що Ч. митницею Міндоходів (Митниця) за результатами перевірки був складений протокол про порушення митних правил відносно директора іноземної компанії за ч. 1 ст. 483 МКУ. Виявлений у результаті огляду товар було вилучено як предмет порушення митних правил під час транзиту товару територією України.

Підставою для складання протоколу про порушення митних правил було: (1) виявлення в ході перевірки невідповідності кількості товару, заявленого в інвойсі, кількості товару, виявленого під час огляду; (2) виявлення товару, якого начебто не було заявлено; (3) зазначення невірної інформації про товар.

Відповідно до ч. 2 ст. 522 МКУ Митниця направила до Суду подання про накладення адміністративного стягнення разом із матеріалами справи.

Постановою Суду було закрито провадження за вказаною справою у зв'язку з відсутністю в діях директора іноземної компанії складу правопорушення. Вилучений відповідно до протоколу про порушення митних правил товар необхідно було повернути.

Не погоджуючись із вищевказаною постановою, Митниця звернулася до Апеляційного суду з апеляційною скаргою, в якій просила скасувати постанову Суду та прийняти по справі нову постанову.

Постановою Апеляційного суду апеляційну скаргу Митниці було задоволено, постанову Суду про закриття провадження у справі було скасовано. Директора іноземної компанії притягнуто до адміністративної відповідальності за ст. 483 ч. 1 МКУ та застосовано до нього адміністративне стягнення у вигляді штрафу 100% вартості товару, а також конфіскацію товарів – безпосередніх предметів порушення митних правил за цією справою, які зберігалися на Митниці. Слід звернути увагу, що розмір адміністративного штрафу виявився захмарним – близько 50 тис. євро (майже 30 тис. нмдг на момент стягнення).

При цьому Апеляційний суд **не** звернув увагу на те, що: (1) апеляційна скарга була подана Митницею з порушенням строку на апеляційне оскарження, без відповідного клопотання про поновлення строку; (2) Митниця помилково віднесла один вид товару до другого, що пов'язано зі схожістю між собою обох видів товару, внаслідок чого й було виявлено невідповідність кількості товару.

Прогнозовано, спроби оскаржити постанову Апеляційного суду в Вищому адміністративному суді України та Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ виявилися марними. Суди касаційних інстанцій відмовилися відкривати касаційне провадження, з огляду на те, що справа не підлягає касаційному розгляду.

Неможливість оскаржити постанову в касаційному порядку призвела до того, що директор іноземної компанії на підставі вимоги Митниці здійснив оплату величезного штрафу за адміністративне правопорушення та витрат митного органу щодо зберігання майна. Крім того, товар було конфісковано.

Таким чином, складається ситуація, що формально митні правопорушення вважаються декриміналізованими, однак фінансова відповідальність за їх вчинення є надзвичайною і перевищує більшість штрафів, які встановлюються Кримінальним кодексом України.

Крім того, фінансова відповідальність у таких справах, як наведена, покладається безпосередньо на директора юридичної особи, який може навіть не мати уявлення про ті чи інші проблеми переміщуваного товару. Однак очевидно, що за своєю суттю штраф

має сплачуватись юридичною особою – порушником. В описуваній справі для директора-іноземця та самої компанії створено штучну проблему – адже компанія фактично мала кредитувати директора для сплати українського штрафу. Можна тільки уявити головний біль, які вони мали потім при спілкуванні з податковими органами іноземної країни.

Такий стан справ викликає питання, а чи адекватною є відсутність перегляду митних справ касаційної інстанцією, з огляду на наслідки для фізичної особи? Та, взагалі, а чи є адекватною застаріла процедура КУпАП для митних справ?

### МІЖНАРОДНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ УКРАЇНИ ЩОДО ПРАВ ЛЮДИНИ

Глава 24-1 КУпАП передбачає можливість перегляду постанови по справі про адміністративне правопорушення Верховним Судом України (ВСУ) тільки в разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Тобто перш ніж звернутися до ВСУ із заявою про перегляд постанови по справі про адміністративне правопорушення, заявнику необхідно звернутися до Європейського суду за захистом своїх прав щодо справедливо розгляду митної справи.

За таких обставин виникає цілком логічне і слушне запитання: чому в митних справах обмежений відпрацьований механізм касаційного оскарження? Адже касаційна інстанція могла б виправити помилки, які спричиняються апеляційними судами.

Зрозуміло, що в більшості адміністративних справ обмеження двома інстанціями є виправданим, з огляду на їх малозначність. Однак, як ми вказали вище, наслідки митних справ для фізичної особи можуть бути просто нищівними. Відповідно, і рівень процесуальних гарантій, якими КУпАП не може похвалитися, мав би відповідати значущості справ.

Слід також звернути увагу і на положення ст. 6 (право на справедливий суд) Конвенції про захист прав людини у її комплексному поєднанні зі ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції (право на перегляд кримінальної справи вищим судом).

Нагадаємо, що Європейський суд надає автономного значення поняттю «кримінальне обвинувачення» в Конвенції. Тобто Європейський суд не зв'язаний кваліфікацією діяння у внутрішньому праві й може вважати кримінальним будь-яке обвинувачення, яке має характер кримінального. Зазвичай Європейський суд під цим розуміє «важливі наслідки для положення особи» (*Servec, 42*).

Без сумніву, зважаючи на істотні наслідки українських митних справ, їх слід розуміти як кримінальні в сенсі Конвенції.

Тому й гарантії, які надає Конвенція, мають надаватися в українському процесі.

Згадувана стаття 2 Протоколу № 7 гарантує право на перегляд кримінальної справи вищим судом. У свою чергу, ст. 6 Конвенції гарантує «право на доступ до суду». Європейський суд вказує, що у випадку створення апеляційних та касаційних судів держава має забезпечити до них доступ (*Garcia Manibardo, 39*).

Таким чином, існують усі підстави вважати, що митні справи, які мають такі тяжкі наслідки для осіб, мають переглядатися судом касаційної інстанції.

КОМЕНТАР

**Михайло САВЧИН,**

д.ю.н., науковий радник  
Правничої фірми «Софія»,  
директор Центру  
правотворчості Ужгородського  
національного університету



Право на апеляційне оскарження постанов адміністративного органу, в даному випадку – митниці, є ефемерним не лише в світлі статті 6 Європейської конвенції з прав людини, а також у світлі положень статей 3, 8, 41 та 55 Конституції, які включають право на доступ до суду, елементом якого є й судове оскарження рішень. Тут також немає підстав для знаменитого застереження у світлі положень статті 129.3.8) Конституції, згідно з яким законом можуть встановлюватися виключення щодо апеляційного чи касаційного оскарження. Вилучення власності допускається лише за умови набуття чинності судовим рішенням, що прямо впливає із положень статей 41 і 55 Конституції.

Адже йде мова про фундаментальне право людини – право на недоторканність власності, яку може бути вилучено виключно на підставі рішення суду і таке вилучення розглядається як виняток. Тому відсутність фактичної можливості оскарження судового постанови в апеляційному порядку є непропорційним, надмірним обмеженням права власності – вилученням майна, яке має здійснюватися під ретельним судовим контролем. Це необхідно для недопустимості адміністративного свавілля.

Колеги цілком слушно підкреслюють, що за своїми наслідками формально адміністративна процедура судового розгляду є кримінальним процесом, оскільки у практиці Європейського суду з прав людини всяке вилучення власності розглядається як кримінальний захід впливу. Стаття 41 Конституції України базується на подібних стандартах захисту права власності, що і стаття 2 Протоколу

На наше переконання, нелогічне обмеження права особи звертатися з касаційною скаргою на постанову суду в зазначеній категорії справ одним з важливих напрямів, який потребує окремого врегулювання та доопрацювання при нинішній судовій реформі. Позбавлення права на оскарження в касаційному порядку постанов апеляційних судів у митних справах вочевидь не узгоджується з міжнародними зобов'язаннями України. Також необхідним є і надання ширших процесуальних гарантій у митних справах.

Першого ЄКПЛ, яка гарантує право на мирне володіння майном. Ми бачимо, що судді недостатньо знають, як положення Конституції України, так і Європейської Конвенції разом із юриспруденцією Конституційного суду України та Європейського Суду з прав людини. Оскільки рішення обох судів є загальнообов'язковими, то адвокатам у процесі слід наголошувати на цьому, а проти суддів, які ігнорують таку судову практику, слід ініціювати застосування заходів дисциплінарної відповідальності перед Вищою радою юстиції.

Насамкінець, нещодавно ЄСПЛ у справі Швидка проти України констатував, що процедура негайного звернення постанов судів у справах про адміністративні правопорушення (у ньому йшла мова про адміністративний арешт, який як вже вище вказано згідно юриспруденції Суду прирівнюється до кримінального заходу впливу) може позбавити сенсу право на апеляційне оскарження:

«54. Суд не випускає з огляду той факт, що, якби апеляційний суд скасував рішення суду першої інстанції, заявник могла б претендувати на отримання компенсації матеріальної та моральної шкоди на цій підставі. Однак це ретроспективний і чисто компенсаторний засіб правового захисту не може замінити собою право на перегляд, передбачена в статті 2 Протоколу № 7. Інший висновок суперечив би усталеному принципу Європейського Суду про те, що Конвенція покликана гарантувати не права, які є теоретичними або ілюзорними, але права, які є практичними та ефективними».

Тобто у світлі статті 2 Протоколу № 7 до Європейської Конвенції не допускається до негайного виконання судові постанови про вилучення майна митними органами поки судова постанова не набере законної сили. Це також цілком впливає і з положень статей 3, 8, 41 і 55 Конституції України. Отже, практика адміністративних судів у справах про порушення митних правил стосовно вилучення майна часто суперечить положенням Конституції України та Європейської конвенції з прав людини.

## ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ У МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

АВТОР

**Сергій ВОЙТОВИЧ**,  
заслужений юрист України,  
доктор права,  
партнер ЮПФ «Грищенко  
та Партнери»



У міжнародному інвестиційному арбітражі, який розглядає спори між інвестором та державою з питань захисту інвестицій, часто говорять не про «арбітражну угоду», а про згоду на арбітраж (*consent for arbitration*). Напевно, це тому, що поряд з традиційною арбітражною угодою в прямому інвестиційному контракті (яка концептуально подібна до арбітражної угоди в комерційному контракті), значно поширена інша форма – специфічна арбітражна угода, утворена двома згодами – держави та інвестора, які містяться в різних документах.

Така специфічна арбітражна угода утворюється відкритою згодою (офертою) приймаючої держави в міжнародному договорі про захист інвестицій або в національному законі, з одного боку, та індивідуальною згодою (акцептом) інвестора на арбітраж, з іншого боку.

Згода (акцепт) інвестора на арбітраж найчастіше дається в заяві (клопотанні) інвестора про арбітраж (*request for arbitration*). Іноді до заяви про арбітраж додають спеціальний документ про згоду (*letter of consent*). Але як з'ясувалося з рішень деяких арбітражних трибуналів (наприклад: рішення у справі *Generation Ukraine v. Ukraine*, пп. 12.1-12.3; рішення по юрисдикції у справі *Tokios Tokel s v. Ukraine*, пп. 94-100; рішення у справі *AMTO v. Ukraine*, п. 46), окремий спеціальний документ про згоду вважається необов'язковим, достатньо просто клопотання про арбітраж, що направляється арбітражному інституту, обраному згідно з договором про захист інвестицій. Основна вимога до способу вираження: згода і держави, і інвестора має бути явно вираженою, а не імпліцитною. Так, ст. 25(1) Конвенції ІКСІД вимагає, щоб згода сторін була у письмовій формі.

Якщо сама відкрита згода держави розрахована на майбутні потенційні спори, то арбітражна угода на основі такої оферти держави остаточно укладається за ініціативою інвестора вже після того, як виник інвестиційний спір.

У цьому ще одна відмінність від арбітражної угоди в прямому контракті. Щоб досягти того ж ефекту, який дає відкрита згода, держава мала б укласти спеціальну арбітражну угоду з кожним інвестором іншої договірної держави на своїй території.

Слід підкреслити, що арбітражна угода на основі відкритої згоди держави відрізняється від традиційної арбітражної угоди в прямому контракті не тільки за формою (згоди держави та інвестора містяться в різних документах) або за способом укладення (арбітражна угода остаточно укладається вже після виникнення інвестиційного спору). Тут є концептуальна відмінність. Відкрита згода держави – одна з найпримітніших особливостей сучасного інвестиційного арбітражу, адже вона адресована невизначеному і необмеженому на момент згоди держави числу інвесторів іншої сторони договору про захист інвестицій. Я. Паулссон назвав це «*arbitration without privity*» (арбітраж без відома).

### ЧИ МОЖЛИВО «ІМПОРТУВАТИ» ЗГОДУ ДЕРЖАВИ?

Завдяки широкому використанню клаузули про найсприятливішу націю («клаузули НСН») в договорах про захист інвестицій виникло дискусійне питання про можливість запозичення інвестором-позивачем більш сприятливих положень про врегулювання спорів з інших таких договорів тієї ж держави. Цей аспект застосування клаузул НСН вперше був позитивно вирішений (хоча і досить обмежено та з застереженнями) арбітражним трибуналом в справі *Maffezini v. Spain* в 2000 р.

Після цього арбітражні трибунали розділились у думці, чи застосовувати клаузулу НСН до врегулювання спорів, а якщо застосовувати, то яким чином. Один з трибуналів навіть зробив висновок, що з цього питання *opinio juris* ще не утворено (*Daimler v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, para. 268). У цьому ж рішенні наведено цікаві приклади, коли договірні держави заявляли про виключення врегулювання спорів із сфери дії клаузули НСН (пп. 273–276 рішення). Зауважимо, що при спробі кодифікації інституту найбільш сприятливої нації в Комісії міжнародного права ООН, яка підготувала відповідний

проект статей в 1978 р., розповсюдження клаузули НСН на питання врегулювання спорів досліджувалось лише фрагментарно.

Водночас час деякі сучасні договори про захист інвестицій (наприклад, деякі договори Великої Британії) прямо передбачають, що клаузула НСН застосовується до врегулювання спорів між інвестором та державою. Та навіть у такому випадку, коли предметом клаузули НСН є в цілому врегулювання спорів, залишається концептуальне питання, чи може саме згода (оферта) держави на арбітраж запозичуватись (або змінювати сферу дії) через клаузулу НСН, адже згода має бути явно вираженою?

Формулювання такої згоди ретельно узгоджується з іншою державою – стороною саме зазначеного базового договору і чи може бути явно вираженою згода на арбітраж, яка запозичується, тобто замінюється на «сприятливіше» положення іншого договору з третьою державою в силу лише автоматизму клаузули НСН? Чи може, наприклад, явно виражена в базовому договорі згода на одну систему арбітражу (скажімо, за регламентом ЮНСІТРАЛ) замінюватись на «сприятливішу» іншу систему арбітражу, запозичену з іншого договору за допомогою клаузули НСН, і при цьому залишатись явно вираженою згодою? Чи, можливо, завдяки клаузулі НСН, держава лише розширює сферу своєї явно вираженої таким чином згоди (оферти) для вибору інвесторів?

Опоненти імпортування згоди держави (оферти) на арбітраж (наприклад, *Garanti Koza v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, 3 July 2013, paras. 7, 70) вважають, зокрема, що така згода має існувати в базовому договорі про захист інвестицій, та система арбітражу, визначена в базовому договорі не може змінюватись, навіть якщо такий договір прямо передбачає застосування клаузули НСН в цілому до врегулювання спору між інвестором та державою. У цьому плані перед арбітражними трибуналами залишається непросте питання відокремлення неналежного *treaty-shopping* з боку інвесторів від дійсного наміру договірних держав сформулювати сферу дії своєї відкритої згоди на арбітраж у договорі з урахуванням клаузули НСН.

### **БЕЗВІДКЛИЧНІСТЬ ЗГОДИ НА АРБІТРАЖ**

Ні держава, ні інвестор не має права односторонньо відкликати або змінити згоду. Безвідкличність згоди забезпечує стабільність і

автономність арбітражної угоди (тобто ніби «заморожує» її).

Навіть припинення міжнародного договору про захист інвестицій (або національного закону), що містить оферту держави, уже після отримання згоди інвестора (наприклад, під час арбітражного провадження) не впливатиме на арбітражну угоду.

У Конвенції ІКСІД передбачено декілька положень, що заморожують права та обов'язки сторін спору з дати їхньої згоди. Наприклад, денонсація Конвенції не впливає на згоду, дану до дати денонсації (ст.72 Конвенції). До спору застосовуються Арбітражні правила ІКСІД в редакції на дату згоди сторін (ст.44 Конвенції).

### **ПОПЕРЕДНІ УМОВИ ЗГОДИ НА АРБІТРАЖ**

Обидві сторони арбітражної угоди можуть формулювати попередні умови, без дотримання яких згода на арбітраж не спрацює.

Наприклад, типовою попередньою умовою держави в договорах про захист інвестицій є дотримання позивачем періоду очікування. Інвестор зобов'язаний утримуватися від подачі передчасного позову і дотримуватися періоду очікування, який встановлюється в договорах про захист інвестицій для доарбітражного врегулювання (зазвичай від 3 до 12 місяців, найчастіше – 6 місяців). Арбітри не вправі ігнорувати цю договірну умову згоди держав на арбітраж, якою б надмірною або незручною вона їм не здавалася. У справі *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, в одній з небагатьох інвестиційних справ, інвестору зі США відмовили у допустимості позову на підставі недотримання простого правила про період очікування (провадження у цій справі було призупинено).

А ось вичерпання національних засобів захисту в якості попередньої умови згоди на арбітраж відповідно до ст. 26 Конвенції ІКСІД на практиці не набуло поширення. Така умова зустрічається переважно в деяких старих двосторонніх договорах про захист інвестицій. Підкреслимо, держава може сформулювати її тільки в інструменті згоди, тобто в договорі про захист інвестицій, або у відповідному національному законі, або у прямому інвестиційному контракті. Таку умову не можна висунути пізніше в період вже розпочатого спору, навіть якщо, наприклад, Конвенція ІКСІД ратифікується після того, як згоду держави було виражено в двосторонньому договорі.

Крім попередніх умов згоди обидві сторони можуть обмежувати свою згоду іншим чином,

наприклад, щодо предмета спору. Подібні обмеження припустимі тільки під час видачі згоди, але не після цього. Наприклад, держава може обмежувати свою згоду тільки щодо спорів про експропріацію, а інвестор – щодо конкретної інвестиційної операції.

Висловлювалася думка, що умовою згоди держави може бути легальність інвестиції відповідно до законів держави, що приймає (тобто нелегальна інвестиція знаходиться за межами згоди держави). Водночас незначні порушення права держави, що приймає інвестицію, не можуть позбавити інвестора та інвестицію захисту за договором у світлі його об'єкта та мети.

### СФЕРА ДІЇ ЗГОДИ СТОРІН

В умовах, коли немає прямого контракту між державою та інвестором, рамки спору визначаються сферою дії згоди на арбітраж. Вона має предметний, територіальний та часовий аспекти.

Важливий момент: сторони вправі заявляти додаткові та зустрічні позовні вимоги тільки в рамках сфери дії згоди сторін («within the scope of the consent»). У іншому випадку такі додаткові та зустрічні вимоги будуть за межами юрисдикції. Тому сфера дії згоди має значення не тільки у спорах в ІКСІД, де цей термін («the scope of the consent») відображений у Конвенції (ст.46) та Арбітражних правилах (правило 40(1)), а й у інших арбітражних інститутах виходячи з самої погоджувальної природи арбітражу.

Відкрита згода держави зазвичай формулюється в загальних рисах – наприклад, охоплює всі спори щодо інвестицій. А згода позивача-інвестора може мати спеціально-уточнюючий характер – скажімо, спір щодо конкретної події або групи подій у певний період часу. Арбітражну угоду утворює частина, що збігається, оферти держави і акцепту інвестора (який буде, скоріше за все, вужчий за оферту стосовно конкретного спору).

Оскільки згода має безвідкличний характер, сторони не мають права не тільки відкликати її, але й в односторонньому порядку змінювати сферу її дії вже в процесі арбітражного провадження. Іншими словами, даючи згоду, позивачу треба добре подумати про формулювання сфери її дії, адже пізніше змінити нічого не можна. Це питання може виникнути, наприклад, у разі помилки інвестора-позивача, який сформулював сферу дії згоди занадто вузько і пізніше намагається розширити її. Хоча мож-

лива й ситуація, коли позивач навмисно звузив сферу дії згоди, а його намагаються схилити до обговорення питань поза її рамками і окресленого позивачем спору.

У справі *Tokios Tokel s v. Ukraine* позивач спочатку надмірно звузив сферу згоди і тим самим створив собі проблему, коли в подальшому в нього з'явилося бажання розширити сферу згоди. Так, спочатку він дав письмову згоду тільки відносно заявлених дій з боку державних органів України, вчинених у 2002 р. проти підприємства «Такі справи». Проте згодом зайшла мова про інші події, зокрема кримінальне переслідування генерального директора цього підприємства, а також події після 2002 р. стосовно іншого підприємства позивача. На думку відповідача, це вже виходило за рамки сфери дії згоди.

### В умовах, коли немає прямого контракту між державою та інвестором, рамки спору визначаються сферою дії згоди на арбітраж

Хоча, як було зазначено арбітражним трибуналом, позивач мав повну можливість сформулювати свою первісну згоду так, щоб охопити майбутній розвиток спору. Але після того, як позивач вже звернувся в ІКСІД, на думку відповідача, він не мав права розширювати сферу первісної згоди, оскільки це фактично означало б її відкликання. Трибунал зазначив, що «хоча з теоретичної точки зору цей аргумент міг би бути цікавим, у цьому випадку він має мале практичне значення». За оцінкою трибуналу, в пропорційному відношенні події в спорі, що мали місце після 31 грудня 2002 року, були занадто незначні, щоб мати скільки-небудь істотний вплив на результат спору. Крім того, арбітражний трибунал вважав, що обидві сторони по-своєму розглядали «послідовні події [справи] як єдине ціле» («the consecutive events as a unity»).

Іншим прикладом може бути ситуація, коли держава-відповідач застосовує відволікаючу тактику і адресує позивачеві питання з-за меж (часових і предметних) сфери дії згоди. Наприклад, у згоді позивача на арбітраж і позові сказано, що предметом спору є лише один епізод із дії довгострокового контракту, в якому бага-

то інших епізодів, а відповідач ставить перед позивачем розгляд інших епізодів, що виходять за часові рамки сфери згоди, визначеної самим же позивачем.

Іноді й арбітри на слуханні ставлять запитання, що виходять за часові та предметні межі сфери згоди, заявленої позивачем у клопотанні про арбітраж. Зрозуміло, що вони вправі спробувати розширити межі фактів, які їх цікавлять. Але й радники сторін повинні розуміти, що часові та предметні межі арбітражної угоди окреслені в згоді-акценті позивача, і цим слід користуватися.

### **АРБІТРАЖНА УГОДА ТА ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ**

Загальне правило говорить: зустрічний позов повинен бути в рамках сфери арбітражної угоди. У справі *AMTO v. Ukraine* трибунал правильно зазначив, що його юрисдикція над зустрічним позовом держави-відповідача в інвестиційному спорі «залежить від положень договору про врегулювання спорів, характеру зустрічного позову і взаємовідношення зустрічного позову та [первинного] позову в даному арбітражі» (рішення у справі *AMTO v. Ukraine*, п. 118).

Інвестиційні трибунали часто відмовляють у юрисдикції над зустрічним позовом. Тут треба спиратися на формулювання згоди сторін на арбітраж. Якщо позивач використовує широке формулювання (наприклад, «позивач приймає оферту держави щодо арбітражу»), то перешкоди для зустрічного позову бути не повинно.

Один з перших випадків, коли трибунал в інвестиційному арбітражі визнав юрисдикцію над зустрічним позовом – рішення по справі *Inparis v. Ukraine* (рішення у справі, п. 432). Тоді трибунал зробив такий висновок, спираючись на широке формулювання згоди держави-відповідача в українсько-німецькому договорі про захист інвестицій, що охоплює всі спори щодо інвестицій. Трибунал не дослідив у тексті рішення згоду інвесторів, очевидно, тому, що позивачі просто акцептували загальну оферту держави до свого спору.

### **ТЕРИТОРІАЛЬНИЙ АСПЕКТ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ**

У сучасних договорах про захист інвестицій держави дають згоду на арбітраж щодо інвестицій на своїй території.

На конференції *Kiev Arbitration Days 2014* обговорювалося цікаве питання: чи може де-

факто контроль над територією (Крим) у результаті протиправної анексії однією державою (Російською Федерацією) створювати territorial nexus для мети захисту інвестиції (наприклад, з держави N) в умовах, коли юридично ця анексована територія залишається частиною іншої держави (України)? Можна поставити подібне питання і щодо територіальної сфери згоди на арбітраж стосовно неправомірно анексованої території.

Якщо у держави N є договори про захист інвестицій з Україною і Російською Федерацією, інвестиція, зроблена в Криму інвестором з держави N, не повинна «випадати» з інвестиційної захисту на основі таких договорів в результаті протиправної анексії Криму. Водночас, даючи відкриту згоду на арбітраж щодо інвестицій на своїй території в договорі про захист інвестицій з державою N, Україна не має обов'язку нести відповідальність за порушення прав інвестора з держави N на анексованій території, яку вона фактично перестає контролювати. Відповідно до ст.5(6) Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» №1207-VII від 15.04.2014 р.: «Відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної внаслідок тимчасової окупації державі Україна, юридичним особам, громадським об'єднанням, громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, у повному обсязі покладається на Російську Федерацію як на державу, що здійснює окупацію». Водночас Російська Федерація, що анексувала територію (Крим) та задекларувала свою відповідальність за неї, не повинна мати юридичну можливість, посилаючись на територіальну сферу своєї згоди, відмовити у захисті інвестору з держави N на анексованій території за договором про захист інвестицій між державою N і Російською Федерацією.

Іншими словами, очевидно, що протиправна анексія не змінює міжнародно-правового титулу анексованої території, однак відповідальність за захист інвестицій на анексованій території, у т.ч. за міжнародними договорами про захист інвестицій, а тим більше за шкоду, заподіяну інвестиціям, має нести держава, яка фактично контролює дану територію. Такий підхід (без шкоди для міжнародно-правового статусу неправомірно анексованої території) вбачається справедливим і логічним для розвитку міжнародних інвестиційних спорів і, можливо, договірної практики держав про захист інвестицій.

## НІЖ У СПИНУ ДРУКОВАНИЙ ПРЕСІ

### УАВПП просить повернути нульовий ПДВ на операції з постачання (передплати) періодичних друкованих ЗМІ

Після прийняття 9 грудня 2014 року Програми дій уряду стало відомо, що серед запланованого скорочення пільг передбачена ліквідація традиційного нульового ПДВ на операції з постачання (передплати) періодичних видань друкованих засобів масової інформації (пп.197.1.25 п.197.1 ст.197 Податкового кодексу України).

Відзначимо, що серед діючих сьогодні пільг для друкованих ЗМІ можна виділити:

1) звільнення від оподаткування ПДВ операцій з постачання (передплати) періодичних видань друкованих засобів масової інформації (ст.197.1.25. Податкового кодексу), що, по суті, здешевлює газети та журнали для читачів;

2) обмеження граничного розміру тарифу на оформлення передплати та доставку передплатникам друкованих періодичних видань – не більше 40% собівартості виготовлення одного примірника передплатного видання (ч.2 ст.9 ЗУ «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів»);

3) пільги та дотації для утримання державних та комунальних ЗМІ з державного та місцевих бюджетів різних рівнів.

Серед зазначених пільг ключовий вплив на стабільну роботу галузі справляє лише перша, оскільки вона забезпечує пресі відносну доступність для читачів, що особливо важливо у порівнянні з безкоштовним телебаченням. Дві інші, а саме обмеження тарифу на доставку та дотації комунальним/державним ЗМІ, дестабілізують ринок та дозволяють деяким видавцям штучно уникати платежів за доставку чи демпінгувати на ринку за рахунок дотацій.

Зважаючи на це, Українська асоціація видавців періодичної преси (УАВПП) звернулась до Прем'єр-міністра України Арсенія Яценюка з проханням при розробці законодавства, спрямованого на виконання Програми дій уряду, взяти до уваги наступні пропозиції:

1. Під час реформування податкового законодавства зберегти для видавців друкованих ЗМІ звільнення від оподаткування ПДВ операцій з постачання (передплати) періодичних видань.

2. Ініціювати прийняття змін до Закону України «Про державну підтримку засобів ма-

сової інформації та соціальний захист журналістів», а саме виключити з цього Закону ч.2 ст.9. Така позиція підтримується в т.ч. керівництвом УДППЗ «Укрпошта», адже тягар компенсації пільги в основному лягає саме на це підприємство і призводить до нічим не скомпенсованих збитків у обсягах, близьких до 70 млн грн на рік.

3. Якнайшвидше внести на розгляд Верховної Ради України проект закону про реформування державних і комунальних друкованих засобів масової інформації. Прийняття цього закону, окрім іншого, є однією з умов євроінтеграції України та передбачене пп.12.4 п.12 резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи №1466 від 5.10.2005 «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною».

**Подорожчання вітчизняних видань – це прямий шлях до здачі вітчизняного інформаційного простору іноземним ЗМІ, в першу чергу російським**

Проведення зазначених реформ уже протягом 2015 р. дозволить суттєво економити кошти державного бюджету та одночасно створити умови для більш конкурентного ринку. За оцінками експертів УАВПП, втрати УДППЗ «Укрпошта» на доставку видань за пільговим тарифом у 2013 р. склали близько 70 млн грн, в т.ч. компенсація пільги за ч.2 ст.9 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» – 32 млн грн. Витрати державного та місцевих бюджетів на утримання державних та комунальних видань у 2013 р. склали близько 110 млн грн.

УАВПП особливо наголошує на шкідливості скасування пільги зі сплати ПДВ, адже у цьому випадку неминуче подорожчання передплати, що в нинішніх економічних умовах прискорить зменшення передплати саме на українські незалежні газети та журнали, тобто призведе до згортання вітчизняного друкованого продукту.



Виграш держбюджету (тобто збільшення надходжень виключно за рахунок введення ПДВ на передплату) складе не більше 160 млн грн у 2015 р. і надалі зменшуватиметься пропорційно закриттю видань та зменшенню тиражів. Саме до такого результату (зменшення тиражів та закриття видань) вже призвели попередні обмеження, адже преса є малоприбутковою, і будь-які достаткові витрати чи неотримані доходи означатимуть підвищення вартості видань для читачів.

Подорожчання вітчизняних видань – це прямий шлях до здачі вітчизняного інформаційного простору іноземним ЗМІ, в першу чергу російським. Згорання незалежних українських газет та журналів означає:

- подальше зниження інтелектуального рівня населення замість розвитку інтелектуального потенціалу країни,
- здачу інформаційного простору ворогам України та усім зацікавленим у маніпулюванні думкою людей, адже саме заради цього олігархи та вороги України вкладають гроші у безкоштовний доступ до інформації,
- зменшення споживання якісної незалежної (в першу чергу економічно незалежної) проукраїнської преси,
- послаблення конкурентоздатності країни, адже тільки розумні люди, які читають якісні

газети, журнали та книги, посилюють конкурентоздатність держави.

Цих негативних наслідків не вдасться уникнути, адже поряд із подорожчанням преси для передплатників у випадку запровадження ПДВ на передплату відбудеться роздержавлення преси, і з ринку зникнуть близько 15% діючих видань (серед приблизно 4800 видань, які регулярно виходять друком, близько 700 є державними та комунальними). Інформаційний вакуум, що виникне, буде швидко заповнений дешевими або безкоштовними ЗМІ, які фінансуються з-за кордону. І найбільший негативний вплив буде вчинено на прикордонні регіони країни, де лідерами часто є комунальні та державні видання.

Окремо УАВПП звертає увагу на необхідність припинення фінансування з державного бюджету Національної експертної комісії з питань суспільної моралі (НЕК). На думку експертів, зазначений орган активізував свою роботу за часів президентства В. Януковича і був засуджений як орган цензури переважною більшістю професійних медіа-організацій в Україні, вітчизняними ЗМІ та міжнародною спільнотою. На сьогодні НЕК витрачає з державного бюджету в середньому 4 млн грн на рік та не створює ані для українців, ані для галузі чи держави жодного позитивного впливу.

## КОМЕНТАР

**Михайло САВЧИН**,  
д.ю.н., науковий радник  
Правничої фірми «Софія»,  
директор Центру  
правотворчості Ужгородського  
національного університету



Свобода вираження поглядів поряд із свободою зібрань і свободою об'єднань згідно з авторитетним британським конституціоналістом ХІХ сторіччя Альбертом Дайсі є маркером демократичного устрою. Тому досить дивною є взагалі дискусія про правомірність існування державних та комунальних медіа, існування яких є сумнівними, зважаючи на свободу вираження права як суто суб'єктивного публічного права. Для державної регуляторної політики у сфері медіа, про що, до речі, підкреслюється у статті 10 Європейської конвенції з прав людини, є ліцензування друкованих медіа, теле- і радіокомпаній. Досвід діяльності медіа, що є у публічній власності, доводить про їх неефективність і надмірну заангажованість, що не від-

повідає сучасним стандартам журналістики, зокрема щодо диференціації фактів та їх інтерпретації при подачі певної інформації. Кращим виходом із цієї ситуації було б формулювання через Міністерство культури та охорони культурної спадщини певних недійсних проектів, доступ до фінансування отримували медіа через публічний і прозорий конкурс.

Стосовно оподаткування медіа, друкарень позиція уряду є необґрунтованою і по суті спрямована на придушення їх ділової активності. Згідно із кривою Леффера існують об'єктивні передумови для введення оподаткування тих чи інших сфер діяльності. При оподаткуванні друкованої продукції розмір ПДВ слід диференціювати у залежності від сфери діяльності та аудиторії друкованої продукції (видання підручників для середньої школи чи підручників для вищої школи, видання бестселерів чи спеціалізованої літератури). Взагалі, оподаткування друкованої продукції в умовах знаходження України у стані гібридної війни, елементом якої є також і інформаційна війна, має бути зваженим і делікатним.

# Юридична Газета

ВСЕУКРАЇНСЬКЕ ЩОТИЖНЕВЕ ПРОФЕСІЙНЕ ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ВСЕУКРАЇНСЬКЕ  
ЩОТИЖНЕВЕ  
ПРОФЕСІЙНЕ  
ЮРИДИЧНЕ  
ВИДАННЯ



## Ми є там, де існує право

телефон редакції: (044) 230-01-73 • факс: (044) 230-01-74  
• прямий редакційний номер: (067) 549-35-06

м. Київ, вул. Герцена, 17-25, оф. 91  
Адреса для листування: 01030, м. Київ, а/с 51

читайте нас в Інтернеті: [www.yur-gazeta.com](http://www.yur-gazeta.com)

Otium cum  
dignitate

Гідний  
відпочинок



ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА

## УСПІШНА АЛЬТЕРНАТИВА У РЕФОРМУВАННІ СИСТЕМИ МІСЦЕВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

АВТОР

**Галина ДІМЛЄВИЧ**,  
автор Декларації про місцеве  
самоврядування в Україні



Незалежно від того, буде Україна президентською чи парламентською республікою, буде створена широка чи вузька коаліція, об'єднуються владні партії чи роз'єднуються – рівень життя народу суттєво не зміниться. Єдиний і реальний вихід із глибокої кризи – це докорінна зміна системи місцевого самоврядування в Україні. Саме такий вихід був запропонований мною як депутатом Святошинської районної у місті Києві ради (з 1998 по 2006 рр.) у формі Декларації про місцеве самоврядування, яка була проголошена 30 березня 2005 року в умовах боротьби з беззаконням та корупцією в органах місцевої влади. Зокрема, мною як місцевим депутатом вживались крайні заходи в межах закону: виступи і протести на кожній сесії ради, організовувались пікети, за що влада неодноразово мені погрозувала і переслідувала (є підтверджуючі документи). Згодом я навіть організувала і була головою депутатської групи «Справедливість». Але після офіційної підтримки групи майже половиною від складу ради – її запити підписувались вже 25 депутатами з 60 – влада не на жарт перелякалась та активно взялась різними способами (засиланням своїх козачків, погрозами, залякуванням, підкупом, наклепами і провокаціями) розформувати групу аж до її незаконної заборони. І результатом моєї важкої багаторічної боротьби став документ – Декларація про місцеве самоврядування. До речі, свого часу, 2005 року, багато депутатів районних рад міста Києва підтримали мене, але побоювались підписати складену мною Декларацію. Тому я, не вагаючись, підписала і заявила її від свого імені 30 березня 2005 року.

Ця Декларація складається з преамбули та 12 статей, офіційно зареєстрована у вищих органах влади України, в посольствах іноземних держав, представництвах іноземних організацій в Україні, а також була оприлюднена у місцевій газеті «Барчани», що є офіційним друкованим виданням Барської міської ради у Вінницькій

області. Цей документ має бути схвалений Верховною Радою України для реформування системи місцевої влади в Україні, якщо принаймні один депутат Верховної Ради або відповідна посадова особа погодиться внести цей документ на розгляд парламенту – поки що таку згоду не було надано від жодного уповноваженого політика. Сподіваюсь, що за допомогою громадського висвітлення цей документ буде внесений на розгляд парламенту та успішно схвалений. Також ця Декларація може бути прийнята на всенародному референдумі.

Варто зазначити, що важливо не виривати слова чи окремі пункти з Декларації і тлумачити їх в контексті чинного українського законодавства або власного довільного уявлення, наприклад: окремо – про грошову винагороду в контексті зарплати державного службовця, окремо – про мажоритарні вибори в контексті виборчої системи 90-х років чи системи виборів в СРСР (яка радше була партійно-номенклатурною, аніж радянською), окремо – про припинення облрад, райрад чи інших посередницьких структур в контексті нинішньої олігархічно-феодальної та командно-адміністративної системи влади на місцях (коли сама по собі наявність чи відсутність таких структур нічого не змінює), окремо – про строк повноважень місцевих депутатів тощо. За таких умов жодна реформа або пропозиція, що не змінює систему влади і перерозподіл повноважень в цілому, звичайно, буде подібна до косметичного ремонту, який анітрохи не покращить якість життя, тому що не має нічого спільного з капітальним ремонтом і переформатуванням всієї державної будівлі.

Але в цілому як єдиний цілісний документ Декларація системно, обґрунтовано, чітко і доступно формулює основні засади, принципи і механізми ефективної та демократичної системи влади на місцях. При чому, кожна стаття взаємопов'язана з іншою, і тільки загалом подає відповідь на запитання, як формується влада, розподіляються повноваження і відповідальність. Починаючи від визначення поняття, порядку формування і компетенції органу місцевого самоврядування і місцевої громади та завершуючи статусом депутата, матеріально-фінансовою основою місцевого самоврядування і гарантуванням місцевої демократії взагалі.

Слід зазначити, що в Декларації про місцеве самоврядування відсутній термін «територіальна громада». Натомість вживається термін «місцева громада». Крім того, не передбачається безпосереднього здійснення управління власністю місцевими (територіальними) громадами з таких причин.

Вся власність, що не є приватною, належить народу як суб'єкту політичної самостійності, але здійснюється через державні органи та органи місцевого самоврядування. Місцеві громади – це частина народу, що мешкає на певній території і чий інтереси представляють місцеві ради. Тому лише за допомогою місцевих рад може здійснюватись управління народною власністю (власністю місцевих громад). Також в цьому контексті прибічникам теорії безпосереднього управління власністю територіальних громад можна поставити логічне запитання: як, наприклад, мільйон мешканців великого міста (та що там мільйон, навіть 10 тисяч, або 1 тисяча) можуть безпосередньо (!) здійснювати управління спільною власністю?! Звичайно, тут можуть бути висунені різні версії, але всі вони так чи інакше зводяться до розрізнених громадських ініціатив, що претендують на волю всього народу (чи його частини – місцевої громади). Отже, право територіальних громад безпосередньо управляти комунальною власністю – це абсурд, вигаданий для безконтрольного розкрадання спільного майна місцевих мешканців через замовну самоорганізацію ділків-активістів різного ґатунку. Тобто ватаги ініціативних шарлатанів-самозванців отримують можливість дерибанити спільну власність, маніпулюючи інтересами всього суспільства! Така практика поширена хібащо в африканських тираніях, де більшість людей, керована старійшинами племен, жебракує на тлі надзвичайної розкоші небагатьох можновлад-

ців. Тому намагатися перетворити місцеві громади на юридичних осіб – це все одно що намагатися перетворити народ України на юридичну особу, що неприпустимо за визначенням.

Держава – це не корпорація. Народ – це аж ніяк не акціонери. А політика – це не бізнес.

Потрібно робити не те, що хоче натовп, а те, що корисно і справедливо. Так звана самоорганізація населення (будинкові/вуличні/квартальні комітети тощо) – це лукава більшовицька підміна місцевого самоврядування, яка занурює суспільство в хаос, безлад та безвідповідальність. На практиці так звані органи самоорганізації населення створюються можновладцями, контролюються ними та служать їм під соусом вираження народної волі всієї місцевої громади. Якщо влада не може впоратися зі своїми функціями, потрібно реформувати систему влади, а не загравати з натовпом, відаючи йому на відкуп правду і порядок.

Тобто, якщо коротко сказати – цей документ найбільш вигідний і корисний всьому суспільству, а не корумпованим партійно-олігархічним кланам, та перекриє шлях до тотального пограбування країни і геноциду людей. Принципово новим є те, що громадяни отримують реальні важелі контролю влади, як правові, так і економічні. Зокрема, передбачається припинення порочного суміщення посад місцевими депутатами, ліквідація олігархічних феодально-посередницьких органів влади, реформування системи виборів, скорочення строку депутатських повноважень з п'яти до двох років, дієвий механізм стримування та протигага всередині самої влади тощо.

Текст Декларації про місцеве самоврядування наводиться нижче (також текст документу з коментарями, питаннями-відповідями, відеоматеріалами можна знайти на моєму особистому сайті за адресою: <http://vladaradam.blogspot.com>):

**ДЕКЛАРАЦІЯ ПРО МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ  
ДЕПУТАТА СВЯТОШИНСЬКОЇ РАЙОННОЇ У МІСТІ КИЄВІ РАДИ  
ПО ВИБОРЧОМУ ОКРУГУ №51  
ДІМЛЄВИЧ ГАЛИНИ РОМАНІВНИ**

Місто Київ

30 березня 2005 року

Прагнучи реалізувати на рівні місцевої політики справедливість і свободу для кожної людини,

Зважаючи на те, що саме у формі місцевого самоврядування по-справжньому і найповніше виявляються і задовольняються приватні та суспільні інтереси кожного громадянина,

Визнаючи, що виключно органи місцевого самоврядування, які здійснюють управління на найближчому рівні до громадян, є повноважними носіями місцевої влади, що несуть відповідальність за добробут місцевої громади,

Наголошуючи на необхідності всебічно гарантувати депутатам місцевих рад незалежність від незаконного впливу та політичного шантажу депутатів Верховної Ради України, представників виконавчої та судової гілок влади, працівників прокуратури і правоохоронних органів,

Беручи до уваги, що інтереси місцевої політики є орієнтиром для визначення напрямів суспільного розвитку і пріоритетів загальнодержавної політики,

Виражаючи волю своїх виборців,

Виходячи з принципів рівності всіх людей перед законом і судом, демократії та децентралізації влади,

Усвідомлюючи, що в межах місцевої громади реалізується найбільше прав і свобод людини і громадянина, формується людська солідарність,

Грунтуючись на основоположних засадах, закріплених у Всесвітній декларації про місцеве самоврядування, проголошеній 1985 року в Ріо-де-Жанейро на 27-му Міжнародному конгресі Інтернаціональної Спільноти місцевих влад, та у Європейській хартії місцевого самоврядування, підписаній Україною 6 листопада 1996 року та ратифікованій Україною 15 липня 1997 року,

На підставі статті 7 Конституції України, згідно з якою в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування,

З метою подолання відчуженості та утриманства громадян України від участі у місцевій політиці, а також запобігання політичним спекуляціям над Українським Народом,

Я, Дімлевич Галина Романівна, проголошую наведену нижче Декларацію як майбутній стандарт духовного, культурного, суспільно-політичного і соціально-економічного життя місцевих громад України.

### **Стаття 1**

#### **Конституційна основа для місцевого самоврядування**

1. Основні принципи, компетенція та структура місцевого самоврядування визначаються в Конституції України.

### **Стаття 2**

#### **Поняття місцевого самоврядування**

1. Місцеве самоврядування – це право і реальна здатність місцевих рад автономно здійснювати місцеве державне управління та самоврядницьку діяльність в інтересах місцевої громади та під її відповідальність.

### **Стаття 3**

#### **Поняття місцевої громади**

1. Місцева громада – це сукупність всіх мешканців, чий інтерес представляє місцева рада.
2. Місцева громада має у своїй комунальній власності кошти, майно і землю.

### **Стаття 4**

#### **Поняття та система органів місцевого самоврядування**

1. Органами місцевого самоврядування є місцеві ради, а саме: сільські ради, селищні ради, міські ради (у містах без районного поділу), районні у містах ради (у містах з районним поділом), районні у місті Києві ради.

2. Місцева рада є основним і єдиним суб'єктом місцевого самоврядування в Україні.

3. Заміна органів місцевого самоврядування територіальними колективами чи іншими формами територіальної самоорганізації населення категорично не допускається.

4. Утворення та діяльність будь-яких дублюючих або керуючих органів місцевого самоврядування, зокрема: обласних рад, районних рад, міських рад (у містах з районним поділом), Київської міської ради у місті Києві, категорично не допускається.

5. Утворення та діяльність будь-яких дублюючих або керуючих місцевих органів виконавчої влади, зокрема: обласних державних адміністрацій, районних державних адміністрацій, районних у містах державних адміністрацій, міських державних адміністрацій, Київської міської державної адміністрації та районних у місті Києві державних адміністрацій, категорично не допускається.

## Стаття 5

### Формування та компетенція органів місцевого самоврядування

1. До складу сільської ради входять депутати, які висуваються та обираються мешканцями села строком на два роки.
2. До складу селищної ради входять депутати, які висуваються та обираються мешканцями селища строком на два роки.
3. До складу міської ради (у містах без районного поділу) входять депутати, які висуваються та обираються мешканцями міста строком на два роки.
4. До складу районної у місті ради (у містах з районним поділом) входять депутати, які висуваються та обираються мешканцями району міста строком на два роки.
5. До складу районної у місті Києві ради входять депутати, які висуваються та обираються мешканцями району міста Києва строком на два роки.
6. Вибори депутатів до місцевих рад проводяться на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування за мажоритарною виборчою системою відносної більшості по одномандатних виборчих округах, на які поділяється вся територія відповідно села, селища, міста, району в місті, району в місті Києві.
7. До повноважень місцевих рад входить забезпечення додержання прав і свобод громадян, виконання Конституції України, законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та центральних органів виконавчої влади, що входять до складу Кабінету Міністрів України, шляхом здійснення місцевого державного управління та самоврядницької діяльності в інтересах місцевої громади під її відповідальність.
8. Місцеві ради здійснюють свої повноваження з метою підвищення добробуту місцевої громади загалом і місцевих мешканців зокрема.
9. Повноваження місцевих рад є повними і виключними.

## Стаття 6

### Виконавчі комітети місцевих рад

1. Місцеві ради формують підпорядковані, підконтрольні та підзвітні собі, а також підзвітні місцевій громаді виконавчі комітети, щоб ефективно виконувати свої повноваження з урахуванням місцевих потреб.

## Стаття 7

### Матеріальна і фінансова основа органів місцевого самоврядування

1. Місцеві ради здійснюють свої повноваження за рахунок коштів, що надходять в рамках національної економічної політики, за рахунок місцевих податків, зборів, внесків і платежів, а також за рахунок комунальної власності місцевої громади.
2. Місцевою радою запроваджується незалежний аудиторський контроль за витрачанням коштів, перевірка законності та економічної доцільності надання в оренду або продажу комунального майна і земельних ділянок місцевої громади, завчасне оприлюднення цієї інформації при дотриманні повної гласності з наданням можливості депутатам та місцевим мешканцям здійснити попереднє обговорення та внесення зауважень і пропозицій.

## Стаття 8

### Статус депутата місцевої ради

1. Депутат місцевої ради є місцевою виборною особою.
2. Статус депутата місцевої ради повинен забезпечувати вільне та незалежне здійснення його повноважень, включаючи першочергове право безкоштовно, безперешкодно і систематично висловлювати свої погляди у засобах масової інформації.
3. Депутатам Верховної Ради України, представникам виконавчої та судової гілок влади, працівникам прокуратури та правоохоронних органів суворо забороняється незаконно втручатися у діяльність депутатів місцевої ради, здійснювати у будь-який спосіб політичний вплив на депутатів місцевої ради, перешкоджати депутатам місцевої ради здійснювати свої повноваження.

4. Депутати місцевої ради на рівноправній основі входять до складу місцевої ради.
5. Кожний депутат місцевої ради має власну квоту при формуванні виконавчого комітету місцевої ради.
6. Депутати місцевої ради забезпечуються підвищеним рівнем соціального страхування і достатньою грошовою винагородою за здійснення депутатських повноважень.
7. Депутат місцевої ради при здійсненні своїх повноважень керується інтересами місцевих мешканців.
8. Депутат місцевої ради не має права займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб, а також очолювати виконавчий комітет місцевої ради або обіймати будь-які посади у виконавчому комітеті місцевої ради.

### **Стаття 9**

#### **Право органів місцевого самоврядування на об'єднання**

1. Органам місцевого самоврядування гарантується право входити до об'єднань органів місцевого самоврядування, зокрема до міжнародних об'єднань органів місцевого самоврядування, та право виходити з таких об'єднань для захисту своїх спільних інтересів.

### **Стаття 10**

#### **Гарантування місцевої демократії та територіальної цілісності**

1. Президентом України за погодженням з Верховною Радою України призначається Державний Намісник для кожної області і для міста Києва з метою забезпечення територіальної цілісності України, дотримання органами місцевого самоврядування Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.
2. Державний Намісник є гарантом місцевої демократії.
3. Державний Намісник є державним службовцем і підзвітний Верховній Раді України, підпорядкований Кабінету Міністрів України та підконтрольний Президенту України.
4. Державний Намісник виконує свої повноваження виключно в межах, визначених Конституцією України та основним законом про урядові структури України.
5. Державний Намісник призначається на два роки без права бути перепризначеним на повторний строк.
6. Якщо Державному Наміснику висловили недовіру не менш як одна третина депутатів місцевих рад відповідної області чи міста Києва Президент України ухвалює рішення про відставку Державного Намісника.
7. Фінансування Державного Намісника здійснюється за рахунок Державного бюджету України.

### **Стаття 11**

#### **Місцеве самоврядування в Автономній Республіці Крим**

1. Місцеве самоврядування в Автономній Республіці Крим здійснюється відповідно до Конституції України, чинного в Україні законодавства та Конституції Автономної Республіки Крим.

### **Стаття 12**

#### **Прикінцеві положення**

1. З метою реалізації положень цієї Декларації в порядку та на умовах, визначених Конституцією України та чинним в Україні законодавством, до Конституції України та чинного в Україні законодавства можуть бути внесені зміни.

Депутат

Галина Дімлівч